



HAL
open science

La distinction entre la formation et l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat dans le temps

Sabine van Haecke-Lepic

► To cite this version:

Sabine van Haecke-Lepic. La distinction entre la formation et l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat dans le temps. Droit. Université Paris sciences et lettres, 2017. Français. NNT : 2017PSLED051 . tel-03889365

HAL Id: tel-03889365

<https://theses.hal.science/tel-03889365>

Submitted on 8 Dec 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE DE DOCTORAT

de l'Université de Recherche Paris Sciences et Lettres
PSL Research University

Préparée à l'Université PARIS-DAUPHINE

LA DISTINCTION ENTRE LA FORMATION ET L'EXECUTION DU CONTRAT
Contribution à l'étude du contrat dans le temps

Ecole Doctorale de Dauphine - ED 543

Spécialité DROIT

Soutenue le 07 décembre 2017
par Sabine VAN HAECKE – LEPIC

Dirigée par Andrée BRUNET

COMPOSITION DU JURY :

Professeur émérite Andrée BRUNET
Université Paris-Dauphine
Directrice de thèse

Professeur Denis MAZEAUD
Université Panthéon-Assas
Président du jury

Professeur émérite Gilles DARCY
Université Paris-Nord
Rapporteur

Professeur Georges DECOCQ
Université Paris-Dauphine
Membre du jury

UNIVERSITÉ PARIS-DAUPHINE

ÉCOLE DOCTORALE DE DAUPHINE

THÈSE

Pour l'obtention du titre de

DOCTEUR EN DROIT

par

Sabine VAN HAECKE-LEPIC

LA DISTINCTION ENTRE LA FORMATION ET L'EXÉCUTION DU CONTRAT

CONTRIBUTION À L'ÉTUDE DU CONTRAT DANS LE TEMPS

JURY

Directeur de thèse :

Madame Andrée BRUNET

Professeur émérite à l'Université Paris-Dauphine

Membres du jury :

Monsieur Gilles DARCY

Professeur émérite à l'Université Paris-Nord

Monsieur Georges DECOCQ

Professeur à l'Université Paris-Dauphine

Monsieur Denis MAZEAUD

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Remerciements

Je remercie particulièrement ma directrice de thèse, Madame le professeur Andrée Brunet pour m'avoir toujours soutenue dans ce très long travail, mon amie, maître de conférences à l'Université Paris- Dauphine, Élisabeth Mella, pour sa générosité et ses qualités humaines et intellectuelles, mes amis docteurs et doctorants du Centre de recherche Droit-Dauphine, en particulier Javier et Gaëtan, Laëtitia et Olivier qui m'ont accompagnée sur cette dernière ligne droite et, bien sûr, Stanislas, Maxence, Inès et Victor, témoins privilégiés et patients de ce chemin escarpé.

L'université Paris-Dauphine n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse.

Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE

UNE RÉFORME IMPARFAITE : LA PERSISTANCE DE LA PRÉÉMINENCE DE LA FORMATION SUR L'EXÉCUTION, UN CONTRAT TOUJOURS HORS DU TEMPS

TITRE I - LA PERSISTANCE DE L'ENFERMEMENT DE L'EXÉCUTION DANS L'INSTANT DE LA FORMATION

Chapitre I - Les manifestations de l'enfermement de l'exécution dans le temps de la formation

Chapitre II - Les motifs de l'enfermement de l'exécution dans l'instant de la formation

TITRE II – LA PERSISTANCE DE L'ÉCLATEMENT DES CONCEPTS CLASSIQUES À L'ÉPREUVE DU TEMPS DE L'EXÉCUTION

Chapitre I - La recherche de l'adaptation du contrat dans le temps par la bonne foi

Chapitre II - La recherche de l'adaptation du contrat dans le temps par la cause

SECONDE PARTIE

POUR UNE VRAIE RÉFORME : L'ÉMANCIPATION DE L'EXÉCUTION SUR LA FORMATION, UN CONTRAT DANS LE TEMPS

TITRE I - LES APPORTS ÉPARS DE LA RÉFORME

Chapitre I - Des attentes de clarification du modèle contractuel

Chapitre II – Vers un droit commun en mutation

TITRE II – POUR LA RÉCEPTION DU MODÈLE DU CONTRAT DE DURÉE

Chapitre I – Les caractères du contrat de durée

Chapitre II - Le régime du contrat de durée

« Devant le spectacle de cette mobilité universelle, quelques-uns d'entre nous seront pris de vertige. Ils sont habitués à la terre ferme ; ils ne peuvent se faire au roulis et au tangage. Il leur faut des points fixes auxquels attacher la pensée et l'existence. Ils estiment que si tout passe, rien n'existe ; et que si la réalité est mobilité, elle n'est déjà plus au moment où l'on pense, elle échappe à la pensée. Le monde matériel disent-ils, va se dissoudre, et l'esprit se noyer dans le flux torrentueux des choses. Qu'ils se rassurent ! Le changement, s'ils consentent à le regarder directement sans voile interposé, leur apparaîtra bien vite comme ce qu'il peut y avoir au monde de plus substantiel et de plus durable. Sa solidité est infiniment supérieure à celle d'une fixité qui n'est qu'un arrangement éphémère entre des mobilités ».

H. BERGSON, *La pensée et le mouvant* (1934)

INTRODUCTION

1. Pourtant tant préparée et attendue, la réforme de 2016 du droit des contrats n'a pas permis de dissiper les difficultés présentées par l'exécution du contrat. Pour garantir la sécurité juridique du contrat, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations¹ a cru bon en effet de maintenir le contrat dans une fixité qui s'avère infructueuse et stérile pour embrasser la totalité de la réalité contractuelle.

2. Au lendemain de la réforme, la théorie générale du contrat reste « un moule indéformable² » : celui du contrat *échange*, un modèle de *contrat complet*. Le contrat, d'après la théorie générale, est considéré comme un acte de prévision³, et doit, à ce titre, enfermer ce qui a été prévu dans la formation. Sa texture est donc fermée au changement. La réforme est restée imprégnée d'un courant majoritaire qui accorde la primauté à la formation du contrat en niant la minorité silencieuse⁴ pour qui, parfois, l'exécution importe davantage. Notre modèle contractuel — tant celui de 1804 que celui de 2016 — est réduit au régime du seul contrat instantané et plus particulièrement au contrat-permutation, c'est-à-dire au contrat échange, alors que, selon Denis Mazeaud, « la durée effective d'exécution du contrat joue désormais un rôle qui est loin d'être négligeable⁵ ».

3. Sur ce sujet, la carence du droit des contrats est criante. Si la théorie générale suffit la plupart du temps à rendre compte de la réalité contractuelle, l'évolution du droit ne permet plus aujourd'hui de nier la diversité des situations contractuelles. Jean Hauser l'exprime très justement dans sa thèse : « Le droit français, écrit-il, semble marqué d'une faiblesse définitive sur le plan de la théorie générale de l'acte juridique, cette absence n'a

¹ 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, texte n° 26

² L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.* 1937, p. 1.

³ H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », *Mélanges Fr. TERRE*, PUF, 1999.

⁴ Ch. JAMIN, « Pour en finir avec la formation du contrat ! », *LPA* 6 mai 1998, p. 25.

⁵ D. MAZEAUD, « Durées et ruptures », *RDC* 2004, p. 132 et s.

présenté que très peu d'inconvénients tant que la théorie générale du contrat a suffi pour expliquer l'ensemble des solutions, mais l'identification du contrat et de la volonté liée à cette absence ont gravement compromis tout essai d'explication de l'évolution du concept contractuel, chaque étape de cette évolution, marquée par une pénétration de l'objectivisme, a paru une nouveauté telle que le rattachement à la théorie générale du contrat était impossible et que faute d'une structure d'accueil plus large, on s'est trouvé amené à multiplier des catégories hybrides dont l'ordonnement s'est avéré de plus en plus difficile»⁶. Ce raisonnement du début des années 1970 est d'une étonnante actualité. Réduire le droit contractuel à un modèle unique condamne définitivement la portée de l'outil contractuel français ainsi que la capacité de sa théorie générale⁷ à faire la synthèse pour rassembler les différents modèles. Ce refus d'une diversification⁸ des différents profils de contrats contribue nettement à désavouer le droit contractuel lui-même.

4. En allant encore plus loin, le professeur Ghestin, détrônant en quelque sorte la prééminence de la formation du contrat sur son exécution, a proposé de passer du respect de la parole donnée, propre à la formation, à l'exigence de l'utile et du juste dans l'exécution. Cette tentative de changement de paradigme, qui visait à jumeler efficacité économique et justice sociale, trouve son inspiration dans les idées de Gén⁹. «La liberté contractuelle et même la règle morale du respect de la parole donnée, écrivait Gén, doivent se concilier avec d'autres préoccupations : d'une part, l'utilité sociale, le bien public, qu'exprime la notion d'ordre public et celle de sécurité juridique, qui protège à la fois la confiance, notion morale, et le crédit, besoin social et économique ; d'autre

⁶ J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, préf. P. RAYNAUD, LGDJ, 1971, p. 13.

⁷ Ph. MALAURIE, *Droit civil, Contrats spéciaux, Les cours de Droit*, Paris 1980, p.3, cité par E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?* LGDJ, 1997, spéc. p. 4.

⁸ R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », *Mélanges J.-L. AUBERT*, 2005, p. 211 et s.

⁹ F. GENY, *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*, LGDJ, 1954, t.1, n° 81, p. 187 : « l'ordre juridique privé, se ramenant essentiellement à une conciliation d'activités libres et à une harmonie d'intérêts, en vue d'une finalité supérieure, ne peut, en dehors de la loi écrite qui n'en offre jamais qu'une révélation incomplète, trouver ses bases profondes et fermes, que dans la justice et l'utilité sociale, seuls éléments objectifs capables d'en suggérer les règles fondées sur la nature des choses et adaptées aux exigences de la vie ».

part, la justice et son corolaire la loyauté, que traduisent les nombreuses références à la notion morale de bonne foi ». Pour Ghestin, une telle analyse du contrat révèle donc plusieurs conceptions possibles du contrat dans la littérature juridique contemporaine¹⁰. Néanmoins, contre vents et marées, la doctrine majoritaire maintenait toujours le contrat-échange comme modèle contractuel unique.

5. La résistance du droit des contrats à accepter une alternative au contrat-échange, est d'autant plus surprenante, qu'avec les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1995 *Snc Montparnasse c/ Sté Alcatel Bretagne*, pour la première fois, les frontières classiques entre la formation et l'exécution du contrat tombent. Le centre de gravité du contrat est déplacé à l'exécution. Ou, en tout cas, c'est par ces arrêts que naissent les premières interrogations sur un éventuel changement de modèle, en particulier pour des contrats s'inscrivant dans une certaine durée. Ainsi, c'est dans la problématique des contrats de distribution que la réduction à un modèle unique contractuel instantané commence à voler en éclats pour laisser la place à un modèle pouvant évoluer dans la durée et qui s'analyse dans la perspective d'un contrat dynamique et en mouvement dont le but est d'assurer non pas l'intangibilité du modèle, mais la pérennité du contrat. Surtout, le juge ne s'en est pas tenu au seul contrat de distribution. D'autres contrats spéciaux ont tracé eux aussi leur sillon : contrats de franchise, contrats d'édition, entre autres.

6. Dans le prolongement de ces arrêts de 1995, une doctrine minoritaire, avec à sa tête Paul Didier¹¹, a considéré que deux types de contrats devaient coexister dans la théorie générale des contrats : un contrat-formation statique, intangible, figé, qui a pour finalité de rendre présent le plus possible le futur et un contrat-exécution, qui n'a pas la même finalité que le précédent, et qui s'inscrit dans une perspective de pérennité et de flexibilité du contrat tout en tentant de maintenir une adéquation constante de la volonté des parties à l'économie du contrat.

7. Paul Didier a eu l'intuition de l'existence d'un autre modèle contractuel en suggérant l'élaboration d'« une théorie générale des organisations comparable à notre théorie

¹⁰ J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.* 1990, chron. p. 27.

¹¹ P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », *Mélanges Fr. TERRE*, PUF, 1999.

générale des contrats commutatifs¹² ». En s'inspirant du contrat de société, il a constaté la présence d'un important *affectio contractus* dans le contrat qui dure : « lorsque les parties mettent quelque chose en commun et s'en partagent les produits. Ainsi, s'affermir peu à peu une frontière entre deux types de contrats que nous avons proposé d'appeler les uns contrats-échange et les autres, contrats-organisation¹³ ». Indiscutablement, cette analyse a ouvert la porte à la possibilité du renouvellement du modèle contractuel, ou plutôt d'une alternative au modèle unique.

8. Selon M. Mekki également, le contrat est considéré comme un soleil mis en orbite autour duquel gravite l'ensemble des clauses contractuelles¹⁴. Pour cet auteur, la notion même de théorie générale est un vœu pieux et peut être considérée comme un mythe¹⁵. Il estime que l'autonomie de la volonté n'est ni le socle sur lequel s'appuie le contrat ni le fondement de la force obligatoire du contrat. En effet, le contrat trouve sa force dans un certain intérêt au contrat : un intérêt objectif. Dans l'ancien article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil, il était dit que « les conventions tiennent lieu de lois à ce qui les ont faites »¹⁶, et la loi repose sur la volonté des parties de respecter l'ordre social et l'intérêt général. En ce sens, la volonté des parties s'insère dans un cadre double : à la fois le cadre de la loi des parties et celui de la loi au sens plus général du terme et, à travers celui-ci, celui de l'ordre social. Dès lors, le contrat est nécessairement dépendant de l'un comme des autres. Il ne se résume pas à sa seule cellule subjective ; il s'ouvre à des considérations objectives. Mais le contrat n'est pas seulement attaqué par l'affaiblissement de la volonté des parties figée à la formation; il l'est aussi par le développement de règles spéciales qui ont tendance à remettre en cause la pertinence d'une théorie générale.

¹² P. DIDIER et R. SAINT-ALARY, *Rép. Dalloz droit des sociétés*, 1985, V° Société (contrat de), n° 19.

¹³ P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », *Mélanges F. TERRE*, PUF, 1999.

¹⁴ M. MEKKI, *RDC* 2006, p. 1056 : la structure du contrat est comparée à un soleil.

¹⁵ M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ, 2004.

¹⁶ Aujourd'hui, l'ancien article 1134 al 1 est désormais repris à l'article 1103 du Code civil sous la formulation : « les contrats légalement formés tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faits ».

9. Pour E. Savaux en effet, le contrat dépend de plusieurs règles : les règles communes à chaque contrat, les règles spéciales à tous les contrats et, enfin, les règles particulières propres à un contrat donné. Cet auteur s'interroge alors sur l'existence d'une théorie générale des contrats spéciaux¹⁷. Mais cette question ouvre le débat de la réalité et de la justesse de la théorie générale en tant que telle. À quoi sert une théorie générale s'il n'existe que des contrats spéciaux et s'il existe une théorie générale des contrats spéciaux, existe-t-il alors un intérêt pour une théorie générale ? D'ailleurs, l'entrée dans le nouveau Code civil de certaines règles des contrats spéciaux et de certains contrats spéciaux renvoie à cette interrogation. La théorie générale est-elle l'agrégat de différents contrats spéciaux comme on pourrait le penser avec la réforme de 2016¹⁸ ?

10. S. Lequette tente de son côté de recentrer le débat en proposant le maintien de la théorie générale, à condition de prendre en compte le nouveau modèle de contrat qu'elle a dégagé avec force. Dans sa thèse sur *le contrat-coopération*, en effet, elle a entrepris l'exploration systématique du domaine contractuel pour faire émerger le modèle du contrat de coopération. « Nul n'oserait en effet, prétexter, pour refuser de s'engager dans une entreprise, que les contrats de franchise, d'édition, de métayage, de bail à construction ne sont pas de véritables contrats »¹⁹. Cet auteur dénonce l'aggravation par la réforme de 2016 du brouillage des frontières entre la formation et l'exécution du contrat. La réforme avait pour but d'intégrer un droit vivant plus pragmatique. Au lieu de cela, on assiste à une confusion des concepts encore plus grande qu'auparavant²⁰ : « Il a été bien souvent relevé, précise-t-elle, que la théorie générale, parce qu'elle a été conçue à la lumière de l'échange, était insuffisante à

17 É. SAVAUX, « La notion de théorie générale, son application en droit des contrats. Théorie Générale du contrat et Théorie Générale des contrats spéciaux », *LPA* 28 nov. 2012, p. 4.

18 L'ordonnance du 11 février 2016 a choisi curieusement d'intégrer dans la théorie générale une figure du droit de la distribution : le contrat-cadre. Le contrat-cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques essentielles de leurs relations contractuelles futures ». Les modalités pratiques sont précisées par des contrats d'application qui seront des contrats de vente chaque fois que les pompistes souhaiteront se réapprovisionner.

19 S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, préf de Cl. BRENNER, 2012.

20 S. LEQUETTE, « Réforme du droit commun et contrats d'intérêt commun », *D.* 2016, p. 1148.

appréhender les contrats d'intérêt commun. D'où, disait-on, la nécessité d'une certaine diversification du droit commun des contrats afin de lui permettre de rattraper son retard sur le droit vivant. On aurait pu espérer du titre III du livre III du Code civil soit l'occasion d'opérer ce renouveau. Pourtant, l'ordonnance adoptée le 10 février 2016 n'a pas pris en compte l'existence des contrats d'intérêt commun. Pis, la réforme, en inscrivant ces textes, beaucoup plus que par le passé, dans la lignée de l'échange, bien loin de donner une portée nouvelle au droit commun, l'empêche d'évoluer »²¹. Pour autant, dans son nouveau modèle de contrat, S. Lequette n'a pas retenu l'impact de la durée.

11. C'est Judith Rochfeld²² qui, dès 2004, avait compris l'enjeu de l'impact de la durée sur le contrat : « la durée d'exécution du contrat, écrit-elle, ainsi que son mode d'exécution dans le temps n'apparaissent pas dans le Code civil ». Elle propose « l'intégration de la considération de la durée dans l'exécution dans la catégorisation du contrat, voire de systématiser un corps de règles spécifiques.²³ ». Enfin, elle indique que : « le droit français devrait accepter d'appréhender la complexification de la pratique contractuelle et abandonner la vision d'un monde où tout se déroule en un trait de temps ».

12. Pourtant, la réforme du droit des contrats de 2016 n'a répondu à aucune de ces attentes. Elle a intégré le droit vivant par des décisions jurisprudentielles au coup par coup sans s'inscrire dans une nouvelle logique. Elle n'a pas souhaité consacrer une typologie des contrats qui s'imposait pourtant. La prise en compte du temps, en tant que facteur déterminant de la compréhension globale de certains contrats, aurait pu vraiment faire émerger une deuxième voie au sein de la théorie générale du contrat en tentant de conceptualiser une émancipation de l'exécution du contrat au regard de la formation et qui aurait pu être source de rééquilibrage de l'opération contractuelle. Au lieu de cela, la réforme a continué à voir le temps « plutôt comme un élément naturellement destructeur, compliquant, qu'il convient de maîtriser en ramenant autant que possible la durée à l'instant fût-ce au prix de fictions

²¹ *Idem*

²² J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », RDC 2004, p. 47 et s.

²³ J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », RDC 2004, n°6 et n°22 : Elle ajoute en effet qu' « au delà de ses influences en tant que support de l'exécution des obligations, on peut se demander si la multiplication d'une forme particulière de contrats se caractérisant dans la durée n'agit pas sur le contexte de l'exécution en plaçant les parties dans une véritable relation et en modifiant plus radicalement le paradigme. On serait alors amené à appréhender, au-delà du seul cadre contractuel, la relation elle-même et, partant, les conséquences du passage sous l'effet de la durée d'exécution, du modèle de l'échange à celui de la relation ».

nombreuses²⁴ ». Cet état de fait a conduit à la négation du concept temps. Et comment ne pas le comprendre ?

13. Aussi au sein de la théorie générale du contrat, la distinction entre la formation et l'exécution est une *summa divisio* classique. Elle s'impose en tant que telle et, en nommant les phases contractuelles, elle a son utilité pédagogique. Elle est d'ordre chronologique : la formation précède l'exécution. Dans cette perspective, en toute logique, elle ne semblait pas pouvoir être contestée.

14. Mais cette simplicité apparente masque en réalité une complexité redoutable qui a résisté aux différentes réformes. En effet, dès l'origine, le droit s'est focalisé sur la prise en compte du temps en tentant de tout prévoir lors de la période de formation²⁵. Là est bien le cœur du problème. Il y a une prise de conscience de vouloir écarter les conséquences de l'impact du temps sur le contrat, non pas en le reconnaissant pour lui-même, mais en le niant purement et simplement. Le déni du temps était une volonté affichée pour inscrire l'engagement dans le marbre et restreignait ainsi le contrat et sa compréhension à un modèle unique. Et c'est là tout le paradoxe de notre recherche : prendre la mesure de l'écoulement du temps à propos d'un acte qui vise précisément à conjurer le temps. Dans la conception classique, le contrat se doit d'être d'abord et avant tout un acte de prévision. Il en est de son essence. Dans le prolongement de cette conception, l'exécution se devait d'être à l'image de la formation du contrat et, dans la distinction entre la formation et l'exécution, la phase d'exécution du contrat était finalement transparente et automatique.

15. Pourtant, la distinction entre la formation et l'exécution peut s'analyser différemment. Elle est au centre d'une autre réalité qui dépasse sa signification purement chronologique et donc seulement mécanique. Au cours de nos travaux de recherche, s'est imposée progressivement l'idée d'une possible émancipation de

²⁴ En ce sens, M. CRESP, *Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale*, préf. J. HAUSER, PUAM, 2013, p. 26.

²⁵ J.-M. MOUSSERON, « La durée dans la formation des contrats », *Mélanges A. JAUFFRET*, LGDJ, 1974, p. 509 et s. Ph. Le TOURNEAU, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », *Mélanges P. RAYNAUD*, Dalloz/Sirey, 1985, p. 349. A. RIEG, « La ponctuation. Contribution à l'étude de la formation successive », *Mélanges A. JAUFFRET*, LGDJ, 1974, p. 593 et s.

l'exécution générée par la durée du contrat. Bergson²⁶ renvoie indirectement à cette intuition de départ, à savoir qu'il existe bien une distinction entre la formation et l'exécution et que cette distinction est comprise dans l'acceptation du changement dans le contrat, tout en voulant assurer sa pérennité. Le contrat se conclut, en effet à un instant « t », mais l'exécution des obligations qu'il prévoit s'inscrit dans l'avenir qui demeure imperceptible et « insaisissable »²⁷. L'incertitude est alors prégnante au moment de la conclusion du contrat, car il s'agit de concevoir l'exécution contractuelle à la discrétion de l'avenir, ce qui est source d'incertitudes et par voie de conséquence d'insécurité. On perçoit déjà une première possible distinction entre la formation et l'exécution. Dans cette perspective, la question est de savoir ce qui est susceptible d'être prévu et ce qui n'est pas prévisible. C'est donc la capacité à prévoir les choses futures ou plus exactement à pouvoir les prévoir²⁸. Le pouvoir est la modalité du possible²⁹.

16. En avançant dans notre raisonnement, il nous a semblé éclairant d'imposer un détour par Kelsen. L'auteur de *La théorie pure du droit*³⁰ distingue, en effet le *sein*³¹ du *sollen*³², c'est-à-dire l'expression de la norme contractuelle, qui doit être selon lui la prévision de la formation, et la norme contractuelle qui sera confrontée aux circonstances dans l'exécution : le *sollen*. Ce dernier désigne ce qui devrait être comme conduite effective au regard de la réalité du contexte dans lequel la norme contractuelle évolue. Ainsi, Kelsen soulève, dès 1962, l'équivoque de la notion de norme contractuelle *sein* dans un cas, c'est-à-dire ce qui est posé, le *sollen* dans l'autre, ce qui devrait être. Implicitement, cet auteur reconnaît une réelle distinction entre la formation et l'exécution du contrat. Pour lui, la norme contractuelle, créée au moment de la formation, se distingue de la norme exécutée dans la

²⁶ H. BERGSON, *La pensée et le mouvant*, 1934

²⁷ A. SÉRIAUX, « Le futur contractuel », in *le Droit et le futur*, Travaux et recherches de l'Université de Droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, PUF, 1985, spéc. p. 85.

²⁸ G. BACHELARD, *Sur la relativité du temps (La dialectique de la durée)*, PUF, 2006.

²⁹ *Le Petit Robert*, entrée « pouvoir »

³⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ, réed. 1999.

³¹ Sein : verbe être en allemand.

³² Sollen : ce qui devrait être.

mesure celle-ci sera susceptible d'être impactée par des circonstances nouvelles dans le temps.

17. Ainsi, le temps peut être à l'origine d'un bouleversement. La durée imprime dans l'ADN du contrat une texture plus ouverte. Plus le contrat dure, plus il y a un risque de distorsion entre la formation et l'exécution du contrat.

18. Mais la non prise en compte par la réforme de 2016 d'un autre modèle n'est pas seulement liée à l'attachement viscéral à la conception classique de la distinction entre la formation et l'exécution du contrat. Elle tient aussi sûrement à la peur du risque d'inflation de nouveaux modèles contractuels. Et c'est cette question non moins redoutable qui se pose : en proposant un autre modèle de contrat, devons-nous nous-même participer à l'inflation des modèles contractuels proposés presque tous les jours en droit français ?³³ On aurait peut-être intérêt à s'en tenir à la seule théorie générale des contrats, d'une part, et à la théorie des contrats spéciaux, d'autre part. Du reste, pour certains auteurs, l'évolution du droit des contrats à l'époque contemporaine incite les juges à la plus grande prudence face aux incertitudes nouvelles à propos des contrats³⁴.

19. Selon le Vocabulaire Capitant³⁵ : « la théorie juridique est une créativité doctrinale fondamentale dont l'objectif est de contribuer à l'élaboration scientifique du droit en dégagant les questions qui dominent une matière, les catégories qui ordonnent l'ensemble du droit des contrats. les principes qui en gouvernent l'application ». Dans la théorie générale, la recherche est une activité de pénétration de l'essence du juridique, indépendamment des branches du droit. Rechercher une plus grande cohérence et tenter de combler les lacunes en droit est le souci de chaque théorie juridique³⁶. Plutôt que de tourner à vide, le projet est d'ériger, à partir de la réalité des contrats spéciaux ou non spéciaux, une grille de lecture conceptualisée susceptible d'harmoniser le droit dans son ensemble et le droit des contrats en particulier.

³³ *Smart contracts* pour ne citer que les plus récents.

³⁴ Fr. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., LGDJ, 1954, n° 67 et s.

³⁵ G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, 11^e éd., PUF, 2016.

³⁶ Ch. PERELMAN (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968.

20. A travers les jurisprudences et les différentes analyses doctrinales, notre travail de recherche vise à mettre davantage en adéquation le droit avec la réalité des contrats. Pour revenir à la question particulière des contrats de durée, doit-on les intégrer directement dans la théorie des contrats, en tant que modèle alternatif au contrat dans l'instant ou doit-on continuer à les analyser à la lumière du contrat échange ?

21. Jusqu'à présent, le développement de la théorie des contrats spéciaux avait eu pour effet de palier le déficit du modèle unique et vidait du même coup la substance de la théorie générale, perdant ainsi son intérêt et sa capacité à embrasser le droit commun dans son ensemble.

22. Une autre piste serait de nier tout intérêt à une théorie générale des contrats tout en tentant de proposer une théorie relative à chaque contrat³⁷. Le doyen Carbonnier suggérait déjà l'idée d'aller puiser dans les anciens articles 1101 et suivants du Code civil. En effet, dans ces articles relatifs aux classifications légales des contrats, se décline une sorte de théorie générale des contrats en fonction de leurs caractéristiques. Il s'agit de répertorier un éventail de contrats spéciaux. Il y aurait eu, dès la rédaction du Code civil, la volonté de catégoriser les contrats et d'en déduire en fonction de cette qualification un régime propre à chacun d'eux. Plutôt que de tenter de rechercher une vaine théorie générale des contrats, il serait plus pertinent de chercher un droit commun des contrats³⁸. D'après le doyen Carbonnier, la théorie générale doit puiser dans les droits spéciaux qui est plus *concrète et plus réaliste*.

23. Pourtant, un autre schéma contractuel principal entre deux modèles principaux se dessine pouvant contribuer à rendre plus cohérent le droit des contrats : le modèle de l'échange au sens strict et le modèle de la relation dans la durée. L'enjeu était alors, à la lumière de nos recherches et des perspectives des différentes réformes, de consacrer une nouvelle typologie de contrats qui s'inscrivent dans le temps et qui forcément s'ouvrent à un certain changement dans la durée. Cette persistance dans la seule logique de l'échange fait régresser la théorie générale. L'intégration même du droit vivant par la réforme ne suffit pas à endiguer ses incohérences, même si, d'une certaine façon, avec la

³⁷ En ce sens, Ph. DELEBECQUE

³⁸ H. BATIFOL, « La crise du contrat et sa portée », *Arch. phil. dr.*, Sirey, 1968, p. 230.

reconnaissance de l'imprévision³⁹, l'état de la prééminence de la formation sur l'exécution du contrat se desserre. Le maintien d'une seule catégorie de contrats sur la seule perspective de l'échange traduit une défiance face aux changements et au temps qui perdure encore dans la réforme.

24. Or, cette stratégie d'évitement maintient le contrat, ou plutôt la théorie générale du contrat, dans une abstraction totale d'un contrat toujours hors du temps, malgré certaines tentatives d'aménagements de la force obligatoire de la convention. Cela ne nous paraît pas correspondre aux attentes premières d'une théorie générale de ne pas prendre en compte un schéma qui s'impose pourtant. Deux thèses s'affrontent désormais : l'une qui postule l'éviction de la pratique contractuelle pour reconnaître l'atout des prescriptions de la théorie et l'autre qui tend à la reconnaissance de la pratique contemporaine avec l'émergence d'un droit des clauses contractuelles qui rend plus sophistiqué le droit. Cependant il est constaté que ces deux propositions laissent le contrat au sens large soumis toujours à la même logique : l'échange. Mais, même si cette nouvelle reconnaissance surgit de la pratique contractuelle, celle-ci s'est largement inspirée des modèles existants assurant ainsi une continuité dans le droit des contrats⁴⁰. On parle aussi d'une fertilisation croisée des apports⁴¹.

25. La réduction du contrat à un seul modèle tel que le contrat instantané, modèle du contrat de vente a tenté de résister longtemps. Le modèle se voulait complet. Les principes d'intangibilité et d'immutabilité y étaient attachés. Mais essayer d'imposer ce modèle aux contrats qui s'exécutent dans une certaine durée butait en permanence sur les principes d'intangibilité et d'immutabilité et rendait une certaine flexibilité impossible. D'un autre côté, il était clair que cet enfermement du contrat était réducteur et compromettrait l'avenir de toute idée de durée dans le contrat et surtout de toute idée de pérennité. Ce système a fonctionné tant bien que mal et a donné lieu à de nombreuses

³⁹ Article 1195 du Code civil.

⁴⁰ É. SAVAUX, th. préc., n° 32 pour cet auteur ce sont les règles de droit commun des contrats et contrats spéciaux qui ont construit la pratique contractuelle et pas l'inverse.

⁴¹ M. FONTAINE, « Fertilisation croisée du droit des contrats », in *Mélanges J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 319 et s.

analyses doctrinales s'interrogeant sur les moyens de contourner cette intangibilité contractuelle. Mais cette recherche est sans doute chimérique, car elle tourne en permanence sur elle-même sans arriver à sortir de cette impasse, tant que l'on reste dans la même logique.

26. Dans cette recherche, il est considéré que les rapports du temps et du contrat sont d'une richesse certaine. Pourtant, son appréhension reste sous-exploitée et paraît même être volontairement écartée par la conception classique ainsi que par la nouvelle réforme du droit des contrats toujours inscrite dans une conception instantanéiste et complète du contrat. Il est paradoxal de considérer le contrat, d'un côté comme un acte de prévision du futur contractuel qui s'inscrit nécessairement dans le temps et de l'autre côté, de limiter son analyse au temps de l'instant de la rencontre des volontés. C'est dans cette perspective que la distinction entre la formation et l'exécution s'inscrit bien dans une démarche chronologique où la formation précède l'exécution. Cependant, ce n'est pas cette *summa divisio* qui a retenu notre attention. Notre recherche s'est orientée davantage sur la question de la puissance de la volonté d'enfermer le contrat dans une prévision intangible, dans un temps juridique. Le contrat, en tant qu'acte de prévision, écarte alors tout changement et enferme l'exécution dans une réalité fictive et intangible qui est la parfaite reproduction de ce qui a été décidé au moment de la formation. « Le temps réel, a-t-il pu être écrit, est parfois nié dans sa réalité même et réduit à l'instant et lorsque le droit des contrats prend acte de cette donnée incontournable qu'est le temps, c'est généralement en minimisant sa valeur »⁴². Le contrat lors de la formation crée un devenir juridique, distinct du devenir réel, c'est-à-dire qu'il enferme l'exécution dans le temps de la formation. Ainsi, le droit des contrats ne semble pas tenir compte de l'imprévisibilité du devenir. En quoi la parole donnée dans certaines circonstances peut ne pas être respectée dans la mesure où les circonstances qui existaient au moment de la formation ont changé lors de l'exécution ? Si les circonstances changent faut-il que le contrat change ? Autrement dit, en cas de changement des circonstances, s'agit-il de la même promesse, de la même adéquation à la volonté des parties ? S'agit-il du même contrat ? Ne faut-il pas reprendre alors le contrat à l'origine de la formation et le comparer à l'exécution ?

⁴² Anne ETIENNEY, « *Le temps et le contrat* » in Association Henri Capitant, *Le temps et le droit*, journées nationales Tome XVIII /Dijon, Dalloz, 2014 p.44 et s : « L'indifférence du Code civil à l'égard du temps coïncide essentiellement avec la conception spiritualiste du contrat qui place le centre de gravité de ce dernier dans la rencontre de volontés purement instantanée ».

27. En l'espace de quelques années, la question du temps dans le contrat s'est révélée être l'enjeu majeur de l'attractivité du droit des contrats. Cette question exacerbe « l'opposition entre les tenants de l'impératif de justice contractuelle⁴³ et les défenseurs de la sécurité juridique⁴⁴ ». La notion de contrat confronté au temps semble cultiver les paradoxes. À n'en pas douter, la vision que chacun entretient du contrat, des contractants et du rapport du contrat au temps et à l'impact des différents changements de circonstances se répercute sur la conception même du contrat.

28. La considération du temps dans le contrat n'est pas une question nouvelle, mais l'est le fait de vouloir créer un contrat susceptible d'accompagner le changement de circonstances comme une opportunité de vivre en adéquation avec le temps réel, sans remettre en cause le contrat, mais en assurant sa pérennité. Cette nouvelle orientation visera à maintenir le contrat au moyen de contre-pouvoirs. Recentré en son cœur, le contrat dans le temps trouvera des ajustements pour se maintenir. Deux types de contrats émergeront de cette conception avec deux régimes bien différents.

29. C'est dans ces conditions que notre thèse s'inscrit dans une volonté de plaider la cause du contrat de durée et d'un régime lui permettant de faire évoluer le droit des contrats afin de permettre une vraie cohérence tant vis-à-vis des contrats spéciaux que dans le cœur de la théorie générale. Consacrer la distinction entre le contrat instantané et le contrat de durée renvoie à l'enjeu sous-jacent de la distinction entre la formation et l'exécution du contrat dans le temps. À une conception en déclin de la prééminence de la formation sur l'exécution se substitue la conception d'une exécution se déroulant sur une longue durée. L'idée directrice est le constat de l'inadaptation des concepts classiques, y compris ceux issus de la réforme. En effet, certains concepts classiques s'essouffent à vouloir s'adapter à tout prix et ce grand écart conceptuel contribue à l'éclatement du modèle contractuel classique. Dans cette perspective, on a remarqué que lorsque le juge constate que certains de ces instruments sont mal adaptés à telle ou telle réalité nouvelle, il s'efforce de les adapter à condition que cette évolution continue de s'inscrire l'intérieur des catégories contentieuses classiques. Mais cette recherche a pu conduire à certains excès dans l'adaptation, en fissurant les concepts classiques

⁴³ J-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ? », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 99, spéc., p. 126.

⁴⁴ C. CHABAS, « Force obligatoire contre exécution de bonne foi ? », *JCP G* 18 juill. 2007, p. 8.

(Première partie). Notre démarche s'inscrit ensuite dans la proposition d'un nouveau modèle contractuel qui pourrait davantage intégrer la réalité de la durée et ses conséquences en préservant la cohérence des concepts **(Deuxième partie).**

*PARTIE I UNE RÉFORME IMPARFAITE : LA PERSISTANCE DE LA PRÉÉMINENCE
DE LA FORMATION SUR L'EXÉCUTION, UN CONTRAT TOUJOURS HORS DU
TEMPS*

*PARTIE II POUR UNE VRAIE RÉFORME : L'EMANCIPATION DE L'EXECUTION
SUR LA FORMATION, UN CONTRAT DANS LE TEMPS*

PREMIÈRE PARTIE

**UNE RÉFORME IMPARFAITE :
LA PERSISTANCE DE LA PRÉÉMINENCE DE
LA FORMATION SUR L'EXÉCUTION, UN
CONTRAT TOUJOURS HORS DU TEMPS**

30. Il est paradoxal d'arrêter le temps dans le contrat dès sa formation alors que la plupart des contrats s'inscrivent précisément dans le temps. Cette exaltation du rôle de la volonté cristallise la volonté des parties dans un réceptacle figé. Une telle analyse, en réduisant délibérément le contrat à l'instant, a contribué à rendre artificielles les recherches menées sur le contrat. En d'autres termes, la vie de l'être humain comme celle du contrat est éminemment liée au temps⁴⁵. Cette recherche de l'impact de la durée sur le contrat a révélé un manque de réalisme et d'objectivisme dans le contrat pourtant amené à évoluer dans un environnement concret. Extraire le contrat du temps rend le raisonnement artificiel et tronqué et contribue à de nombreuses incompréhensions et incohérences. C'est dans ce contexte qu'il est pertinent de réfléchir à la conception de la prééminence de la formation sur l'exécution.

31. La prééminence de la formation⁴⁶ sur l'exécution renvoie donc à l'omnipotence de la volonté des parties telle qu'elle a été exprimée lors de la formation. L'exécution est alors comprise comme le miroir de la volonté des parties et ne doit pas s'en écarter. Pourtant, cette analyse du contrat en tant qu'acte de prévision apparaît comme une pure fiction conduisant à l'enfermement de l'exécution dans la parole donnée (**Titre I**). Ainsi, ce modèle unique, induit par la logique de la prééminence de la formation sur l'exécution, réduit considérablement la notion de contrat à un monde complet et imperméable à toute influence extérieure. Malgré les limites de ce modèle imposé, le droit contractuel tente au moyen des concepts traditionnels de construire et de rechercher une adaptabilité du contrat afin que celui-ci puisse s'inscrire dans le temps, sans pour autant remettre en cause le modèle classique du contrat complet. Cependant, cette remédiation est nécessairement limitée tant que le paradigme du contrat complet reste inchangé. En effet, il semble que le modèle adopté se fissure, provoquant par là même un risque d'éclatement de la force obligatoire des concepts tant que la réalité du temps est niée (**Titre II**).

⁴⁵ M.BLOCH, «Le temps collectif», *Philosophie magazine*, 2008, n° 21, p. 44 : «pour casser cette représentation d'un processus irréversible, toutes les sociétés mettent en œuvre des rituels qui créent une temporalité contrefactuelle».

⁴⁶ J.-C. HALLOUIN., *L'anticipation. Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, thèse, Poitiers, 1979.

TITRE I : LA PERSISTANCE DE L'ENFERMEMENT DE L'EXÉCUTION DANS L'INSTANT DE LA FORMATION

32. L'indifférence du Code civil à l'égard du temps coïncide essentiellement avec une conception unitaire du contrat qui a placé le centre de gravité du contrat dans la seule rencontre de volontés. Ces volontés s'insèrent dans un acte sans durée : l'instant. Mais est-ce vraiment de l'indifférence ou une volonté affichée de s'abstraire du temps et donc de tenter de maîtriser ces conséquences et le temps lui-même ?

33. Pourtant, l'existence de la notion unitaire de contrat peut être discutée⁴⁷. En effet, la notion de contrat donne en France comme à l'étranger l'apparence d'une notion unique qui en ferait un acte de prévision et de tentative de maîtrise du temps, alors qu'en fait le contrat renvoie à plusieurs conceptions⁴⁸. Au fil de l'histoire, ces différentes conceptions ont montré que l'approche classique du contrat a considérablement évolué et fissure le modèle qui avait été privilégié jusqu'alors⁴⁹.

34. L'ancien article 1101 du Code civil disposait que « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs autres personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose ». D'après cet article, la force obligatoire s'impose de façon contraignante aux parties dans tout ce qui a été prévu. Quant au nouvel article 1101 tel qu'issu de la réforme du droit des contrats, il dispose que le « le contrat est un accord de volontés entre deux et plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». La nouvelle définition légale se décompose en deux propositions et porte peut-être en elle-même un indice de changement de perspective pour le contrat. La première, relative à l'accord de volontés, est admise de longue date. En revanche, la seconde

⁴⁷ E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. J.-L. AUBERT, LGDJ, 1997 ; J. GHESTIN « La notion de contrat », *D.* 1990, chr. p. 147 ; G. ALPA « Les nouvelles frontières des contrats », *in Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 1.

⁴⁸ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, éd. Thémis, 2011.

⁴⁹ L. DIKOFF, « L'évolution de la notion de contrat », *Mélanges H. Capitant*, Dalloz 1938, p. 201.

se sépare de la rédaction de l'ancien article 1101 du Code civil, lequel faisait de la création d'obligations de donner, de faire ou de ne pas faire un élément constitutif de la définition du contrat. Le changement de définition opéré appelle quelques remarques, car si la plupart des obligations sont assujetties au respect de l'accord de volontés, on a l'impression que l'accord de volontés se détache en quelque sorte de la formation stricte pour donner l'impression d'une vie autonome des obligations. Autrement dit, par l'effet des verbes énumérés, émergent une distinction entre le contrat comme accord de volontés et son contenu obligatoire. Cependant, l'ordonnance n'en tire aucune conséquence et reste attachée au modèle unique du contrat instantané, ce qui est dommageable, car à travers la reconnaissance de la vie des obligations, c'était la réalité de la phase de l'exécution qui semblait être visée⁵⁰. Mais ce que l'on peut noter d'ores et déjà c'est que la réforme a tendance à valoriser en quelque sorte la finalité de l'accord⁵¹.

35. Pourtant, dans cette première conception, tout l'avenir est figé au moment de la formation par la seule volonté des parties. Dès lors, quels que soient les événements qui peuvent survenir, le juge ne pourra pas remettre en cause ce qui a été initialement prévu. C'est donc une sorte d'enfermement du contrat, désormais coupé du monde réel et imperméable à tout changement, auquel on assiste. Même si cette conception est garante d'une sécurité juridique absolue en apparence, force est de constater qu'elle a tendance à se fissurer de toutes parts depuis de nombreuses années. Depuis quelques décennies, les contractants ont réglé la difficulté de l'appréhension du temps en recourant à différentes techniques, telles que les clauses de *hardship*⁵². Les contractants ont pris ainsi leur responsabilité et ont su juguler les eaux du fameux canal de Craponne⁵³. Avant de s'interroger sur les origines de cet

⁵⁰ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016 : « même détaché du dogme de l'autonomie de la volonté, qui n'explique plus en droit contemporain la force obligatoire du contrat, le critère qui singularise le contrat au sein des actes juridiques, est celui de l'accord de volontés ».

⁵¹ *Ibid.* : « l'article 1101 du Code civil qui précise que le contrat est l'accord de volontés "destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations, insiste plus qu'avant sur la finalité de l'accord" ».

⁵² Cependant ces clauses de *hardship* ne sont pas susceptibles de régler l'ensemble des situations imprévisibles.

⁵³ Ph. DUPICHOT, « La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision », in *Thèmes et Commentaires, réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, (dir.) Ph. STOFFEL-MUNCK, Dalloz, 2015.

emprisonnement du contrat dans la parole donnée de la formation (**Chapitre II**), il est intéressant d'identifier les manifestations de cet enfermement et les assouplissements adoptés dans le but de garantir tant bien que mal le maintien du lien contractuel en dépit des vicissitudes du temps (**Chapitre I**).

CHAPITRE I : LES MANIFESTATIONS DE L'ENFERMEMENT DE L'EXÉCUTION DANS LE TEMPS DE LA FORMATION

36. L'enfermement de l'exécution dans la parole donnée était un moyen de préserver le contrat de tout changement, les parties au contrat répugnant à l'incertitude⁵⁴. À l'évidence, cette conception était le prolongement d'un volontarisme contractuel important qui cristallisait le contrat au moment de la formation pour pallier les risques de changement de circonstances susceptibles de porter atteinte à la prévision initiale.

37. L'imprévision se décrit comme un « défaut de prévisions⁵⁵ ». La prévision est l'action de prévoir, elle s'inscrit dans la projection de l'avenir. Devant l'impossibilité de prévoir l'imprévisible, c'est-à-dire un événement qui n'appartient pas aux prévisions, le droit a tenté de s'abstraire du risque temporel pour limiter au maximum cette imprévisibilité⁵⁶. C'est pour cette raison qu'il a tenté de tout prévoir et d'enfermer le contrat dans une prévision de départ intangible. Il s'agissait ainsi d'identifier les manifestations négatives et positives qui sont autant de réponses à la problématique de la réception du changement de circonstances dans un contrat. Il était donc important de connaître les manifestations négatives de ce rejet de l'impact du changement en matière contractuelle (**Section 1**). Par ailleurs, il est utile de comprendre les différents mécanismes mis en place pour pallier cette réticence au changement. Cependant, il sera constaté que des mécanismes positifs restent, malgré la tentative de prendre en compte une certaine imprévisibilité, essentiellement de la prévisibilité du changement et donc de la prévision (**Section 2**).

⁵⁴ Ce qui est visé dans l'imprévision ce n'est pas l'imprévu ou l'imprévoyance, qui est une défaillance prévisionnelle et donc prévisible. Ce qui est visé et source d'incertitude, c'est l'imprévisibilité c'est-à-dire ce qui ne peut être prévu.

⁵⁵ *Le Petit Robert*, entrée « imprévision ».

⁵⁶ *Le Petit Robert*, entrée « imprévisibilité »

SECTION I : LA MANIFESTATION NÉGATIVE DE L'ENFERMEMENT

38. L'imprévision déchaîne un véritable envoûtement en droit des contrats. Le juge administratif l'a consacrée, le juge judiciaire l'avait strictement rejetée⁵⁷. La négation de l'imprévision dans l'affaire Canal de Craonne résulte de l'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil qui, disposant que « les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites », pose le principe général de la force obligatoire. La force obligatoire y est entendue de manière stricte avec comme pendant le principe d'intangibilité. Ce dernier sous-entend que l'exécution du contrat doit être telle que l'ont voulu les parties lors de la conclusion du contrat.

39. Le projet contractuel s'emploie donc à organiser l'avenir. L'enfermement du contrat dans la prévision contractuelle apparaît comme un gage de sécurité contractuelle pour les contractants. Toutefois, dans l'hypothèse d'un changement de circonstances imprévu et sans clause de *hardship*, est-il envisageable d'adapter le contenu de l'accord entre les parties ? La question est primordiale, car le refus d'admettre l'imprévision peut provoquer la faillite d'une des parties ou tout simplement la disparition du contrat. Ainsi, pour tenter de se soustraire à cette faiblesse du contrat, il serait utile d'identifier la rigidité négative de principe (**paragraphe 1**), cependant une autre lecture de cette problématique par la jurisprudence tente d'assouplir cette rigidité de principe en militant en faveur d'une possible renégociation au nom de la cause et de la bonne foi, ces jurisprudences ont contribué à créer une imprévision implicite et ont participé indirectement à la réforme du droit des contrats. En effet, l'évolution actuelle sur la vision de l'acceptation d'une certaine imprévision dans le contrat est le produit d'une décennie de projets et de contre-projets, ainsi que de la création jurisprudentielle pour pallier les difficultés d'un rejet pur et simple de l'imprévision (**paragraphe 2**).

⁵⁷ La réforme du droit des contrats vient de consacrer l'imprévision dans son article 1195.

Paragraphe 1 : Une rigidité de principe en droit privé

Avant de considérer l'apport du droit public en matière d'imprévision **(B)**, il serait souhaitable de cerner la position du problème de l'imprévision **(A)**.

A) Position du problème

40. La théorie de l'imprévision fait l'objet d'un débat passionné depuis sa consécration en droit administratif. Cette théorie bien connue procure des divisions au sein même du droit privé et a contribué à réaliser « la distance qui ne cesse de s'accroître entre une théorie classique des contrats qui ne reflète plus les valeurs juridiques contemporaines et une conception utilitariste du contrat imprégnée de considérations économiques. Les postulats fondamentaux de la théorie volontariste à savoir l'égalité entre les parties contractantes et l'opposition d'intérêts en tant que facteur de réalisation d'une convention équilibrée sont largement démentis⁵⁸ ». C'est l'arrêt Canal de Craponne⁵⁹ qui marque pour la première fois le rejet de la théorie de l'imprévision. Cette décision a permis l'émergence de deux courants doctrinaux opposés : la conception traditionnelle reniant avec fermeté toute introduction de la théorie de l'imprévision⁶⁰ et une approche plus libérale qui l'accepte⁶¹.

⁵⁸ S. NADAUD

⁵⁹ Civ., 6 mars 1876, *De Gallifet c/Commune de Pelissanne*, D. 1876.1.193, note Giboulot ; S. 1876.1.161.

⁶⁰ H. CAPITANT, *Le régime de la violation des contrats*, 1934, p. 1 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Cours de droit civil, Les obligations*, t. 4, Cujas, 10^e édition, 2000, n° 621 ; C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, t. 4, n° 347 ; J. CARBONNIER, *Droit civil français*, t. 4, 22^e éd., 2000, n° 69 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. I. L'acte juridique*, Sirey, 14^e éd., 2010, n° 410 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, n° 265 ; C. DEMOLOMBE, *Leçons de code civil*, n° 550 ; C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations ; le contrat.*, t. 3, Economica, 6^e éd, 2007, n° 115 et 426 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civile*, LGDJ 1949, n° 81 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd. 1988, n° 250 ; MAZEAUD et CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 737 et 741.

41. Il est intéressant de constater que la distinction entre le droit administratif et judiciaire n'est pas si radicale, le premier reprenant à son compte les fondements du droit judiciaire pour contrôler l'imprévision. En effet, la conception prétorienne de la théorie de l'imprévision ne s'est pas faite indépendamment de la conception civiliste du contrat⁶². Le juge administratif, soucieux de ne pas produire une insécurité juridique des relations contractuelles, a imité le juge judiciaire en faisant application de certaines dispositions du Code civil adaptées au droit administratif. Par ailleurs, la conception isolée du rejet absolu de la théorie de l'imprévision cède le pas sur des intérêts commerciaux à travers la hardiesse de la chambre commerciale de la Cour de cassation qui adopte une attitude en rupture à l'égard du droit civil. Les prémisses de cette conception pragmatique du contrat se révèlent audacieuses dans la jurisprudence commerciale et amorcent un nouvel office du juge en matière de changements de circonstances. Cette nouvelle conception du contrat émerge progressivement à la lumière de l'audace du juge judiciaire et administratif. Ces derniers ont, dans leurs matières respectives, fait preuve d'un grand pragmatisme⁶³. Pourtant, le temps qui passe sur le contrat semble toujours être source d'insécurité et de renoncement.

42. Nous sommes au lendemain de la réforme du droit des contrats⁶⁴, tant attendue, qui a consacré la théorie de l'imprévision⁶⁵. La décision du Canal de Craponne

⁶¹ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, les effets*, LGDJ, 3^e éd, 2001, n° 471 ; J. BONNECASE, *Supplément au Traité de droit civil de BAUDRY- LACANTINERIE*, Rec. Sirey, 1924 ; R. KHAN, *La notion d'aléa dans les contrats*, thèse Paris, 1924. Ph. STOEFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision, vers une souplesse contractuelle en droit civil contemporain*, PUAM, 1994 ; L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Droit civil*, t. 2, 3^e éd., 1964, n° 462 et s.

⁶² E. LABROT, *Étude comparée droit public-droit privé des contrats*, préf. Fr. FRAYSSE, éd. L'Harmattan, 2016, p. 237.

⁶³ *Ibid.*, p. 43.

⁶⁴ Jusqu'à l'ordonnance du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, le droit des contrats reposait sur des dispositions du Code civil en vigueur depuis 1804. La réforme est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016 et son ampleur est considérable même si nous considérons ses lacunes et ses limites.

⁶⁵ L'article 1195 du Code civil introduit la possibilité d'imposer à la partie récalcitrante l'adaptation du contrat aux contraintes nouvelles. Il rompt le silence du Code depuis 1804 sur l'incidence du changement de circonstances imprévisible et rompt ainsi avec la solution jurisprudentielle de « Canal de Craponne » qui rejetait l'imprévision.

du 6 mars 1876 est désormais rejetée : « aucune considération du temps ou d'équité ne peut permettre au juge de modifier la convention licite et librement acceptée par les parties ». Cette solution de principe considérait « qu'en aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants⁶⁶ ». En effet, selon une approche classique qui axe l'attention sur le principe d'intangibilité des termes de l'engagement, la révision du contrat paraissait totalement exclue du raisonnement. C'est dans ce cheminement cohérent que l'arrêt *Canal de Craponne* a écarté l'imprévision. Il s'était agi, par cette décision, de briser la réhabilitation, par des juges du fond de la règle *rec sic bus stantibus* inventée par les canonistes afin de permettre la résolution du contrat en cas de changement imprévisible de circonstances. Largement utilisée dans l'ancien droit, cette règle permettait de combattre la montée en puissance de la règle *pacta sunt servanda*. Malheureusement, le Code civil l'ignora⁶⁷. Une telle position n'empêchera cependant pas la persistance et le développement de l'ancestrale faculté de révision judiciaire. Le droit des contrats a fondé ce rejet sur l'irrévocabilité et l'intangibilité : « le droit français fonde l'irrévocabilité et l'intangibilité du contrat sur la valeur morale attachée à la parole donnée par le débiteur⁶⁸ ». Persiste depuis plusieurs décennies un écart certain entre les fondements qui se justifient des deux côtés, tant du côté du droit administratif que du côté du droit privé. « Pendant longtemps le juriste de droit privé a pu sans gros inconvénient sauf pour l'avenir, se contenter de la notion de contrat et de sa base essentiellement volontariste au contraire du publiciste qui confronté avec des mécanismes sans rapport avec le contrat a dû

⁶⁶ Civ., 6 mars 1876, *DP*, 1876, 1, p. 193, note Giboulot ; GAJA, Y. LEQUETTE, Fr. TERRE et H. CAPITANT, *Les obligations*, 12^e éd., Dalloz, 2008, p. 183, n° 165.

⁶⁷ Cette position radicale n'empêchera pas la persistance de la révision judiciaire des honoraires des mandataires. Par ex., pour un avocat : Cass. 2^e civ., 19 févr. 2009, n° 07-21.518.

⁶⁸ D. MAZEAUD, « La confiance légitime et l'estoppel », *RIDC* 2006, p. 389, n° 31.

beaucoup plus tôt se préoccuper de trouver un cadre plus adéquat⁶⁹ ». Un cadre qui serait davantage en interaction avec la réalité et le pragmatisme économique.

43. Dans un contexte de durée, le contrat peut se transformer et remettre en cause la croyance en la persistance du présent contractuel tout au long du contrat, c'est-à-dire la conviction que les choses ne bougeront pas dans l'exécution, qu'elles seront comme cristallisées et ne seront que l'exécution de la formation, son image fidèle. Tandis que le droit civil reste enfermé dans sa conception instantanéiste et intangible, le droit public met en place d'autres mécanismes afin d'approcher différemment la révision du contrat. La conception publiciste de la révision du contrat semble donner des clefs utiles et influencera les évolutions civilistes, mais paradoxalement c'est le droit public qui fera évoluer le droit civil sur la question de l'imprévision en s'inspirant paradoxalement des fondements civilistes.

44. Pour des raisons justifiées, le droit public comme le droit comparé ouvrent le contrat à une possible modification de la volonté d'origine en cours d'exécution. La théorie de l'imprévision est davantage une théorie de la guerre, de confrontation avec le réel. Même si les évolutions du droit privé semblent se dessiner, les réelles prémisses sont nées d'aménagements officieux du postulat de l'intangibilité absolue du contrat. Sous l'impulsion conjuguée du droit public et du droit comparé, la porte du contrat s'ouvre davantage afin de laisser place à un juge de l'économie capable d'accompagner les parties dans la durée du contrat et son impact à savoir le changement éventuel des circonstances. Le paradoxe tient au fait qu'en utilisant les mêmes appuis, la solution rendue n'est pas la même. Cette approche différente entre les deux droits résulte apparemment d'impératifs divergents propres à chacun d'eux.

45. La jurisprudence française, malgré son isolement et les nombreux blocages qui sont à l'origine de son refus de consacrer une certaine imprévision, a maintenu l'intangibilité du contrat en cas de modification de circonstances. Pourtant, la Cour de cassation semblait de plus en plus isolée tant au regard des différents droits étrangers qui ont entrepris de consacrer la théorie de l'imprévision que de la doctrine qui souhaite

⁶⁹ J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, préf. P. RAYNAUD, LGDJ, 1971, p. 55.

désormais accélérer le processus et reconnaître l'imprévision, ce qui s'est confirmé dans l'ordonnance du 10 février 2016.

46. Le droit public est plutôt loquace sur la prise en compte de l'imprévision. En l'admettant dès 1916, le droit administratif s'est montré exceptionnellement plus prompt que le droit civil à vouloir maîtriser le hasard. C'est la crise économique provoquée par la Première Guerre mondiale qui est à l'origine de cette reconnaissance de l'imprévision. Sous couvert de la continuité du service public, l'imprévision a été admise alors que du côté du droit privé, seules l'irrévocabilité et l'intangibilité de la parole donnée semblaient l'emporter⁷⁰. Il est cependant intéressant de connaître les raisons du rejet de principe de l'imprévision en droit privé, en soumettant cette question à l'impact du temps sur le contrat dans la durée. Cependant, au-delà de cette confrontation apparente de principes, le droit administratif s'inspire largement du droit civil tout en s'en émancipant.

47. L'opposition de deux principes *pacta sunt servanda*, d'une part, et l'acceptation de l'imprévision, d'autre part, qui est au cœur du raisonnement. Cette problématique était déjà discutée dans l'Antiquité. Alors que le droit romain utilisait un principe similaire à *pacta sunt servanda*, la théorie de l'imprévision avait déjà été adoptée par Julien qui, comme Ulpien, écrivait dans *Status* : « le contrat qui a un trait successif doit être réduit à l'équité, quand la suite des temps le rend injuste, quand l'état des choses est tellement changé que l'ancienne convention, eu égard au temps présent est injuste⁷¹ ». L'histoire nous a montré de tout temps une certaine ambivalence quant à l'accueil de la théorie de l'imprévision et l'accueil de la problématique du temps en général. Il est alors intéressant de souligner que, d'une part, dans le droit administratif la théorie de l'imprévision n'est pas la règle, que le juge administratif ne la met que très rarement en jeu, et, d'autre part, que dans la mesure où elle doit être utilisée

⁷⁰ Cette réflexion n'est pas périmée comme nous le verrons dans la deuxième partie de notre propos, dans la mesure où l'imprévision dans la mesure où la réforme n'a fait qu'entériner les décisions jurisprudentielles, et n'a en rien consacré l'imprévision dans la mesure où elle est supplétive, en quoi cet objectif est servi si tout contractant peut y renoncer à l'avance? La problématique des conditions de l'acceptation d'une clause de révision peut priver les parties ainsi du régime protecteur vanté par l'ordonnance.

⁷¹ T. 2, p. 37.

effectivement, le juge administratif tente un rapprochement à l'amiable des parties. Si certains ont considéré le droit administratif comme innovant sur la question de l'imprévision, il faut bien reconnaître que le droit administratif s'est largement appuyé sur des considérations civilistes⁷² et des notions cardinales du droit privé. « Le juge ne peut pas refaire le contrat⁷³ ». Le juge doit s'efforcer de renvoyer les parties à leurs engagements et la nouvelle situation imprévisible doit trouver une réponse consensuelle. On voit bien dans cette analyse que les jurisprudences administrative et judiciaire partagent les mêmes fondamentaux. À travers ce constat, il paraît intéressant de noter que le rejet de l'imprévision semble trouver son origine dans une affirmation d'un certain volontarisme contractuel cristallisé pour échapper aux changements de circonstances. Mais la question que l'on se pose est de savoir si c'est la bonne direction de nier tout changement et de rester imperméable aux changements de circonstances et il conviendra de s'interroger sur le modèle contractuel que cela suppose.

48. A la vérité, l'origine du rejet de l'imprévision passe par une volonté affichée d'assurer le maintien de la prévision contractuelle de départ. Le maintien du contrat passe par le respect de la parole donnée enfermant, et l'étau paraît très resserré, avec le respect intangible de la prévision. Si le principe de force obligatoire des conventions s'impose au juge, celui-ci peut-il modifier le contrat lorsqu'un changement des circonstances économiques bouleverse l'équilibre des prestations voulu par les parties ? La réponse de l'arrêt *Canal de Craponne* se retranche derrière le visa de l'article 1134 du Code civil, mais c'est surtout l'idée de la sécurité juridique des relations juridiques qui explique cette décision : « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants⁷⁴ ». C'est donc le

⁷² Fr. CHENEDE, *Op. cit.*, p. 923. V. égal. B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, thèse Paris 2, Préf. J.-J. BIENVENU, 2003, n° 222, p. 229.

⁷³ Il convient de noter que dans les conclusions du Commissaire de gouvernement Chardenet qui s'adresse au juge du Conseil d'État expliquait : « lorsque vous avez adopté des prix nouveaux avez-vous pour cela refait le contrat, ce qui n'est pas le rôle du juge ? Nullement ».

⁷⁴ Affaire *Canal de Craponne*, 6 mars 1876, *D.* 1876.1.193, note Giboulot ; *GAJC*, t. 2, n° 165.

prisme de la sécurité qui est mis en avant. Les juges ont voulu empêcher que la partie de mauvaise foi demande la révision dès que le contrat deviendrait moins intéressant. C'est d'une logique implacable et dans la ligne droite du respect de la parole donnée et de l'engagement, même si cela doit conduire à un enfermement de principe de la parole donnée imperméable aux changements. La solution de la Cour de cassation a fait prévaloir une interprétation stricte du principe de la force obligatoire. À l'évidence, pour le juge judiciaire, ce qui compte c'est *uniquement* ce qui a été initialement voulu par les parties lors de la formation du contrat. Ce raisonnement induit une véritable sacralisation de l'accord de volontés qui n'est pas sans danger pour les relations contractuelles. En effet, cette propension à figer le contrat dans le temps, dans les circonstances de la formation, revient à dire que les obligations réciproques doivent être exécutées inexorablement par les parties, sans tenir compte de l'évolution du temps et des circonstances⁷⁵. Le contrat est alors, dans cette analyse, « un moyen pour une partie de se garantir contre les circonstances imprévisibles⁷⁶ ». L'adage : nul n'est censé ignorer la loi s'applique avec vigueur en droit privé des obligations. Il s'agit, dans ce cas, de la loi du contrat.

49. Le principe de sécurité est l'objet d'acceptions divergentes. L'approche classique concentre son analyse sur le principe d'intangibilité des termes de l'engagement, ceux-ci ne sauraient en aucune manière faire l'objet d'une révision pour changements de circonstances. Pourtant il est difficile de tout prévoir au moment de la formation, et en cas de changements de circonstances, il est certain qu'il faudra selon le principe d'intangibilité appréhender les évolutions comme des manifestations de l'emprise du temps sur le contrat. C'est dans ce cadre-là que l'on éprouve le principe de prévision contractuelle.

50. Avec l'admission de l'imprévision en droit public, il a été reconnu officiellement un changement possible de centre de gravité. On observe le passage progressif de la volonté des parties à la notion d'intérêt des parties lors de l'exécution. À travers ce changement de perspective, les premiers indices d'une compatibilité des fondements contractuels classiques avec l'admission de l'imprévision rendent compte de

⁷⁵ En ce sens, E. LABROT, thèse préc., p. 110.

⁷⁶ J. CARBONNIER, *op. cit.*, t. 4, n° 144.

la reconnaissance possible d'un régime différent porté par un modèle contractuel nouveau : les contrats de longue durée. Cette reconnaissance était d'autant plus forte qu'elle utilise les principes et fondements du droit privé pour justifier son admission de l'imprévision. Cela peut sembler d'autant plus paradoxal que ce sont ces mêmes fondements qui servent à rejeter l'imprévision.

51. La rigueur de la jurisprudence Canal de Craponne a toujours détonné⁷⁷ avec les droits européens et le droit public français. Elle contraste également avec les solutions des projets européens de droit des contrats⁷⁸. Ce contraste réside dans la conception même de la notion de volonté des parties. Les changements de circonstances sont alors considérés comme une modification des circonstances et ont tendance à requalifier cette *volonté* des parties en *intérêt* des parties, notion beaucoup plus objective. Cela reviendrait à objectiviser le contrat et quitter le pur volontarisme imperméable au temps : « l'intérêt c'est finalement la projection objective de la volonté à travers le prisme déformant du milieu objectif qui s'y intègre, la transforme, est transformé par elle ; l'intérêt n'est finalement qu'une sphère d'équilibre à contenu variable dans certaines limites⁷⁹ ». Cette conception du Professeur Hauser s'appuie sur le concept de cause en le considérant comme un fait à la différence de la volonté considéré comme un droit : « Dans nombre d'actes juridiques modernes, les effets se produisent sans que la volonté ait un quelconque rôle dans cette production. Si l'on se place dans le domaine de l'acte à exécution instantanée, il est certain que dans la plupart

⁷⁷ Cf. R. DAVID, « L'imprévision dans les droits européens », *Mélanges A. JAUFFRET*, LGDJ, 1974, p. 211 s. D. TALLON, « La révision pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », *Mélanges A. SAYAG*, 1998, p. 403 s. ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », *RDC* 2004/1, p. 67 et s. ; R. CABRILLAC, « Perspectives d'évolution du droit français en matière d'imprévision à la lumière du droit comparé », *Mélanges C. JAUFFRET- SPINOSI*, Dalloz, 2013, p. 227 et s.

⁷⁸ Projet Lando : art. 6-111, « Changement de circonstances » pose un principe assorti d'une exception, le principe est celui d'exécuter, même si cette exécution est devenue plus onéreuse. Par exception, les parties ont alors l'obligation d'engager des négociations pour adapter le contrat ou y mettre fin si l'exécution devient plus onéreuse en raison d'un changement de circonstances survenu après la conclusion du contrat qui ne pouvait raisonnablement pris en compte. À défaut d'accord entre les parties, le juge peut mettre fin au contrat ou le modifier.

⁷⁹ J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, préf. P. RAYNAUD, LGDJ, 1971, p. 43.

des cas les effets de droit qui se produisent ont un lien nécessaire avec la volonté originelle. Même si le contenu de ses effets n'en dépend pas, la volonté a certainement pu envisager que ces effets se produiraient ou au moins dû les envisager. La qualification d'acte juridique est relativement aisée à déterminer à travers ce critère. Mais quand on passe au domaine de l'acte à exécution successive où des lois d'ordre public s'appliquent immédiatement on s'achemine nécessairement vers des cas où le critère adopté se révélera gênant et trop étroit. Il faudra dire alors qu'on demeure dans le domaine de l'acte juridique parce que ces effets ne se produisent qu'en exécution de la volonté d'origine, que certes leur contenu varie, mais qu'ils ne se seraient pas produits si les auteurs ne les avaient pas voulus à l'origine. Il suffit d'avoir voulu produire « des effets » de droit quelconques même si presque tous sont indépendants de la volonté. On côtoie alors la fiction et le sophisme et la distinction entre la volonté de l'effet de l'acte et la volonté de son contenu devient une pure logomachie qu'on risque d'entretenir soigneusement pour les besoins de la cause : pas plus qu'il n'a voulu le nouveau contenu de ces obligations, l'auteur n'a pas voulu les effets qui se produisent. Maintenir à ce stade la qualification d'acte juridique sous prétexte que les conséquences actuelles ne se produiraient pas si, à l'origine, l'individu n'avait pas voulu, s'apparente alors à la fiction : la volonté dans l'acte juridique est alors toujours une volonté adhésion qui est présumée prendre en charge tout ce qui se produira ensuite⁸⁰ ». Par cette citation, l'auteur s'épanche sur la réalité du fondement de l'intangibilité qui s'effrite face au temps qui passe sur la volonté originelle. En comprenant les enjeux du temps qui passe sur le contrat se dessinent les contours d'une volonté plus objective qui serait une volonté à la structure ouverte : la volonté adhésion qui remet en cause la volonté figée de l'instant. C'est à travers cette distinction que se dessinent les nouveaux enjeux du contrat dans la durée et c'est certainement cette analyse qui fut comprise par le droit public en consacrant un intérêt supérieur, l'intérêt général, et en permettant une analyse plus objective d'une volonté reconsidérée aux vues des circonstances et de l'intérêt général. C'est dans cette volonté d'adhésion pour le projet contractuel que se détache une certaine objectivité.

⁸⁰ J. HAUSER, *op. cit.*

52. En Allemagne, c'est sur un autre fondement que se manifeste la révision pour imprévision : la bonne foi⁸¹. C'est dans cet état d'esprit que la théorie allemande du *fondement* contractuel « *Geschäftsgrundlage* » présente un grand intérêt pour le droit français.

53. À la lumière de la résistance et de la persévérance de ces décisions, le rejet de l'imprévision semble être inéluctable dès lors que le temps s'inscrit dans un temps juridique qui nie la réalité temporelle. « En effet, le temps juridique est un instrument au service de la gestion ou de la domination du temps extra-juridique. En effet, la gestion, voire la domination du rapport du Droit au temps extra-juridique, c'est-à-dire au temps tel qu'il existe en dehors et indépendamment du Droit, constitue une des finalités essentielles du temps juridique⁸² ». Pourtant, si l'on reste sur une exécution à l'image de la formation, c'est sans compter avec cette nouvelle analyse de confrontation du contrat avec la réalité temporelle. En effet, quand bien même l'exécution vivrait d'une vie propre, force est de constater que la filiation subsiste : ce n'est pas une réelle autonomie de l'exécution dans la mesure où le contrat est confronté au milieu objectif. Il s'agit alors non pas d'une véritable autonomie, mais d'une simple émancipation. Cette émancipation distingue la formation de l'exécution dans la mesure où le temps de l'exécution est le temps confronté au réel et au milieu objectif dans lequel le contrat évolue. Mais le droit public appartient à un autre système que le système de droit privé, les intérêts ne sont pas les mêmes, la méthodologie n'est pas la même. Dans quelle mesure le droit public n'offre-t-il pas déjà les prémisses de solutions adéquates ?

⁸¹ F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997, n° 293 ; R. DAVID, « L'imprévision dans les droits européens », in *Etudes JAUFFRET*, Faculté de droit et de science politique d'Aix Marseille, 1974, p. 217 et 220. La jurisprudence suisse fonde l'imprévision de l'article 2 du Code civil prévoyant l'exécution des décisions de bonne foi : quand le contrat perd tout intérêt pour une partie, l'autre abuse de son droit si elle exige l'exécution du contrat dans les termes initialement prévus.

⁸² M. CRESP, *Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale*, préf. J. Hauser, PUAM, 2013.

B) L'admission de l'imprévision en droit public

54. Le droit public en tant que droit de la puissance publique est régi par un impératif de continuité de service et c'est au nom de cet impératif qu'il ne peut se retrancher sur le contrat en invoquant le refus de toute modification ou tout changement. Cette position en droit public n'est pas tenable comme nous allons pouvoir le constater. Le Conseil d'État a admis l'imprévision en 1916 par la célèbre décision Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux⁸³ au nom du maintien de la continuité du service public (1). Doit être considéré le rapport entre la force obligatoire du contrat et ordre public économique (2).

- 1) Les conditions d'application de la théorie de l'imprévision dans les contrats de concession en droit public

55. La considération de ce que la théorie de l'imprévision a été consacrée à l'occasion d'un contrat de concession est capitale pour comprendre pourquoi son fondement a été recherché dans la continuité du service public. Ainsi, les principes qui justifient l'imprévision sont naturellement limités. En effet, la conception stricte du principe de droit public seul ne justifie pas le mécanisme de l'imprévision. Dans cette expression de continuité, c'est la notion même de prise en compte d'une certaine durée qui s'oppose à l'instantanéité. Or, les conditions d'application de la théorie de l'imprévision tiennent *a priori* à la nature des contrats conclus par l'administration ainsi que des événements qui affectent leur exécution.

56. Dans la décision Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, le litige opposait la compagnie générale d'éclairage, concessionnaire du service public de distribution et de vente de gaz et de l'énergie électrique, à la commune de Bordeaux. Les parties étaient liées par un contrat de concession, établi sur une longue période (trente ans), comme c'est souvent le cas pour les contrats de concession de service

⁸³ C.E. 30 mars 1916, *DP* 1916.3.25 ; *S.* 1919.3.17, note M. Hauriou.

public. Ce contrat⁸⁴ charge un entrepreneur de la construction d'un ouvrage public ou de la gestion d'un service public de longue durée⁸⁵. Dans l'arrêt relaté, le Conseil d'État admet pour la première fois la révision des conventions pour cause d'imprévision. À cause d'une hausse significative du prix du charbon lié au conflit de la Première Guerre mondiale, le concessionnaire du gaz de la ville de Bordeaux prétendait ne plus pouvoir fournir la ville en appliquant les tarifs convenus lors de la formation du contrat. Il demandait donc une adaptation du contrat. Le Conseil accueillit cette demande en contraignant le concédant à payer une indemnité à son concessionnaire si les tarifs n'étaient pas relevés⁸⁶.

⁸⁴ Ph. SÉGUR, *Le contrat, le temps et l'institution. Essai sur la mutabilité des contrats de concession de service public*, Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1994.

⁸⁵ Ville de Paris c Michon arrêt du 3 févr. 1905 : les entrepreneurs avaient rencontré des terrains d'une nature tout à fait imprévue et notamment des nappes d'eau exceptionnellement importantes. L'administration avait dû prescrire la pose de plus de 12 kilomètres de drain, l'entrepreneur était dans ce cas fondé à réclamer une indemnité pour l'aggravation des sujétions initialement prévues.

⁸⁶ « Mais considérant que par suite de l'occupation de l'ennemi de la plus grande partie des régions productrices de charbon dans l'Europe continentale, de la difficulté de plus en plus considérable des transports par mer à raison tant de la réquisition des navires que du caractère et de la durée de la guerre maritime, la hausse survenue au cours de la guerre actuelle, dans le prix du charbon, qui est la matière première de la fabrication du gaz, s'est trouvée atteindre une proportion telle que non seulement elle a un caractère exceptionnel dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le coût de fabrication du gaz une augmentation telle que non seulement elle a un caractère exceptionnel dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui dans une mesure déjouant tous les calculs dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession ; que par suite du concours de circonstances ci-dessus indiquées l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée, que la Compagnie prétend est donc fondée à soutenir qu'elle ne peut être tenue d'assurer, aux seules conditions prévues à l'origine, le fonctionnement du service tant que durera la situation anormale ci-dessus rappelée. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, si c'est à tort que la Compagnie prétend ne pouvoir être tenue de supporter aucune augmentation du prix du charbon au-delà de 28 F la tonne, ce chiffre ayant d'après elle été envisagé comme correspondant au prix maximum du gaz prévu au marché, il serait tout à fait excessif d'admettre qu'il y a lieu à l'application pure et simple du cahier des charges comme si l'on se trouvait en présence d'un aléa ordinaire de l'entreprise ; qu'il importe au contraire de rechercher pour mettre fin à des difficultés temporaires une solution qui tient compte tout à la fois de l'intérêt général, lequel exige la continuation du service par la Compagnie à l'aide de tous ses moyens de production et des conditions spéciales qui ne permettent pas au contrat de recevoir son application normale ; qu'à cet effet, il convient de décider, d'une part que la Compagnie est

Concomitamment, le Conseil réaffirma le principe de force obligatoire, comme pour adoucir l'acceptation de la théorie de l'imprévision afin qu'elle soit appliquée de manière moins radicale et en cohérence avec les principes de la juridiction judiciaire.

57. Le contexte d'application de la théorie administrative de l'imprévision est singulier, car il porte sur les concessions de services publics et sur l'impérieuse nécessité de maintenir la continuité du service public. Ne pas prendre en compte l'évolution de la situation revenait à condamner l'entrepreneur à la ruine, provoquant ainsi l'interruption du service dont il a la charge⁸⁷. Il n'y a ni solidarité, ni fraternité, ni un quelconque angélisme à agir de la sorte ; la mesure est tout à fait pragmatique et répond d'un besoin d'intérêt général. À travers la continuité du service public, c'est celle de l'économie en général qui est visée et la volonté de faire perdurer le contrat impacté par le contexte économique. À travers cette réflexion, on comprend mieux grâce à ces types de contrats l'union célèbre entre les différents types de contrats de service public et l'imprévision⁸⁸. Ce qui est sous-jacent en droit public, c'est la notion d'intérêt général qui ne saurait tolérer une irrégularité dans le fonctionnement du service. La finalité du service public demeure l'intérêt général. Dans ses conclusions, le commissaire de gouvernement Chardenet a rappelé les principales caractéristiques du contrat de concession en le définissant comme « un contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention avec ou sans garantie d'intérêt, et qui l'en rémunère en lui confiant l'exploitation

tenue d'assurer le service concédé et d'autre part qu'elle doit supporter seulement, au cours de cette période transitoire, la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure ci-dessus rappelée que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa charge ; qu'il y a lieu, en conséquence, en annulant l'arrêté attaqué ; de renvoyer les parties devant le conseil de préfecture auquel il appartiendra, si elles ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les conditions spéciales dans lesquelles la Compagnie pourra continuer à déterminer, en tenant compte de tous les faits de la cause, le montant de l'indemnité à laquelle la Compagnie a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle aura à assurer le service dans la période envisagée ».

⁸⁷ P. VOIRIN : « qu'on abandonne le concessionnaire à son sort [...] il arrivera un moment où, faute de ressources, l'exploitant interrompra le service public dont il avait la charge », cité in L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. AYNÈS, Economica, 2011, p. 212.

⁸⁸ E. LABROT, *L'imprévision étude comparée entre droit public et droit privé*, préf de Fr. FRAISSE L'harmattan, 2016, p. 58.

de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage public ou sur ceux qui bénéficient du service public ».

58. Cette vision pragmatique du contrat correspond à des idées en lien avec notre recherche et l'argument du droit public a tendance à aller dans notre sens. L'arrêt étudié tente de faire la synthèse entre « la rigidité du service public et la flexibilité du contrat⁸⁹ ». À l'inverse, on constate que la position civiliste apparaît comme en retrait : « tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants⁹⁰ ». Pourtant, « n'y a-t-il pas là une contradiction avec le rôle premier du juge, à savoir rendre la justice, ce d'autant plus que la décision aboutissait à maintenir une convention vieille de trois siècles, à l'encontre de la prohibition des contrats perpétuels⁹¹ ». En rejetant l'imprévision, le juge judiciaire a rejeté une logique d'adaptation et, surtout, une logique de justice.

2) L'exigence de continuité du service public : une réponse à la problématique de la durée

59. La notion de continuité de service public résulte d'une analyse propre *a priori* au droit public, car le contrat appliqué à ce droit public doit gérer des priorités différentes. Appliquée au service public, la théorie de l'imprévision est justifiée dans le but d'assurer la pérennité du service administratif⁹². À la suite du bouleversement de l'économie d'un contrat de concession, condamner le concessionnaire à la ruine provoquerait *ipso facto* l'interruption du service dont il a la charge. La continuité du service passe nécessairement par le maintien

⁸⁹ HAURIOU, note sous arrêt, *S.* 1916-1917, 3, 17, *in fine.* – Adde, COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, t. 2, 5^e éd., Dalloz, 1928, p. 12 : « l'Administration ne cherche pas, comme un contractant privé, à réaliser un avantage pécuniaire, mais à assurer un service public ».

⁹⁰ Cass. civ., 6 mars 1876, *DP* 1876 .1.193 note GIBOULOT : demande de réévaluation de l'indemnité que touchait le propriétaire d'un canal pour son entretien, celle-ci étant versée par les bénéficiaires d'un droit d'arrosage, lequel avait été fixé à trois sols au XVI^e siècle et ne couvrait plus les frais nécessaires, la cour d'Appel d'Aix en Provence avait admis la demande.

⁹¹ B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais.*

⁹² L. MARCEAU et alii, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 2013, p. 187.

du contrat en cours. Est-ce que cette même dimension de justice pourrait être reprise par le droit privé en admettant que la ruine du cocontractant, indépendamment d'un service public rendu, tende à remettre en cause le maintien du contrat et une forme élémentaire de justice ? « Qui dit contractuel dit juste » nous dit Fouillée. Maintenir le contrat en l'état initialement prévu peut devenir injuste et remettre en cause la vocation contractuelle tout en contrevenant à l'ordre public économique qui est une autre forme de service public économique. Dès lors, la manière de comprendre et d'aborder la force obligatoire est remise en cause par un certain ordre public économique et l'illustration par le droit public est une source de compréhension de ce qui va se tramer en droit privé.

60. En contrepoint, certaines clauses contractuelles relatives à la durée du contrat de concession peuvent devenir obsolètes, car elles ne peuvent prévoir exactement l'avenir. La solution qui réside alors dans les contrats de délégation de service public, comme la plupart des contrats de droit public, est de tenir compte de leur incomplétude. La notion de contrat incomplet, issu des sciences économiques, laisse d'ores et déjà entrevoir une méthode à suivre dans les problématiques de durée au sein du droit public. Cette incomplétude introduit une marge d'erreur qui peut s'avérer plus ou moins importante, mais qui, dans le contexte d'un contrat qui s'étend dans le temps, offre une réponse adaptée au contrat de durée.

61. La consécration de la théorie de l'imprévision n'en demeure pas moins précédée d'un rappel de l'attachement du juge au principe de la force obligatoire des conventions : « en principe, le contrat de concession règle de façon définitive, jusqu'à son expiration, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant [...] la variation du prix des matières premières à raison des circonstances économiques constitue un aléa du marché qui peut suivant les cas, être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs des prévisions qu'elle a fait avant de s'engager⁹³ ». Dans ce cas, on constate l'attention particulière prêtée à la réalisation du contrat et à la prévision nécessaire que les parties doivent s'efforcer de faire à la lecture des différents éléments du contrat et les risques prévisionnels qui y sont attachés. Mais cette forte propension à la prévision toute contractuelle n'écarte pas les risques inhérents à tous les

⁹³ Ce principe est rappelé dans le droit privé et aussi dans les principes Unidroit (art. 6.2.1) et les principes de droit européen (art. 1:106) et (6.111) ou même dans la clause de *Hardship*.

contrats et une certaine imprévision existe. Ainsi, la notion de force obligatoire n'est pas remise en cause. Au contraire, elle puise même toute sa réalité dans le contrat et rend nécessaire sa réadaptation en réévaluant le contrat à la lumière de cette force contraignante issue de la volonté des parties.

62. Le développement de la jurisprudence administrative afférente à l'imprévision bénéficie de l'appui explicite du pouvoir réglementaire. C'est donc à la fois le respect de la force obligatoire et le respect de l'ordre public⁹⁴. Ces différents avenants émis par le pouvoir réglementaire ont pour but d'alléger la rigidité des contrats et d'introduire des prix indéterminés et révisables sous le contrôle et le respect de l'ordre public économique⁹⁵. Dans ce type de contrats de longue durée, la doctrine administrative et la jurisprudence tentent de pallier l'imprévision de fait en permettant une révision juste des prix du marché. Le but est donc de rétablir un équilibre contractuel.

63. Le droit administratif admet une théorie de l'imprévision qui a pu constituer une source d'inspiration pour le droit privé des contrats⁹⁶. Toutefois, il ne s'agit pas de consacrer une théorie de l'imprévision où le juge pourrait à sa guise modifier les stipulations contractuelles. Un détour par le droit comparé permettra de se rassurer sur ce point.

⁹⁴ De nombreuses circulaires ont mis en place un régime de révisions exceptionnelles qui étaient proposées afin de pallier aux déficiences des marchés et ouvrages publics. C'est ainsi que le 24 févr. 1970, Valéry Giscard d'Estaing, alors ministre de l'Économie et des Finances, donnait aux maîtres d'ouvrage la possibilité de tenir compte des hausses intervenues sur le prix de l'acier par voie d'avenant. C'est un véritable régime de révision exceptionnelle qui était proposé par l'administration pour les marchés en cours et nouveaux.

⁹⁵ Le 18 oct. 1990, lors de la première guerre du Golfe le ministre de l'Équipement a recommandé aux donneurs d'ordre publics de passer des marchés à prix révisables et rappelé les modalités d'indemnisation des entreprises sur la base de l'imprévision.

⁹⁶ B. BEIGNIER, « Le droit civil, droit privé fondamental », *RTD civ.* 1998, p. 289, jugeant « stupide » la guerre entre privatistes et publicistes.

Paragraphe 2 : Une flexibilité de principe en droit comparé

64. Alors que la France ne reconnaissait⁹⁷ pas explicitement la théorie de l'imprévision, de nombreux autres pays européens l'avaient pourtant intégré dans leur droit positif (A). C'est notamment le cas de l'Allemagne, du Royaume-Uni et de l'Italie. Étant donné l'importante référence que constituent les principes Unidroit et les Principes européens des contrats dans le monde du commerce international, nous envisagerons les solutions retenues par ces principes (B).

A) L'imprévision dans le droit des États européens

65. Le droit français pose comme principe absolu celui de l'intangibilité du contrat. Dans la vie économique, cette position est synonyme de sécurité juridique. C'est au nom de cette sécurité que les parties ne sont pas admises à invoquer des circonstances extérieures ou des événements autres que ceux qui pourront être qualifiés de force majeure afin de s'exonérer de leur responsabilité contractuelle. Le régime juridique attaché à la théorie de l'imprévision semble incapable de surmonter l'imprévu. C'est pourquoi d'autres notions sont venues compléter l'imprévision et notamment le caractère raisonnable retenu par le droit anglais. En pratique, les contrats de commerce international font beaucoup référence à cette notion, surtout dans le domaine de la construction en matière de révision de prix, de préavis contractuel et de prorogation de délai.

66. Les principes de droit européen du contrat font du caractère raisonnable le critère d'appréciation de l'imprévisibilité de l'événement perturbateur (art. 1 : 808 des principes Lando). La notion de « raisonnable » est d'ailleurs définie à l'article 1 : 302. On la retrouve également à l'article 5 : 101 relatif à la détermination unilatérale du prix, ainsi qu'à l'article 9 :301 relatif à la résiliation unilatérale devant être opérée dans un délai raisonnable et, enfin, à l'article 4 : 105 consacré à l'adaptation judiciaire.

⁹⁷ Jusqu'à la réforme du 10 février 2016 qui est applicable depuis le 10 octobre 2016.

Le projet de la chancellerie avait également repris cette notion de raisonnable, tout comme la réforme de 2016⁹⁸.

67. L'intervention du juge dans l'exécution des contrats de distribution en Angleterre est d'une extrême rareté. Les contrats de distribution sont très fréquents en Angleterre et n'impliquent pas les difficultés qui existent en France. Le droit anglais n'utilise pas autant que le droit français les catégories de contrats. Il y a un contrat et un seul. Dans une vente, il suffit que les parties soient d'accord pour vendre et pour acheter et le contrat se conclut très facilement.

68. Le droit comparé est un droit sous-estimé, sous-enseigné et sous-exploité dans les facultés de droit. Pourtant, il est essentiel à la compréhension des grandes traditions juridiques européennes⁹⁹. A travers ses recherches comparatistes, l'auteur analyse les ressorts des plus grandes traditions juridiques européennes.

69. Il est intéressant de noter les influences réciproques qui existent. C'est ainsi que le droit français s'inspire progressivement du droit anglais avec la prise en considération des attentes légitimes¹⁰⁰. C'est le paradigme qui s'invite dans le contrat et la logique de l'adaptation prend le pas sur celle de la prévision, toujours dans le souci constant d'une optimisation du contrat et de sa survie.

70. Dans notre démarche, on se rend compte de toute la richesse de ces influences réciproques avec la notion de ne pas se contredire comme la notion d'estoppel¹⁰¹. Ces différentes notions deviennent peu à peu familières au droit français et imposent donc une certaine cohérence à l'ensemble, car dans une certaine mesure c'est le même

⁹⁸ Projet de réforme du droit des contrats (Ministère de la Justice, juillet 2008), articles 26 et 28 sur le délai raisonnable du maintien de l'offre ; article 36 sur le pacte de préférence ; 41 sur le pouvoir du représentant ; 114 sur l'obligation de donner, mais a contrario dans ce projet le substantif raisonnable n'est point utilisé en matière d'imprévision et de force majeure.

⁹⁹ R. CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, LGDJ, 2012.

¹⁰⁰ H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats*, préf. A. GOZHI, PUAM, 2002.

¹⁰¹ L'*estoppel* est un principe juridique d'origine anglaise (de *common law*) selon lequel une partie ne saurait se prévaloir de prétentions contradictoires au détriment de l'autre.

langage qui s'impose dans le droit du contrat par-delà les frontières. C'est dans ce contexte que les différents juristes ont plaidé pour une admission générale de l'imprévision, ce qui n'était pas de nature à remettre en cause vraiment le contrat en tant que tel, mais seulement de comprendre qu'un nouveau modèle commençait à émerger.

B) Les principes émergents dans le droit des États européens

71. L'approche comparatiste décentre le regard et ouvre des horizons insoupçonnés¹⁰². La théorie allemande du fondement contractuel (*Geschäftsgrundlage*) a été consacrée par la jurisprudence allemande au lendemain de la Première Guerre mondiale dans le but de permettre la révision du contrat en cas d'imprévision. Cette théorie a eu une vertu pratique dans le contexte de crise économique alors connu par l'Allemagne. C'était un contexte d'instabilité contractuelle favorable à la réception de l'imprévision. C'est pour cette raison que le *Reichsgericht*¹⁰³ l'a rapidement adoptée. Cette notion est d'origine doctrinale. Elle a été portée par le juriste Oertmann¹⁰⁴. Sa portée dépasse largement le problème de l'imprévision. Son étude offre une bonne grille de lecture et des pistes de réflexion pour le droit français. C'est ainsi que cette théorie est évoquée en droit français pour réviser le contrat subissant une certaine imprévision¹⁰⁵. Si cette théorie n'a pas été reprise directement, elle influence néanmoins le système contractuel de nombreux droits nationaux. Alors que la théorie du fondement contractuel est analysée en France comme relevant du domaine de la révision pour imprévision, le raisonnement qui la sous-tend diffère profondément de celui du système français et c'est peut-être pour cette raison qu'il est admis.

¹⁰² R. CABRILLAC, thèse préc., p. 201.

¹⁰³ RG 3 févr. 1922, RGZ 103, 128.

¹⁰⁴ OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage*, 1921 qui part de l'étude de WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, 1850, la notion de fondement du contrat avait été accueillie par la jurisprudence allemande sur le terrain de la bonne foi avant d'être consacré lors de la réforme du droit des obligations.

¹⁰⁵ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 290 et s.

72. Il est intéressant de noter que cette notion se rapproche de celle d'économie du contrat. Il s'agit de rendre objectif le changement de circonstances. C'est à travers l'article 313 du BGB, qui constitue la base légale de ce nouveau fondement, que fut adoptée la réforme du Code civil allemand. Le nom de cette théorie perturbatrice est « *Störung der Geschäftsgrundlage* ». D'après le texte précité, « lorsque les circonstances constituant le fondement contractuel ont changé de manière radicale après la conclusion de celui-ci, de sorte que les parties n'auraient pas conclu le contrat ou du moins ne l'auraient pas conclu dans les mêmes conditions si elles avaient agi en connaissance de cause et que eu égard à toutes les circonstances de l'espèce et plus spécialement à la répartition légale des risques, l'exécution du contrat initial ne peut pas être imposée à l'une des parties, une adaptation du contrat peut être demandée ». Cette théorie du fondement contractuel précise la notion de changements de circonstances.

73. Quand on compare les systèmes civilistes sur la question de l'adaptation de l'adaptation du contrat, on constate que le droit français donne une dimension morale du contrat : la parole donnée est intangible. Le contrat est avant tout un lien entre deux personnes et l'accent est mis sur le consensualisme. Le droit allemand est plus abstrait, ce qui autorise une certaine objectivisation du contrat permettant de le regarder en tant qu'objet ou en tant que bien et facilite une certaine imprévision objective. Quant au droit anglais, il s'inscrit davantage dans la notion d'économie du contrat, ce qui le rend pragmatique et souple. Cependant, on aurait pu penser que le droit français, en s'intéressant davantage à la personne, permettrait des aménagements contractuels. Mais cette vision du contrat s'inscrit dans l'idée d'un changement de cap conduisant à rechercher constamment l'équilibre contractuel. C'est cet équilibre qui justifie la mise à l'écart de l'autonomie de volonté.

74. Longtemps, l'opposition entre les régimes de droit privé et de droit public¹⁰⁶ a paru irréductible. Pourtant, cette distinction tend à s'estomper par un mouvement de convergence dans la mesure où les juges administratif et judiciaire se retrouvent sur l'existence d'un questionnement spécifique aux contrats qui s'exécutent dans la durée. C'est déjà dans cette perspective que le juge judiciaire a compris l'enjeu de la question

¹⁰⁶ E. LABROT, thèse préc.

pour le droit des contrats en détournant le rejet par des concepts traditionnels d'équilibre.

75. Quels que soient les correctifs offerts aux parties, la rigueur et la rigidité de la position de la Cour de cassation furent largement critiquées par la doctrine et ces critiques ont permis quelques fissures dans le système clos présenté. Rappelons que la Cour de cassation a condamné un contractant à payer des dommages et intérêts à son partenaire auquel il avait refusé la révision d'un contrat le conduisant à la ruine¹⁰⁷. Cependant, la jurisprudence est restée campée sur le principe d'exécution de bonne foi et il est courant d'invoquer la règle de la bonne foi pour répondre à la révision pour imprévision. Ce faisant, on prolonge la force juridique obligatoire du contrat pour lui donner son effet utile. L'exigence de bonne foi justifie que l'on impose aux parties de réviser les conditions du contrat bouleversées par un changement de circonstances¹⁰⁸. En Allemagne, c'est justement à partir de la bonne foi que la jurisprudence a reçu la révision pour imprévision¹⁰⁹.

76. Ces avancées jurisprudentielles ont contribué à comprendre qu'en présence de circonstances susceptibles d'altérer l'équilibre initial du contrat, l'intervention du juge est requise dans un esprit de justice et dans l'intérêt du faible. Il s'agit de rétablir l'harmonie rompue. L'ingérence exceptionnelle du juge en cas d'imprévision est souhaitable si l'on accepte d'en finir avec l'image irréaliste du contrat conçu comme une nature morte et que l'on envisage comme un organisme vivant et sensible à l'environnement qui l'entoure¹¹⁰.

¹⁰⁷ Com, 3 nov 1992 (arrêt Huard), *Bull. civ.*, n° 338 ; *JCP* 1993.II. 22164, note G. Virassamy, *RTD civ.* 1993, p. 124, obs. J. Mestre (exploitant d'une station-service qui ne pouvait plus être compétitif du fait des prix du carburant imposés par son fournisseur exclusif).

¹⁰⁸ S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, préf. Cl. BRENNER, Economica, 2012.

¹⁰⁹ F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997, n° 293 ; « L'imprévision dans les droits européens » in *Etudes JAUFFRET*, Faculté de droit et de science politique d'Aix Marseille, 1974, p. 217 et 220.

¹¹⁰ D. MAZEAUD, « L'arrêt Canal "moins" ? », *D.* 2010, p. 2481, spéc., n° 7.

77. Les avancées qui se dessinent sont confortées par le droit européen et les principes Unidroit¹¹¹ qui reconnaissent cette obligation de renégocier en dehors de toute clause d'adaptation initialement souscrite. Notre propos s'inscrit dans la volonté législative d'assurer le plus possible la pérennité du contrat en acceptant l'idée que la prise en compte de l'imprévision ne constitue en aucun cas une entorse au contrat. En cas d'imprévision, les prévisions contractuelles n'atteignent pas la force obligatoire du contrat. L'imprévision est une *limite* de la force obligatoire en ce sens que l'imprévision déjoue les prévisions contractuelles et se situe donc à la périphérie du contrat. La preuve de la force du contrat réside dans sa capacité à dépasser cet imprévu afin de faire perdurer le contrat en dépit des incidents de parcours. L'épreuve de cette imprévision permet d'éprouver le contrat et sa capacité à faire perdurer le lien contractuel. Notre recherche de départ consistait à se demander si deux logiques s'affrontaient au sein du contrat, celle de la prévision et cette logique de l'adaptation. Or, il appert qu'elles ne s'opposent pas, mais qu'elles se complètent. Il est nécessaire de le reconnaître et de permettre certains aménagements¹¹² du contrat afin de maintenir le lien entre les parties.

78. Le concept de contrat, forgé à partir d'un postulat d'intangibilité, est soumis depuis plusieurs années à des assauts permanents du temps, de la durée, mais aussi de l'ordre public de protection qui au nom du bien commun transforme le contrat de 1804. C'est dans ce contexte que se nourrissent les effets d'une interprétation a minima du contrat. En effet, le contrat en tant qu'acte de prévision se voit en permanence démenti par les faits et prend des formes qui révèlent une certaine capacité à la flexibilité grâce à des supports multifonctionnels comme la cause ou encore la bonne foi et grâce aussi à l'influence des droits spéciaux. Ainsi, il est temps de voir consacrer, pour certains contrats qui s'inscrivent dans la durée, l'amorce d'une nouvelle interprétation de la distinction entre la formation et l'exécution. Cette nouvelle conception consacre une certaine émancipation du contrat dans l'exécution. En effet, cette autonomie de l'exécution se traduit par une certaine déconnexion de la

¹¹¹ Principes Unidroit, art. 6.2.3 al. 1^{er} et art. 2.117, al. 2.

¹¹² L. AYNÈS, *LPA* 12 févr. 2009, p. 30 : « c'est donc une nécessité pour le droit français de reconnaître [...] certains aménagements à la règle *pacta sunt servanda*. »

formation et de l'exécution dans les contrats inscrits dans la durée. C'est dans cette perspective que le contrat pourrait changer de physionomie en réceptionnant mieux le temps tout au long de son existence. Le contrat passerait d'une certaine manière d'acte subjectif ayant vocation à se projeter dans l'avenir à un acte objectif qui tendrait à s'émanciper dans un but plus large de respect du bien commun transcendant les seules parties. Ces perspectives ouvertes par la réception de la durée dans le contrat résident dans la reconnaissance du raisonnable tout au long du contrat et dans le détachement du contrat de son origine pour être en lien avec le respect de l'ordre public économique.

79. Au lieu de dépasser la matrice contractuelle classique, le droit civil tente de maintenir celle-ci en utilisant des fondements tout en réfutant toute forme de révision et en ne reconnaissant pas la réalité de cette révision massive. Celle-ci prend des formes diversifiées et elle est masquée sous des mécanismes conventionnels, telles les clauses de *hardship* et toutes clauses d'adaptation susceptibles d'aboutir à une renégociation, et judiciaires sur le fondement de la cause et de la bonne foi. Le détournement de ces mécanismes aboutit à une révision massive du contrat, moyens que la réforme du droit des contrats a reconnus en tant qu'instrument privilégié de souplesse et de contrôle.

CONCLUSION DE SECTION 1

80. La spécificité du contrat qui s'inscrit dans une certaine durée tient à ce qu'il noue entre les obligations un lien contractuel dépassant la simple prévision de la formation. Le temps oblige ainsi à revisiter le contrat de manière importante. La critique de l'exécution comme reflet de la formation révèle, en creux, les insuffisances de la théorie classique qui a inscrit le contrat dans la seule perspective d'une prévision, sans intégrer une possible imprévision. Ce rejet net inscrit le contrat dans une fiction du présent afin de respecter une intangibilité nécessaire à la cohérence et à la complétude du modèle contractuel. Ce n'est pas tant un débat technique qu'un nouvel axe qui se dessine et qui s'impose progressivement. Le débat relatif à la primauté de la formation sur l'exécution semble dépassé et dans la recherche d'une meilleure adéquation du contrat à la volonté réaliste des parties, le droit positif s'enrichit indéniablement de l'autonomie de l'exécution dans un certain type de contrats, ou plus exactement son émancipation. Par conséquent, la réalité de l'émancipation n'est plus contestable et oblige à repenser le modèle unique et éculé du contrat de vente instantanée. Par ailleurs, l'avenir du droit des obligations laisse entrevoir de réelles conséquences à cette prise de conscience. Il s'agit de reconnaître une certaine imprévision inhérente au contrat de durée. L'étude de l'émergence de l'imprévision a pu démontrer qu'il ne s'agissait pas de remettre en cause la sécurité du contrat, mais au contraire de lui redonner un sens plus ancré dans la réalité. Avant de tenter une certaine déconstruction du système, il semble nécessaire d'étudier le système des clauses d'adaptation pour les contrats établis dans la durée. Le recours à ces clauses contractuelles s'avère être une manifestation positive de la prise en compte du temps tout en persistant dans l'enfermement d'une seule et même logique : la logique de la prévision.

SECTION II : LES MANIFESTATIONS POSITIVES DE L'ENFERMEMENT

81. Selon la logique du contrat complet, le contrat est totalement prévisible dès la formation et ne laisse aucune place à l'imprévision, si ce n'est une imprévision prévue. Pourtant, cet acte de prévision semble la plupart du temps, et en particulier pour des contrats qui s'inscrivent dans la durée, fictif et artificiel dans la mesure où le temps bouleverse les données de départ. Certaines tentatives se sont fait jour pour tenter d'expliquer le phénomène de pénétration de l'exécution du contrat par le temps. Cependant, ces clauses ne sont autres que l'expression du fondement technique de la liberté contractuelle, si bien que le paradigme de la prévision de l'avenir par les parties n'a pas changé.

82. Afin de maintenir le contrat classique, la doctrine, le juge et le législateur essayent, au moyen d'artifices plus ou moins aboutis, de justifier l'illusion d'une complétude du contrat dès sa formation. Ainsi, le rejet de la théorie de l'imprévision oblige les parties à prévoir l'imprévisible et les poussent à stipuler des mécanismes d'anticipation. Les parties ont alors recours à des clauses qui, selon le Vocabulaire Juridique¹¹³, sont traditionnellement comprises comme étant des dispositions particulières d'un acte juridique ayant pour objet soit d'en préciser les éléments ou les modalités (prix, date et lieu d'exécution, etc.) soit de l'assujettir à un régime spécial, parfois même dérogatoire au droit commun on parle alors de droit spécial. Cependant, le recours aux clauses est conventionnellement prévu et à ce titre correspond à la prévision des cocontractants.

83. Le respect de la règle *pacta sunt servanda* en est le prolongement. Elle impose aux parties de développer une révision conventionnelle, c'est-à-dire prévue. Le Code civil est peu loquace sur ces formes de révision. Certaines techniques d'anticipation existent toutefois et sont insérées presque automatiquement dans le contrat. On retrouve ces clauses aux articles 1304 et suivants du Code civil, elles sont soit suspensives soit résolutoires. Ces anticipations qui participent à la complétude du contrat sont une forme de prévision.

¹¹³ Vocabulaire juridique, Gérard Cornu, association Henri Capitant, 10^e édi. Quadrige.

84. Dans l'analyse classique, le contrat est envisagé en tant que structure ou réceptacle de stipulations instituant des obligations et des règles de conduite destinées à produire des effets de droit entre les parties au contrat. Le contrat est alors exclusivement considéré comme un instrument de la volonté des parties et est totalement hermétique aux bouleversements extérieurs. Les parties qui le modèlent recherchent une certaine complétude. Dans une approche plus moderne, le contrat devient insaisissable. Il entretient un lien consubstantiel avec le temps et c'est pourquoi les parties s'efforcent, avec les moyens dont elles disposent, de mettre la prévision au centre du processus à l'aide de diverses clauses¹¹⁴ destinées à limiter au maximum les déviations et déséquilibres du contrat. Ces derniers sont multiples et, dans ces circonstances, on attend du contrat qu'il prévienne au mieux l'avenir. Les clauses contractuelles permettent alors d'anticiper et de gérer les risques du contrat¹¹⁵. Elles relèvent d'une logique de prévision et s'inscrivent dans un contexte de durée. Cette perspective permet de mieux accompagner le contrat de la théorie classique.

85. Les clauses contractuelles sont, tout comme le contrat, un moyen de s'approprier l'avenir. C'est en cela que ces clauses d'adaptation intègrent la logique de prévision, même si sa finalité ultime demeure d'adapter le contrat à un changement. De manière encore plus précise que le contrat lui-même, ces clauses tentent d'imaginer l'avenir de l'opération contractuelle. Le contrat est alors un instrument de gestion du risque aux mains des parties, et cela, dès sa formation. Les clauses qui ont pour but de modifier le contrat en cours d'existence, afin de l'adapter aux évolutions, organisent une procédure d'adaptation automatique du contrat, c'est pourquoi on parle de clauses d'adaptation passive. Les parties prévoient d'ores et déjà les risques économiques et financiers susceptibles d'affecter leur accord. Mais quand bien même ces clauses se projettent dans l'avenir, elles sont bien intégrées dans le contrat au sens classique.

¹¹⁴ *Op. cit.*, v. Clause de sauvegarde : « disposition incluse dans certaines conventions internationales et permettant à l'un des contractants qui l'invoque dans les circonstances particulières prévues par la convention et conformément à une procédure spécifique fixée par la convention de déroger temporairement aux autres dispositions que contient ladite convention et conformément à une procédure spécifique fixée par la convention de déroger temporairement aux autres dispositions que contient ladite convention et de se soustraire en tout et tout en partie aux obligations découlant de celle-ci ».

¹¹⁵ J.-M. MOUSSERON, « La gestion du risque par le contrat », *RTD civ.* 1988, p. 481 et s.

86. Aussi certaines clauses dites clauses d'échelle mobile, au lieu de figer les volontés initiales dans un prix déterminé, ont justement pour but de le rendre déterminable, c'est-à-dire adaptable. Ces clauses dites d'échelle mobile ou d'indexation sont au cœur de la problématique de la distinction entre la formation et l'exécution, car elles tentent d'adapter le contrat initial aux impondérables dans un souci de protection des cocontractants. C'est pourquoi on retrouve principalement ces clauses dans des contrats bancaires ainsi que des contrats internationaux dans la mesure où ces contrats sont très perméables au temps et aux fluctuations du marché. Cependant, il convient de noter que ces contrats, dont l'objet principal est lié aux fluctuations monétaires et boursières, sont considérés comme des contrats ayant fait entrer le risque et, en quelque sorte, l'imprévision dans l'acte. Ce sont des contrats plus spéculatifs. Dans ce cadre, il est certain que l'imprévision se transforme en aléa. Mais cet aléa est inhérent à l'objet même du contrat financier et, dans ce cas le rejet, de la protection que pourrait offrir le recours à l'imprévision est légitime.

87. Laissons de côté ces contrats particuliers et revenons à la problématique de l'indexation. Cette dernière suppose la stipulation accessoire d'une convention à exécution successive ou à échéance différée tendant à assurer la variation du prix contractuel au regard d'un indice économique ou monétaire. Cette technique est employée dans des contrats de moyenne et longue durée. Elle assure une concordance entre le prix contractuel et l'évolution des prix du marché. Ces clauses sont très réglementées. Deux ordonnances successives ont été refondues dans le creuset des articles L. 112-1 à L. 112-4 du Code monétaire et financier¹¹⁶. Ces clauses d'adaptation sont dites passives dans la mesure où elles entrent en application sans renégociation du contrat. À côté de ces clauses, celle de *hardship* demeure une

¹¹⁶ Deux ordonnances du 30 déc. 1958 et du 4 févr. 1959 reprises aux articles L.112-1 à L.112-4 du Code monétaire et financier. L'article L.112-2 dispose que : « Dans les dispositions statutaires ou conventionnelles, est interdite toute clause prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum de croissance, sur le niveau général des prix ou des salaires ou sur le prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties. Est réputée en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble bâti toute clause prévoyant une indexation sur la variation de l'indice national du coût de la construction publié par l'Institut national des statistiques et des études économiques ».

précaution indispensable pour remédier au risque d'imprévision et ses conséquences. Dès lors, deux types de clauses coexistent : une première catégorie correspond aux clauses d'indexation passives, qui ne feront pas l'objet d'une étude particulière tant leur analyse ne semble pas poser de difficulté majeure, la seconde catégorie vise des clauses d'adaptation active, c'est-à-dire de *hardship*. Ces dernières permettent-elles d'obtenir une prévisibilité complète du contrat ?

88. La distinction entre formation et exécution respecte un certain ordre chronologique. La prévision est le seul outil à disposition des parties pour appréhender l'avenir contractuel. Elle présente toutefois d'indéniables limites. La croyance en la persistance du présent contractuel dans les contrats et *a fortiori* dans les contrats de durée fait ressortir les difficultés du modèle classique. La première difficulté est l'impuissance des clauses d'adaptation à maintenir le contrat dans la durée si une partie refuse de renégocier (**Paragraphe 1**). La deuxième difficulté est le manque de malléabilité du modèle du contrat complet, révélé par les décisions jurisprudentielles (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : les clauses contractuelles, mécanisme conforme à la prévision et stérile quant à la révision.

89. Le recours à des clauses contractuelles est un mécanisme de prévision de certains changements éventuels qui ne permet pas efficacement de prendre en compte la durée et les circonstances qui changent. La clause contractuelle reste un mécanisme de prévision. Il est intéressant de noter les incidences de la réforme sur ces clauses. Certains ont pu considérer que la réforme du droit des obligations a opéré une certaine américanisation du droit des contrats en consacrant le plein exercice de la liberté contractuelle et en distinguant bien deux visions du contrat. Il y aurait, d'une part, une vision de totale liberté contractuelle rendant irrévocable et intangible le modèle et, d'autre part, une autre vision qui fissurerait le modèle sans toutefois prendre totalement en compte le changement. Ainsi, la clause contractuelle reste un mécanisme de prévision (**A**) stérile en matière de révision (**B**).

A) Un mécanisme de prévision conforme à la volonté des parties

90. Il est intéressant de souligner que l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 ne se contente pas de consolider les acquis jurisprudentiels, mais conforte notre première impression sur cette réforme sur le rôle primordial des clauses contractuelles de plus en plus prégnantes dans le droit des contrats, qui sont un mécanisme non pas de prise en compte du temps dans une logique d'adaptation, mais bien un mécanisme innovant en matière de clauses contractuelles imposant une attention rédactionnelle minutieuse aux patriciens ce qui a pour conséquence une sorte *d'américanisation du droit* comme certains l'ont dénoncé¹¹⁷. En effet, pour ne pas subir la réforme de plein fouet, il paraît opportun que les professionnels du droit tentent d'accompagner cette réforme en identifiant les risques d'une immixtion du juge plus grande dans le contrat et ainsi de contourner ce risque en tentant de prévoir l'imprévisible en aménageant la démarche contractuelle des parties. Le contrat doit tout prévoir pour limiter le contentieux et prévenir au mieux l'intervention éventuelle du juge.

91. Pourtant il était logique de considérer que devant la recrudescence des crises économiques, se prémunir de clauses destinées à limiter ces risques et adapter le contrat à de nouvelles données contribue à la stabilité et à la pérennité de l'instrument contractuel, en particulier dans le temps et dans l'espace. Cet état de fait a contribué à provoquer une réflexion globale sur la notion même d'intangibilité. La clause de *hardship* est une clause permettant certes l'adaptation du contrat, mais qui reste ancrée dans la prévision contractuelle. Dans cette logique fermée de prévision, son application apparaît comme limitée **(1)**, et un contrôle de l'abus de cette clause est nécessaire pour purger les éventuels abus d'une des parties au contrat qui auraient unilatéralement rédigé la clause **(2)**.

¹¹⁷ M. MEKKI, « La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe *comply or explain !* », *Gaz.Pal* 5 janv. 2016.

1) La notion de « *hardship* »

92. Traditionnellement, la clause de *hardship* est définie par le *Vocabulaire juridique* comme une « espèce de clause de révision et d'adaptation en usage dans les contrats internationaux, encore nommée clause de sauvegarde ou de renégociation, en vertu de laquelle les parties à un contrat s'engagent à renégocier le contenu de leur accord lorsque les circonstances extérieures lui ont fait subir de profonds déséquilibres, en conférant parfois au juge, à défaut d'un nouvel accord, le pouvoir de procéder lui-même à une révision qui n'altère pas l'économie de l'opération ou à déclarer l'accord caduc¹¹⁸ ».

93. Littéralement, le *hardship* signifie le coup dur, l'épreuve. Ce terme renvoie à une certaine imprévisibilité, au coup du sort. L'exécution devient trop rigoureuse, trop difficile *ou* encore trop éprouvante pour l'une des parties. Dans des contrats de franchise, de fournitures, ou encore de matières premières, il est recommandé, voire indispensable, de prévoir une renégociation du contrat initial afin de l'adapter aux nouvelles circonstances qui porteraient atteinte à l'équilibre du contrat et à son économie générale. La clause de *hardship* est la clause aux termes de laquelle les parties pourront demander un réaménagement du contrat qui les lie, si un changement intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles s'étaient engagées venait à modifier l'équilibre du contrat au point de faire subir à l'une d'elles un *hardship*. Après avoir étudié la notion de clause de *hardship* (a), nous verrons la tentative de certaines parties d'abuser de l'autre partie contractante au moyen de cette clause (b).

a) La distinction entre la force majeure et le *hardship*

94. Traditionnellement la force majeure est un événement imprévisible et irrésistible qui, provenant d'une cause extérieure au débiteur d'une obligation ou à l'auteur d'un dommage, le libère de son obligation ou l'exonère de sa responsabilité. L'événement doit être suffisamment caractérisé par trois caractères : son imprévisibilité, son irrésistibilité, et son extériorité.

¹¹⁸ Vocabulaire juridique, G. Cornu, 10^e éd. PUF.

95. La distinction entre la force majeure et le *hardship* réside dans l'analyse de la possible poursuite de l'exécution. En cas de force majeure, elle est rendue impossible alors qu'en cas de *hardship* elle est simplement devenue plus difficile et trouble l'économie générale du contrat. Lorsque la clause de *hardship* s'applique, le contrat est bouleversé pendant son exécution à la suite d'un événement politique, économique ou autre, indépendant de la volonté des parties et de nature à remettre en cause son équilibre. Les parties devront alors renégocier l'acte en faisant preuve de bonne foi sous peine d'engager leur responsabilité. Si les parties ne trouvent pas un accord, le tribunal ou un arbitre pourra être saisi pour trancher le litige et définir les modifications à apporter au contrat pour rétablir l'équilibre contractuel. Les parties peuvent préciser des circonstances de *hardship* comme le changement de législation, l'augmentation du coût des matières premières, mais un simple changement de circonstances ne suffit pas à justifier le déclenchement de la disposition s'il ne modifie pas l'équilibre contractuel. Autrement dit, le *hardship* est une imprévision qui ne remplit pas les critères de la force majeure et qui ouvre à la renégociation du contrat.

96. En effet, le but de ces clauses est d'engager une renégociation des termes de l'accord initial quand l'équilibre économique qui existait lors de sa conclusion a disparu à la suite d'un bouleversement des circonstances. Les contrats à exécution successive sont les premiers concernés puisqu'ils s'inscrivent dans la durée et qu'ils exposent fatalement les parties à un risque d'évolution inattendue du contrat. Certains actes sont plus sensibles que d'autres à l'évolution des circonstances. Il en va des contrats conclus dans les domaines technologiques, par exemple¹¹⁹. Si la théorie de l'imprévision continue de s'imposer en cas de risque non prévu, ces effets sont contrés

¹¹⁹ M. MEKKI : « Prenons, par exemple un fabricant de vidéocassettes vierges ayant conclu un contrat d'approvisionnement pour dix ans avec une maison de production diffusant les films de son catalogue sur ce support. L'essor du DVD ayant conduit à une réduction sensible du marché, l'acquéreur n'a que faire des stocks de produits qu'il reçoit et entend renégocier le contrat ou le rompre ; à l'inverse le fabricant entend que le contrat de fournitures aille jusqu'à son terme. Dans ce genre de situation, si aucune clause d'adaptation ou de *hardship* n'a été insérée, le recours à la théorie de l'imprévision devient une issue tentante ».

à l'aide de clauses d'adaptation active. En pratique, elles portent le nom de clauses d'imprévision¹²⁰. Nous sommes bien dans de la prévision de l'imprévision.

97. Cette notion s'est largement développée depuis pour devenir une notion bien ancrée dans le système juridique. Dans le contrat, comme à bord d'un bateau, tout peut arriver. Or, c'est précisément face à cet imprévu que la notion de *hardship* va être employée. La constatation de l'imprévu dans les contrats oblige à analyser quels seraient les effets d'une clause de *hardship* généralisée à l'ensemble des contrats. À vrai dire, l'insertion d'une telle clause ne présente pas le même intérêt dans les contrats à durée indéterminée, où chaque partie est libre de mettre fin à l'accord à tout moment, que dans les contrats à durée déterminée. C'est dans ces derniers que la clause de *hardship* est appelée à jouer pleinement son rôle.

98. C'est surtout en droit international privé que cette notion est employée afin d'alléger les contraintes contractuelles en cas d'imprévision. On retrouve également ce type de clauses en droit de la consommation. Ce droit spécial permet d'expérimenter un devoir de coopération dans le contrat. En effet, en cas de relation contractuelle déséquilibrée, il n'est pas rare de remettre en cause la relation et de motiver cette rupture au nom de l'intérêt commun¹²¹. Ce dernier autorise une certaine ouverture et une remise en cause de la relation à partir du moment où l'esprit de coopération n'est plus respecté¹²².

99. Le droit de la consommation, comme le droit des affaires, est un droit attaché au réel qui pousse la théorie générale à prendre en compte le contrat dans toute sa réalité. Depuis de nombreuses années, on voit poindre la prise en compte d'une

¹²⁰ Clause d'imprévision, clause de renégociation, clause de sauvegarde et surtout de *hardship*. Toutes ces clauses ont le même nom et s'efforcent de contourner le risque d'imprévision. Dans la mesure où les parties prévoient cette imprévision, elles sont des clauses de prévision.

¹²¹ Th. REVET, « L'éthique des contrats en droit interne », in *Ethique des affaires : de l'éthique de l'entrepreneur au droit des entrepreneurs*, éd. Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1997, p. 207 et s.

¹²² Cass. com., 5 avr. 1994, *Contrats conc. consom.* 1994, n° 159, obs. L. Leveneur ; *D.* 1995, p. 355, note G. Virassamy ; *D.* 1995., somm. comm. p. 69, obs. Ferrier ; *RTD civ.* 1994, p. 604, obs. J. Mestre.

imprévision qui ne dit pas son nom et qui apparaît sous la forme d'avatars¹²³. On constate à travers l'analyse des clauses de *hardship* que le Code de commerce pousse le droit vers plus de cohérence. C'est dans ce contexte que nous allons étudier comment ces différents recours dévoilent une imprévision officieuse ou implicite.

100. Les clauses de *hardship* sont d'abord utiles dans la mesure où l'imprévision ne se confond pas avec la force majeure. Un élément de force majeure est en principe extérieur, imprévisible et irrésistible. Il entraîne une impossibilité totale d'exécution du contrat. En revanche, dans le cadre de la clause de *hardship*, le but est de poursuivre l'exécution du contrat. Ensuite, les clauses de *hardship* sont utiles, car elles permettent de contourner le rejet traditionnel de la théorie de l'imprévision en aménageant l'imprévision et en rééquilibrant un contrat devenu déséquilibré à la suite d'un changement de circonstances. Mais l'obligation de renégociation qui en découle entraîne parfois des abus et ne garantit pas la poursuite de l'exécution.

b) Le contrôle de la clause de *hardship* abusive

101. Comme les clauses de *hardship* sont des clauses susceptibles de remettre en cause le contrat à de nouvelles conditions, elles peuvent parfois être mises à l'épreuve grâce à l'article L. 442-6 du Code de commerce, pour pouvoir les contrôler sur d'éventuels abus dont une partie au contrat pourrait être victime. Ce texte s'applique ainsi à tout producteur, commerçant, industriel, ou personne immatriculée au répertoire des métiers et a pour but de protéger les faibles dont la position peut être assimilée à celle des consommateurs face aux professionnels. L'article énonce qu'« engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé, le fait, par tout producteur, commerçant, industriel, ou personne immatriculée

¹²³ FI. CHERIGNY, *La révision judiciaire des conventions en droit privé français*, (dir.) H. J. Lucas, thèse Poitiers, 1994, p. 539. – Adde, R. VIPREY, « Vers une généralisation du principe de l'imprévision en droit privé ? », *D. Affaire* 1997, p. 918 et s. ; G. RAYMOND, obs. sous TI Saumur, 26 juin 1991, *Contrats, conc. consom.* déc. 1991, n° 251 : « envisagé du côté des débiteurs, l'article 12 de la loi de 1989 apparaît comme la reconnaissance de la théorie de l'imprévision en matière de contrat. Envisagé du côté de l'organisme de crédit, l'article 12 apparaît comme une sanction pécuniaire à l'égard du prêteur qui aurait dû se montrer moins laxiste dans l'octroi du prêt et moins exigeant dans la récupération des sommes qui lui étaient dues ».

au répertoire des métiers de soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». Dans ce cadre, la clause de *hardship* pourrait devenir abusive au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Le principe même de cette clause est d'autoriser une révision du contrat qui peut devenir abusive quand la partie se prévalant de cette stipulation abuse de sa position dominante dans le but de renégocier le contrat en sa faveur.

102. Même en cas d'admission de la théorie de l'imprévision par le droit français, la clause de *hardship* resterait utile dans la mesure où les parties tenteraient de diminuer les contraintes liées à cette imprévision naissante et voudraient garder la mainmise sur le contrat. Un auteur souligne ainsi que les parties peuvent vouloir rendre plus flexible ou encore restreindre les conditions de mise en œuvre de la réadaptation du contrat¹²⁴. Cette analyse nous paraît pertinente, car la théorie de l'imprévision qui cherche normalement à libérer les parties d'une contrainte importante serait repoussée par les parties contractantes au profit de la clause de *hardship* qui deviendrait le recours conventionnel si la théorie de l'imprévision venait à être reconnue en droit privé. Il s'agirait de rechercher une adaptation sur mesure et d'écarter l'entremise judiciaire afin que le contrat demeure la chose des parties.

2) La clause de *hardship* : clause de prévision

103. Le recours à la clause de *hardship* est un outil qui maintient l'enfermement du contrat dans le temps de la formation et qui incite les parties à tout prévoir dès la formation. Cependant, il est utile de préciser que la clause de *hardship* est un recours en cas de difficulté pendant l'exécution du contrat. Elle se distingue de l'imprévision dans la mesure où elle pallie seulement ponctuellement le rejet de l'imprévision. Tout d'abord cette clause est laissée à la discrétion des parties qui sont libres de la prévoir ou non. Ensuite, dans l'hypothèse de sa mise en application, le juge n'intervient pas lors de la renégociation à l'issue de la dénonciation de la clause de *hardship*. Le plus souvent, les parties ignorent le juge et s'en remettent à un tiers départiteur. C'est pourquoi le rapport Catala favorisait ces clauses en affirmant que « dans les contrats à

¹²⁴ A. KIRILLOV, *LPA* 23 sept. 2011, p. 5.

exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier dans une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles ». Les clauses de *hardship* sont alors considérées comme un palliatif au rejet de la théorie de l'imprévision, particulièrement dans les contrats de longue durée. Dans cette perspective, l'utilisation de la clause de *hardship* est un moyen d'assouplir l'intangibilité manifeste dans tous les types de contrats et la distinction flagrante qui existe entre les contrats de durée et les contrats échange. Cependant, cette clause de *hardship* atteint ses limites dans son fonctionnement, car l'issue de la renégociation demeure toujours est incertaine. Cette clause prévisionnelle reste à la merci du bon vouloir des parties. La clause de *hardship* semble être donc un instrument conforme au maintien de la réalité de la formation tout le long du contrat. Elle est tributaire de la volonté des parties en cours d'exécution de renégocier ou pas et ne garantit donc pas la pérennité du contrat. Si la clause de *hardship* est un moyen de pénétration du temps dans le contrat, elle demeure par trop inféodée au bon vouloir des parties.

B) Un mécanisme stérile quant à la révision du contrat maintenu après la réforme

104. La clause de *hardship* offre l'opportunité pour un contrat de longue durée de recourir à la renégociation en cas d'imprévu touchant directement et indirectement le contrat. Cette clause est donc un cas d'ouverture à révision au regard d'une certaine imprévision qui peut rester une impasse en absence de volonté de renégocier **(2)** et qui a potentiellement pour effet de transformer l'acte de prévision en acte relationnel ou de coopération dans la mesure où la clause déplace l'analyse du contrat en cours d'exécution **(1)**.

1) La clause de *hardship* généralisée un cas d'ouverture à une imprévision conventionnelle, transformation d'un contrat échange en un contrat de durée.

105. Il y a lieu de distinguer la clause de *hardship* implicite **(a)**, de celle issue de l'article L. 441- 8 du Code de commerce, *hardship légal* **(b)**.

a) La clause de *hardship* implicite

106. Une remarquable illustration de l'utilisation d'une clause de *hardship implicite* se retrouve dans un arrêt de cour d'appel du 26 septembre 2007¹²⁵. Dans cette décision était en cause un contrat échange qui s'inscrivait dans une certaine durée. Deux sociétés avaient conclu en 1999 un contrat de fourniture d'énergie à durée indéterminée. L'une d'elles fournissait à l'autre de la vapeur pour la production de carbonate et de bicarbonate de soude. Le droit objectif a entre-temps été modifié, d'abord par l'adoption du Protocole de Kyoto, le 11 décembre 1997, ensuite par la directive communautaire du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, transposée en droit interne aux articles L. 297-7 et suivants du Code de l'environnement. Cette modification législative eut d'importantes conséquences non seulement en droit de l'environnement, mais également en droit des obligations. Le changement législatif a une nécessaire influence sur le contrat en cours dans la mesure où elle est « imprévisible pour les parties, impose une révision du contrat de fourniture. Cette révision est non seulement dans l'intérêt des contractants, puisque le prix de vente de la vapeur devra augmenter en cas d'insuffisance de quotas alloués au fournisseur, lequel a intérêt à ce que son client demeure concurrentiel, mais également dans l'intérêt général, puisque la révision aura pour finalité de réduire les émissions de gaz polluants¹²⁶ ».

107. La doctrine majoritaire semble considérer cet arrêt de la cour d'appel comme atypique dans la mesure où l'imprévision est induite par la loi nouvelle d'application immédiate sur le contrat. Cette loi a pour conséquence de donner une dimension nouvelle à l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi. Cette loi est une ingérence dans le contrat qui oblige à une renégociation de bonne foi de ses termes. Alors que cette obligation de renégociation est d'ordinaire dans le champ d'application des contrats organisation, alliance ou coopération, dans cet arrêt inédit, ce devoir de renégociation prend corps au sein d'un contrat échange. Il élargit donc le champ d'application de ces contrats et ouvre la possible imprévision implicite au nom de l'ordre public de direction. Cette intrusion légale de l'imprévision dans un échange

¹²⁵ CA Nancy, 2^e ch. com., 26 sept. 2007, SAS novacarb c /SNC Socoma.

¹²⁶ S. LEQUETTE, thèse préc., p. 371.

appuie l'argument selon lequel les contrats de durée permettent une certaine dérogation au droit classique et admettent l'imprévision implicite au sein du contrat, au nom de l'économie du contrat et de l'intérêt général. On se déplace de l'échange proprement dit à la finalité du contrat, c'est-à-dire de la formation à l'exécution. Cet arrêt est également atypique dans la mesure où il déséquilibre le contrat positivement : l'impact de la loi nouvelle contribue, pour l'une des parties, à obtenir un profit supplémentaire. Pourquoi ? Parce que « l'autorité administrative affecte un nombre de quotas au producteur de vapeur c'est-à-dire une unité de compte représentative de l'émission de l'équivalent d'une tonne de dioxyde de carbone. Et les textes autorisent à l'entreprise le droit de céder et de tirer des bénéfices des quotas excédentaires¹²⁷ ».

b) Un *hardship légal* dans le code de commerce

108. L'article L. 441- 8 du Code de commerce signe les prémisses d'une prise en compte du contrat de durée dans le code de commerce. Un article de la *Revue des contrats* titre : « quand la théorie de l'imprévision entre par la petite porte¹²⁸ ». Selon l'article L. 441-8 du Code de commerce¹²⁹, « les contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois portant sur la vente des produits figurant sur la liste prévue au deuxième alinéa de l'article L.442-9 dont les prix de production sont significativement affectés par des fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires, comportent une clause relative aux modalités de renégociation du prix permettant de prendre en compte ces fluctuations à la hausse comme à la baisse ». Cette clause fait référence à un ou plusieurs indices publics des prix de produits agricoles ou alimentaires définis par les parties.

109. « La renégociation de prix est conduite de bonne foi dans le respect du secret en matière industrielle et commerciale et du secret des affaires ainsi que dans un délai, précisé dans le contrat qui ne peut être supérieur à deux mois. Elle tend à une

¹²⁷ *Ibid.*, p. 370.

¹²⁸ *RDC* 2013/2014 : Quand la théorie de l'imprévision entre par la petite porte : la clause de « *hardship* » imposée sous peine d'amende administrative (C. com., art L.441- 8, issu du projet de la loi relatif à la consommation n°1015, AN 3 mai 2013).

¹²⁹ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 – art. 33.

répartition équitable entre les parties de l'accroissement ou de la réduction des coûts de production résultant de ces fluctuations. Un compte rendu de cette négociation est établi selon des modalités définies par décret. Le fait de ne pas prévoir de clause de renégociation conforme aux premier et deuxième alinéas du présent article de ne pas respecter le délai fixé au troisième alinéa du présent article ou de ne pas établir le compte rendu prévu au précédent alinéa ou de porter atteinte, au cours de la renégociation, aux secrets de fabrication est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut pas excéder 75 000 euros pour une personne physique et 375 000 pour une personne morale. L'amende est prononcée dans les conditions prévues par l'article L.465-2. Le maximum de l'amende encourue est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive ». Cet article ne fait pas obstacle à toute renégociation, du moins dans le respect des articles L. 441-7 et L. 442-6. À travers ces nouvelles dispositions législatives s'opère la prise de conscience de la problématique de la durée dans les contrats « d'affaires » et la mise en harmonie du droit aux circonstances de fait par l'insertion, dans le droit positif, d'une clause de renégociation de bonne foi obligatoire.

110. En connaissant la volatilité des prix de matières premières, les juges se sont depuis quelque temps penchés sur la difficulté que cela cause aux fournisseurs de la grande distribution. Le rapport Vautrin et Gaubert¹³⁰ avait fustigé la multiplication des comportements répréhensibles de certains acteurs de la distribution qui abusaient largement de leur position en prévoyant l'alignement sur la baisse ou la hausse des matières premières. C'est dans ce sens qu'un tribunal de Lille, dans un jugement du 7 septembre 2011, avait condamné les pratiques d'un grand distributeur. Il affirmait que « dans sa convention type dénommée "convention de distribution", Eurachan insiste à juste titre sur le principe d'intangibilité des prix négociés annuellement selon l'art

¹³⁰ Rapport d'information déposé en application de l'article 145-7 du Règlement par la Commission des affaires économiques sur la mise en application de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

14.1.1, mais qu'elle n'exclut pas une révision des tarifs à la hausse ou à la baisse¹³¹ ». Dans cette convention, c'est surtout le pouvoir unilatéral de cette enseigne qui fait la loi sur la révision des tarifs. Ainsi, l'intangibilité des tarifs n'était pas respectée. Face aux hausses et aux baisses consécutives aux prix des matières premières, c'est le contrat dans son entier qui se trouvait déséquilibré et à la merci de la grande distribution.

2) Une impasse en l'absence de volonté de renégociation : la remise en cause progressive de l'intangibilité par le juge judiciaire

111. La question est de savoir ce qui se passe en l'absence de clause de renégociation. Ce que l'on remarque, c'est que sur le strict plan économique, le respect du principe d'intangibilité du contrat est intenable lors des périodes de forte instabilité des matières premières pour des fournisseurs. La volatilité des prix est prévisible, mais l'ampleur de la variation ne l'est pas. Dans ce type de contrats, la clause de renégociation devrait s'imposer et son absence pourrait être sanctionnée dans tous les cas. On peut se demander si le refus d'insérer une clause de renégociation des prix ne serait pas, à lui seul, constitutif d'un abus.

112. Les contrats fluctuant en permanence entre les hausses et les baisses des cours sont des contrats qui devraient stipuler une clause d'indexation ou de révision. Cette clause ne jouerait que dans l'hypothèse d'une certaine variation du prix des matières premières fixée par le législateur. Selon l'article L. 411-8 du Code de commerce, certains contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois et dont les prix de

¹³¹ Par un arrêt du 11 septembre 2013, la Cour d'appel de Paris a condamné la société EURACHAN pour avoir soumis ses partenaires commerciaux à des clauses de taux de services et de révision tarifaire susceptibles d'être appréhendées au titre du « déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». En effet, EURAUCHAN exigeait un préavis minimum et des justifications en cas de hausse des tarifs du fournisseur tandis que, en cas de baisse de coûts, EURACHAN pouvait dénoncer la convention, unilatéralement et à tout moment, si le fournisseur ne diminuait pas ses tarifs. Par ailleurs EURAUCHAN, imposait à ses fournisseurs un taux de service minimum de 98,5% soumis à un système de pénalités important sans que cette clause n'ait fait l'objet de véritables négociations. C'est dans ce contexte qu'EURAUCHAN a été condamné au paiement d'une amende civile d'un million d'euros ainsi qu'à la cessation de ces pratiques abusives. In DGCCRF ministère de l'économie et des finances.

production sont significativement affectés par des prix des matières premières agricoles et alimentaires. Selon cet article, il s'agirait de consacrer une certaine flexibilité du contrat en faisant entrer par la petite porte une dose d'imprévision relativement aux contrats de durée et aux contrats de matières premières. Le législateur impose donc une clause de *hardship* sous peine d'une sanction administrative de 375 000 euros pour les personnes morales, doublée en cas de réitération. L'économie rattrape ici les lacunes du droit. L'intangibilité cède du terrain et l'imprévision commence à s'imposer¹³².

113. En raison des solutions incertaines liées aux difficultés du contrat de durée, la clause de *hardship* demeure une prévision essentielle. Comme le souligne un auteur : « toute la difficulté, pour le rédacteur d'une telle clause, sera alors d'en préciser le niveau de déclenchement : à compter de quel degré l'altération de l'équilibre économique du contrat peut-elle justifier une mise en œuvre légitime de la clause¹³³ ? » Autrement dit, selon le même auteur, la clause doit « prévoir dans le contrat que c'est à un tiers désigné qu'incombera la mission de certifier que les conditions de mise en œuvre sont remplies ». Une autre solution plus radicale consiste à s'attacher à l'amplitude objective du déséquilibre pour en partager la charge entre les parties. La clause de renégociation devient ici une clause de répartition des pertes. Toutefois, un tel procédé suppose que les parties puissent évaluer de manière précise le coût financier que représente le changement de circonstances pour l'un des contractants. Afin que cette clause donne une prévision juste, il faut que les parties précisent des données objectives. La tentative de généralisation de la clause de *hardship* dans les contrats de longue durée invite à s'interroger sur celle de la généralisation de l'obligation de renégociation à tous les contrats, ce qui pourrait annoncer les prémises d'une reconnaissance d'une certaine incomplétude dans le contrat.

¹³² RDC 2013, p. 1431 : « on est déjà passé à une phase postérieure : qu'il y ait déséquilibre significatif à ne pas prévoir une telle clause ou que l'on encourt demain des sanctions administratives très lourdes pour ne pas l'avoir prévue, la clause de *hardship* imposée est entrée par la petite porte, mais elle est entrée ».

¹³³ M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de la clause contractuelle (1, 2) », 1^{re} partie, RDC 2006, p. 1051 et s. ; 2^e partie, RDC 2007, p. 239 et s.

114. Ces clauses de *hardship* ou de sauvegarde obligent les contractants à renégocier le contrat en cours d'exécution lorsque celui-ci devient déséquilibré à la suite d'un changement de circonstances non imputable à l'un ou l'autre des contractants, par exemple, l'augmentation du prix d'une matière première¹³⁴. Ils doivent renégocier en respectant les formes souvent imposées par la clause afin de remédier au déséquilibre du contrat. Si, au premier abord, ces clauses paraissent contrevenir au principe de la force obligatoire du contrat, il n'en est rien dans la mesure où il s'agit d'une stipulation née de la volonté des parties. Il s'agit bien dans ce cas de la « prévision de l'imprévision » comme le souligne un auteur¹³⁵.

115. À la conception classique du contrat s'oppose une vision plus réaliste et économique. Le modèle classique, modèle par excellence du contrat complet met le contrat initial à l'abri de tout changement. Si les conditions d'exécution du contrat changent, rien ne doit changer. Face à cette position radicale, il pourrait être envisagé que tout contrat contienne une obligation implicite de renégociation en cas de lacune ou d'imprévision. C'est dans cette mouvance que les clauses d'adaptation ont été appréciées comme des remèdes classiques au contournement du rejet de la théorie de l'imprévision. Cependant, ces clauses sont prévues *ab initio* et, même si elles permettent une certaine adaptation, elles restent limitées et s'exposent au problème du refus d'une des parties lors de la renégociation. Surtout, elles restent de la prévision de l'imprévision. Afin de concilier le respect du contrat et sa persistance, le législateur comme le juge tente d'apporter des solutions destinées à combler certaines déficiences du contrat sans toutefois remettre en cause le modèle classique. Au-delà de l'existence de la clause de *hardship*, c'est le résultat qu'il est intéressant de souligner, à savoir le remède que propose cette clause en cas de situation de blocage de contrats. Cette procédure de renégociation implique une participation active des parties contractantes afin d'assurer la poursuite du contrat. C'est ainsi qu'une fois le remède fondé à intervenir dans le contrat **(a)** il peut conduire souvent à une impasse quand bien même

¹³⁴ R. FABRE, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ.* 1983, p. 1 ; B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », *Clunet*, 1974.

¹³⁵ A. CERMALOCCE, *Cause et exécution du contrat*, préf. J. Mestre, PUAM, 2001.

le devoir de renégocier induit la bonne foi des parties à la négociation, dans la mesure où l'issue du contrat est soumise au bon vouloir des parties **(b)**.

a) Le fondement du devoir de renégocier

116. La révision du contrat est le remède le plus pertinent en cours d'exécution du contrat afin d'en assurer le maintien. Mais cette révision n'est pour l'instant que conventionnelle dans le droit des contrats français, car le danger d'une intervention judiciaire réside dans l'inadéquation de la solution du juge avec la volonté des parties et leurs attentes réelles du contrat. En effet, les contractants semblent être les mieux placés pour apprécier leurs intérêts : « eux seuls connaissent la mesure de leur *affectio contractus*, eux seuls peuvent déterminer, eu égard à leurs relations passées, à leurs intérêts propres et communs, s'il s'avère préférable d'adapter le contrat, d'en suspendre l'exigibilité, ou d'y mettre fin¹³⁶ ». Ce remède conventionnel repose sur le fondement textuel de l'ancien article 1134 du Code civil et consacre une sorte d'obligation prétorienne de renégocier qui s'apparente à une clause de *hardship* implicite. Comme certains auteurs l'ont souligné, cette clause d'imprévision implicite consacre cette possible révision conventionnelle sur le fondement de la bonne foi dans les contrats qui s'inscrivent dans la durée. Même si cette clause implicite est consacrée, il n'y a aucune obligation pour les parties de respecter. Dès lors, son succès sera mitigé et au bon vouloir des parties contractantes. Il s'agit d'une règle supplétive de volonté. Selon le commentaire de l'article 6.111 des principes de la commission Lando¹³⁷, il s'agit de l'ajustement de la volonté des parties aux nouvelles données contractuelles. Cependant, cet ajustement se fait au bon vouloir des parties contractantes et, dès lors qu'une situation de blocage existe, la renégociation apparaîtra chimérique. C'est pourquoi la référence à la bonne foi impose aux

¹³⁶ En ce sens L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, 2011.

¹³⁷ O.Lando et H.Beale (dir) *Principles of European Contract Law*, op.cit., commentaire de l'article 6.111, p.323 et 324 : « it should always be borne in mind that the rules adopted by the principles are not mandatory. The parties can adopt whatever they want in the way of adjustment or renegotiation, and they are perfectly free to agree that a particular change in circumstances shall not affect the terms of the contract, (il ne faut jamais perdre de vue que les règles des principes Lando ne sont jamais impératives. Les parties peuvent adopter les dispositions de leurs choix pour ajuster ou renégocier le contrat. Elles demeurent entièrement libres pour prévoir qu'un type particulier d'événement n'aura pas d'incidence sur leur contrat).

cocontractants une renégociation raisonnable. Le droit du commerce international partage depuis longtemps cette vue¹³⁸.

117. À travers ces différents éléments et décisions, il est constaté que la dimension de ce devoir de négocier est multiple et n'impose pas d'aboutir à un accord, mais seulement de chercher un tel accord. La négociation a pour but d'obtenir des parties contractantes un compromis pour rééquilibrer le contrat après les différentes perturbations contractuelles de l'imprévu. Il est attendu des parties est un comportement positif de volonté de se réunir et de dialoguer. Simplement cette analyse positive de la négociation ne doit pas cacher la réalité de la négociation en général qui est, bien souvent en matière contractuelle dans le cadre de grands contrats internationaux, menée avec d'âpres stratégies. Lorsque l'imprévu déséquilibre le contrat, la clef de répartition de la négociation ne se fait pas de manière mathématique, mais équitable : « il ne s'agit pas d'un rééquilibrage mathématique du contrat, mais d'un règlement équitable, transactionnel, où les intéressés seront appelés à contribuer aux pertes¹³⁹ ». La difficulté tient au fait que le devoir de négociation n'est pas une véritable obligation et, à ce titre, l'absence de résultat de la négociation contribue au succès mitigé de ce devoir.

b) Un succès mitigé du devoir de renégociation : un mode incitatif insuffisant

118. On a l'habitude de considérer que l'obligation de négocier se sépare en deux obligations distinctes : une obligation de résultat qui consiste à obliger les parties à entrer en discussion, le fait de ne pas entrer en discussion ou de ne pas essayer de renégocier viole l'obligation contractuellement prévue. La sanction s'entend de la condamnation à des dommages et intérêts. La seconde obligation de moyens consiste à

¹³⁸ M.J. Mustill, « *the New Lex Mercatoria : The first twenty-five years* », arb.int., vol. 4 n° 2 1988, p. 86-119. Cité in, L. THIBIERGE, *op. cit.* : « *if unforeseen difficulties intervene in the performance of a contract, the parties should negotiate in good faith to overcome them, even if the contract contains no revision clause* ». « *si des difficultés imprévues affectent l'exécution du contrat, les parties doivent négocier de bonne foi pour les surmonter, quand bien même le contrat ne stipulerait aucune clause de révision* ».

¹³⁹ J. CARBONNIER, Les obligations, cité par P.-Y. GAUTIER, « La super-imprévision » devient synallagmatique.

discuter de bonne foi sans proposer des solutions excessives dans le but de faire échouer la négociation. Dans ce cas la preuve de la faute est beaucoup plus difficile à prouver. En pratique, la frontière entre cette obligation de résultat et celle de moyens est ténue et le succès de ce régime dualiste est mitigé. La doctrine enseigne en effet que si les parties ne sont pas obligées d'aboutir à la réadaptation du contrat, elles demeurent néanmoins tenues de le renégocier loyalement, ce qui impliquerait tout à la fois « des actes et des attitudes. Des actes : émettre et recevoir des propositions, faire connaître sa réaction et l'expliquer, informer. Une attitude : se prêter loyalement à ce dialogue, c'est à dire sans duplicité et sans tactique dilatoire, avec l'intention d'aboutir à un accord¹⁴⁰ ».

119. Un fameux arrêt illustre parfaitement le succès mitigé de cette obligation de renégociation¹⁴¹. En l'espèce, un contrat avait pour objet l'installation d'une centrale thermique et sa fourniture en énergie. Il comprenait une clause de rencontre et une clause de réadaptation qui obligeaient les parties : « à examiner ensemble les moyens d'adapter le contrat aux évolutions constatées dans les facteurs économiques, techniques ou de réglementation et ce dans un but de préserver leurs intérêts réciproques ». À cause de la forte augmentation du prix du gaz, le contrat était devenu ruineux alors même que l'exécution n'avait pas encore commencé. Le fournisseur invoqua rapidement la clause d'adaptation pour demander la révision des conditions du contrat. Cependant, l'autre partie refusa toutes ses propositions. Le fournisseur considéra alors que son adversaire cocontractant avait manqué à son obligation de renégociation. Saisie de ce litige, la cour d'appel a considéré qu'il n'y avait pas violation de l'obligation de renégociation. Un pourvoi a alors été formé entraînant un arrêt de rejet de la Cour de cassation, au motif que la clause obligeant les parties à se rencontrer en cas d'événement majeur affectant leurs obligations respectives « n'oblige en aucune façon le cocontractant à accepter les modifications de contrat proposées par l'autre partie et que de même, l'article intitulé "adaptation et transfert du contrat" selon lequel les parties ont convenu d'examiner ensemble les moyens d'adapter le contrat, mais en autorise la possibilité ».

¹⁴⁰ L.AYNES, Le devoir de renégocier », RJcom.1999, n°23 et n° 24, p. 18.

¹⁴¹ Cass. com., 3 oct. 2006, *D.* 2007, p. 765, note D. MAZEAUD.

120. Cet arrêt rend compte des difficultés d'appréhender réellement l'obligation de renégociation qui reste encore un peu trop potestative : je renégocie si je veux¹⁴². Dans cette perspective, à quel moment le manque de volonté pourra-t-il être qualifié de faute ? Selon la doctrine, la faute serait qualifiée quand la partie « refuse une proposition qui ne lui nuit pas, mais qui arrange l'autre¹⁴³ ». Si cette attitude est possible dans des contrats échange, il n'en va pas de même dans des contrats de longue durée ayant pour exigence la pérennité du lien contractuel¹⁴⁴. Certains auteurs, vont plus loin en considérant qu'au-delà de cette renégociation, l'obligation de se comporter de bonne foi dans les relations contractuelles doit se traduire par une volonté de la part des parties d'aboutir à un résultat et d'adapter le contrat. L'exigence de bonne foi impose « aux partenaires les obligations respectives de faire une proposition raisonnable et d'accepter une telle proposition, sous peine d'engager leur responsabilité¹⁴⁵ ».

121. Selon le nouvel article 1195 Code civil qui consacre l'imprévision : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation du contrat à son cocontractant. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut, d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date ou aux conditions qu'il fixe ». L'insertion

¹⁴² Y. LEQUETTE, « De l'efficacité des clauses de *hardship* » : « pourquoi, en effet, obliger les parties à renégocier, si cette renégociation peut rester un pur exercice de style dépourvu de toute portée pratique ? Soyons bien clair, il ne s'agit pas de requalifier l'obligation de renégociation en une obligation de résultat, mais de faire en sorte qu'elle soit traitée, à l'égard de celui qui bénéficie de déséquilibre, comme une véritable obligation de moyens plutôt que comme un engagement potestatif ».

¹⁴³ Ph. STOFFEL-MUNCK, « Les répliques contractuelles », *RDC* 2010, p. 439.

¹⁴⁴ En ce sens S. LEQUETTE, thèse préc.

¹⁴⁵ B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », *JDI* 1974, spéc. p. 807.

de clauses contractuelles de *hardship*, *material adverse change clause*, a longtemps été une parade à l'inflexion de la jurisprudence en cas de survenance d'un événement imprévisible bouleversant l'équilibre contractuel. L'obligation de renégociation est en mode incitatif et est trop tributaire de la volonté d'une des parties de vouloir ou non maintenir le lien contractuel. Et cet état de fait se poursuit dans la réforme.

Paragraphe 2 : Les assouplissements jurisprudentiels : la remise en cause progressive de l'intangibilité par le juge judiciaire

122. *A priori*, l'admission d'un prix indéterminé dans le contrat n'est pas le signe le plus éclatant de l'équilibre contractuel. Et pourtant, le prix est considéré normalement comme le point d'équilibre entre les intérêts contradictoires des parties. Il cristallise la rencontre des volontés et fige en quelque sorte la réalité du contrat. C'est notamment pourquoi le prix de la vente doit être conclu dès la formation du contrat. Cependant, mettant un terme à plus de vingt-cinq années de jurisprudence constante sur la détermination du prix, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a, par ses arrêts du 1^{er} décembre 1995, consacré une possible indétermination du prix *ab initio*, révélant par là même sa volonté de faire marcher d'un même pas le droit commun des contrats et le droit des contrats spéciaux¹⁴⁶. Ces décisions ont jeté le trouble dans un ordre bien établi. Si la plupart des juristes ont accepté que les contrats ne soient plus annulés pour indétermination du prix, ce qui semble conférer une primauté aux droits spéciaux dans un souci d'harmonie du droit contractuel¹⁴⁷, la question allait désormais porter sur le sens de la notion d'abus dans la fixation du prix¹⁴⁸. Le contrôle par l'abus déplace le débat à l'exécution. En effet, l'idée était de tenter d'adapter un modèle en dépit de son inadaptation. L'unilatéralisme de certains contrats est en effet *a priori* un paradoxe dans le modèle contractuel et contribue

¹⁴⁶ L. AYNES, « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? », *D.* 1993, chr. p. 155, n° 2 et s.

¹⁴⁷ L. VOGEL, « Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution », *D.* 1995, chr. p. 155, n° 2 et s. *Adde* les conclusions de M. JEOL sur les arrêts du revirement, *JCP* 1996, II, 22565.

¹⁴⁸ C. JAMIN : « Esquisse d'un critère de l'abus en matière d'indétermination du prix », *D.* 1997 p. 414.

puissamment à déstabiliser le contrat. Mais le contrôle par l'abus est une tentative de rééquilibrage du contrat à l'exécution.

123. La fixation du prix relève en principe de la volonté des parties. Ce principe est rappelé à l'article 1104 du Code civil instaurant une commutativité subjective et qui écarte toute immixtion du juge sur le prix. Ainsi, il ne doit pas exister de contrôle du prix par le juge. Pourtant la théorie se heurte à la pratique et il existe bien un contrôle du prix par le juge. Mais, les conditions d'intervention du juge en cas de litige, relatif au prix, sont étroitement encadrées comme marquées par le principe de libre fixation du prix.

124. Face à la nécessité d'encadrer certains contrats et de poser une réflexion de principe sur l'évolution possible du droit commun, en particulier dans le cas des contrats-cadres ou des contrats s'inscrivant dans la durée, il a semblé opportun de remettre en cause certains préceptes du droit des obligations pour proposer des solutions aux contrats qui s'exécutent dans la durée. Même si c'est la figure du contrat-cadre qui s'est imposée dans le contexte de la distribution ou des réseaux de franchises, il n'en est pas moins certain que cette admission va bien au-delà du contrat-cadre et contamine le droit commun des contrats en proposant des alternatives à une volonté contractuelle intangible et figée allant même jusqu'à proposer une modification unilatérale du contrat tout en assurant sa pérennité.

125. À travers l'ensemble des arrêts du 1^{er} décembre 1995¹⁴⁹, on constate une emprise directe du contrat sur les objets économiques. Sous l'influence du contrat-cadre, le contrat va changer de nature, en fonction du type de contrats cadre. Dans certains contrats cadre en effet, il ne s'agira plus du contrat échange, mais d'un contrat organisation. Cette hypothèse a déjà été prise en compte lors d'un arrêt en matière d'environnement¹⁵⁰ et a tendance à apporter une vision plus solidariste et plus objective du contrat. Comme le souligne très justement le professeur Marie-Anne Frison Roche, « le contrat échange est en lui-même un contrat instantané et porte en lui les raisons de

¹⁴⁹ AP 1^{er} décembre 1995.

¹⁵⁰ CA de Nancy 26 septembre 2007 voir Recueil Dalloz 2008 p.1120 « l'obligation de renégocier au nom de la lutte contre les gaz à effet de serre ».

son isolement à un instant donné¹⁵¹ ». Dans un contrat échange, le rapport de force est annihilé dans l'instant. C'est pourquoi, la philosophie même du contrat échange ne peut être comprise en terme de gestion du temps parce que la gestion vise à la maîtrise du temps. Celle-ci est le grand enjeu de l'économie : le contrat-cadre de distribution est son instrument.¹⁵² Grâce au fonctionnement même du contrat organisation ou d'un contrat qui s'effectue dans la durée, le juge tend à remettre en cause une certaine conception statique du contrat.

126. Par exemple, dans l'arrêt d'appel précité du 26 septembre 2006, le juge impose aux contractants de tenir compte des impératifs environnementaux et remet en cause une vision purement linéaire, statique et contractuelle du contrat. Dans cet arrêt, il montre alors comment l'ordre public écologique peut encadrer positivement ou négativement la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat. En l'espèce, l'influence de l'ordre public écologique est réelle et extensive. Normalement, le respect des impératifs d'intérêt général doit s'apprécier au moment de la formation. Pourtant, le juge déplace cette appréciation au moment de l'exécution du contrat. L'ordre public écologique contribue à détacher concrètement le contrat afin qu'il soit le plus juste possible lors de l'exécution¹⁵³. C'est la prise en compte du contrat dans l'ordre économique qui le rend le plus objectif possible et l'on voit poindre la création de nouvelles obligations et en particulier la création d'une obligation environnementale qui n'a pas été prévue par le contrat, mais qui s'impose pourtant. Il est paradoxal de voir des obligations non prévues au contrat qui vont se servir du contrat pour répondre à une exigence environnementale et s'imposer au même titre qu'une obligation prévue par les parties.

127. L'arrêt invite à poser de manière renouvelée la question du contrat. La Cour de cassation nuance le principe d'intangibilité du contrat et admet, sur le fondement de l'exigence de bonne foi, qu'une obligation de renégocier puisse s'imposer en face de nouvelles conditions économiques au nom de l'ordre économique. Même si l'on constate

¹⁵¹

¹⁵² P. LOKIEC, *Contrat et Pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A.Lyon- Caen, LGDJ, 2004, p. 130.

¹⁵³ J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.* 1990, chr. p. 147 ; G. ALPA, « Les nouvelles frontières des contrats », in *Etudes J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 1.

que l'intangibilité n'est pas totalement renversée, on observe tout de même l'admission d'une certaine flexibilité dans la mesure où il est difficile de fixer définitivement tous les éléments du contrat, en particulier le prix dès la formation. La multiplication des mécanismes régulateurs est le signe que le droit positif évolue sur cette question et aborde le phénomène contractuel avec un prisme plus objectif.

128. Les contrats-cadres, et plus généralement les contrats de durée, détournent les règles juridiques pour concilier l'économique et le juridique et permettre une meilleure gestion de l'écoulement du temps sur le contrat. Le contrat en s'installant dans la durée rend le temps extensible et non figé et le contrat-cadre engendre alors la sécurité en se soustrayant à l'instabilité du contexte économique. Certains contrats-cadre ne sont pas des contrats de durée, l'examen de certains approfondi des contrats-cadres permet de remarquer que les exécutions successives sont une séquence figée de la répétition d'un même contrat. C'est toujours le même temps qui est répété et l'exécution dans les contrats-cadres reste le miroir de la formation de l'acte. Toutefois, l'exemple du contrat-cadre a permis une réflexion d'ensemble sur les contrats dans la durée. Par cette réflexion a été pris en compte l'impact direct du temps sur le contrat.

129. En fait les contrats-cadres et leur mode de fonctionnement sont un exploit de flexibilité dans la stabilité. Le contrat-cadre devient à la fois un instrument de prévision et intègre aussi une certaine imprévision pour adapter le contrat dans la durée : la formation devient un mode d'exécution. On distingue deux types de modèles : celui du marché où la gestion de l'imprévu ou de l'imprévision est le moteur et le modèle juridique de la prévision par excellence et de la sécurité juridique.

130. Le modèle du contrat-cadre a tendance à réaliser la synthèse entre l'économie et le droit. Pour cela, il remet en cause le système préétabli qui considère que la formation est le moteur pour ne laisser qu'une faible place à l'autonomie de l'exécution. On remarque qu'en utilisant les contrats-cadres, on inverse les choses et c'est l'exécution qui prend une nouvelle autonomie en imposant ses vues à la formation afin d'assurer une meilleure pérennité au contrat. L'objet de ces types de contrats est l'imprévu et l'incertitude. C'est grâce à cette prise en compte que le contrat va pouvoir perdurer. Selon ce même auteur, la pratique va jeter par-dessus bord la distinction entre la formation et l'exécution du contrat afin de permettre au contrat de devenir flexible.

L'exécution est flexible, car le contrat de durée peut varier en fonction d'autres paramètres que ceux prévus à la formation. Le contrat devient le mode approprié de la gestion des rapports économiques à long terme dans un contexte incertain, associant à la fois l'anticipation et la flexibilité. Il s'agit d'une révolution conceptuelle qui impose un certain renversement des logiques.

131. Il convient d'intégrer l'incertitude comme mode de fonctionnement intégrant le temps et l'incertitude. Cette méthode impose de voir le contrat plus objectivement en fonction des circonstances. Le contrat, en tant que mode de gestion approprié, réconcilie l'économie et le droit dont les divergences systémiques allaient tuer le contrat juridique. C'est un nouvel ordre juridico-économique qui est constitué afin de permettre la naissance d'un ordre juridique incluant des impératifs de gestion de l'incertitude.

132. Nous allons essayer de confronter notre propos à la réalité des contrats de distribution. Les contrats-cadres de distribution sont des contrats qui intègrent le temps dans leur gestion et qui prennent pour objet une certaine indétermination du droit. Depuis les arrêts de l'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995, on sait que la détermination du prix n'est plus une condition de validité du contrat et que seul l'abus dans sa fixation donne droit à des dommages et intérêts et autorise la résiliation du contrat. Seul est sanctionné l'abus dans la fixation du prix. Or l'abus, comme nous allons pouvoir le constater, est un critère qui peut être arbitraire. Dans la relation fournisseur-distributeur, il est intéressant de noter que malgré la dépendance des parties liées à la clause d'exclusivité, si le distributeur a laissé une certaine marge de prix, l'abus ne sera pas caractérisé. D'autant plus que cette marge de prix a été acceptée par les parties. Notre propos s'inscrit dans la capacité de ces contrats d'intégrer le temps comme mode de gestion. La prise en compte de l'abus dans ce type de contrats n'est pas le fruit du hasard et permet de faire entrer certains types de changements dans le contrat, mais cette évolution n'est pas sans risque.

133. Ce qui nous intéresse c'est le changement de paradigme par rapport aux contrats classiques. À cet égard, l'abus est une porte d'entrée à une certaine reconnaissance d'une disharmonie du contrat. En effet, pour caractériser l'abus la jurisprudence retient un faisceau d'indices liés à plusieurs causes : les clauses d'exclusivité, les clauses longue durée du contrat, le déséquilibre des prestations, etc. Un autre indice lié à l'abus

le comportement du contractant est l'augmentation soudaine des prix, l'opacité des pratiques tarifaires ou encore la fixation du prix de revente. Enfin, l'abus peut être caractérisé par des considérations économiques comme l'état du marché en rapport avec le contrat. Tous ces excès potentiels sont des changements de circonstances qui peuvent être qualifiés d'abus et qui seront de nature à chercher un rééquilibrage du contrat afin d'assurer sa pérennité.

134. Deux conceptions de l'abus s'opposent, l'une objective (un abus dans l'intention de nuire) et l'autre subjective (acte fautif réalisé sans intérêt légitime, contraire au but ou à la finalité du contrat et qui cause à autrui un dommage). En matière contractuelle et plus précisément dans les contrats de durée, il s'agira de la démonstration objective de la rupture fautive de l'équilibre voulu par le contrat. Mais dans ces conditions en cas de non-respect de l'équilibre par un cocontractant ne pourrait-on pas rapprocher les deux abus ?

135. Dans les contrats de durée, l'accent est porté davantage sur la finalité du contrat contrairement aux contrats instantanés où elle est tellement immédiate qu'elle n'est pas un élément retenu pour consacrer l'abus. La grande vertu des arrêts de 1995 est d'engendrer une certaine imprévisibilité. Sous l'ancienne jurisprudence, l'indétermination d'un élément de la formation provoquait, sans surprise, la nullité du contrat. Aujourd'hui, en considérant les choses autrement, cette indétermination a pour corolaire une meilleure prise en compte de la finalité globale du contrat et la naissance d'un ordre économique en concurrence avec l'ordre juridique, ce qui contribue à rééquilibrer le contrat et à l'objectiver en fonction de la réalité contractuelle.

136. En matière de droit de la consommation et de droit de la concurrence, le prix reste un élément révélateur d'une démarche abusive dans certains cas. En effet, le prix analysé au moment de l'exécution permet de révéler l'intention des cocontractants. On admet que le prix soit indéterminé pour admettre une certaine flexibilité du contrat. Il en va d'une certaine loyauté du contrat de pouvoir contrôler le prix au fur et à mesure du contrat. Aujourd'hui, exécuter loyalement c'est exécuter en recherchant la plus grande efficacité possible pour son cocontractant, en lui procurant le plus haut degré de satisfaction au-delà des stipulations contractuelles. Il faut donc que le débiteur puisse répondre à la confiance de son créancier en lui offrant d'exécuter de la façon la plus

utile possible alors même que le contrat n'a pas prévu toutes les modalités de son exécution¹⁵⁴. Un équilibre indispensable permettra la survie du contrat. Les parties devront dépasser leurs intérêts personnels en vue de faciliter la réussite du contrat. Évidemment, rien dans la lettre du contrat ne les poussera à agir de la sorte. Le seul fondement de cette action est à nouveau contenu dans l'ancien article 1134 du Code civil qui va permettre aux contractants de se conformer le plus possible aux exigences de la loi contractuelle.

137. On constate depuis plusieurs années un effritement de la règle de l'intangibilité. Cette érosion est due à la mise à l'épreuve de la force obligatoire face au développement de l'unilatéralisme¹⁵⁵. À travers ce constat, il est intéressant de souligner le rôle indéniable des droits spéciaux qui sont à l'origine d'une prise de conscience de la nécessité de construire un contrat de droit commun plus juste et plus clair dans le temps.

138. Il s'agit de mettre en lumière une notion pluraliste du contrat, c'est-à-dire non seulement fondée sur le principe de l'intangibilité, mais également sur une possible modification en cours d'exécution en contrôlant l'abus. C'est ainsi que l'ancien article 1134 du Code civil influence le droit du travail au moyen de ses deux alinéas. Le premier, qui renvoie au strict principe d'intangibilité, et l'alinéa 3, relatif à la bonne foi, qui va permettre de corriger les excès du premier. L'évolution jurisprudentielle en cette matière, comme l'exprime le professeur Mazeaud, est prodigieuse¹⁵⁶. Par principe, le prix se devait d'être déterminé par les parties au moment de la formation du contrat. La détermination du prix y est *a priori* une condition de validité du contrat ce à quoi dérogent certaines dispositions légales et certaines décisions prétorienne.

139. Le contrat-cadre a pour objet une convention initiale, également nommée convention-cadre ou accord-cadre, qui prévoit la conclusion de contrats ultérieurs. Cette figure juridique malléable consiste à jeter les bases d'une coopération durable entre acteurs économiques ou du moins à les favoriser. Le contrat-cadre « encadre » les

¹⁵⁴ Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. Couturier, LGDJ, 1998.

¹⁵⁵ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, préf. S. CHASSAGNARD-PINET, éd. Mare & Martin, 2014.

¹⁵⁶ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Montchestien, 2000, n° 568.

conventions à intervenir de liens juridiques plus ou moins lâches selon qu'elle stipule ou non une obligation de contracter et une clause d'exclusivité ou encore, qu'elle détermine les conditions essentielles des contrats ultérieures.

140. On ne procédera pas ici à l'inventaire des différents contrats spéciaux employant la technique contractuelle du contrat-cadre, mais on proposera de comprendre l'impact de ces contrats sur la théorie générale et les questions que cette influence a posées sur le contrat en général. Les décisions du 1^{er} décembre 1995 relatives à la fixation unilatérale du prix dans les contrats-cadres de la distribution révèlent un tournant majeur dans le droit des obligations en tant que point de départ de la mise à l'épreuve de la formation à l'exécution du contrat **(A)** dans la mesure où est organisée une certaine incomplétude au temps de la formation du contrat **(B)**.

A) L'intégration du modèle du contrat-cadre : la formation à l'épreuve de l'exécution

141. Force est de constater que dans les relations d'affaires, la notion de contrat-cadre¹⁵⁷ a progressivement été dégagée par la doctrine au cours de la seconde moitié du vingtième siècle. Le professeur Catala, dans son avant-projet, suggérait d'ailleurs d'intégrer cette catégorie de contrats à la théorie générale, c'est chose faite avec la réforme de 2016¹⁵⁸. En effet, le contrat-cadre défiait le modèle du contrat instantané, la vente, en tentant d'adapter à son modèle des solutions compatibles avec l'intégration du temps dans le contrat. Pourtant, une partie de la doctrine considéra cette solution dangereuse, considérant que l'adaptation à outrance entamait le modèle sans toutefois jamais le remettre en cause. C'est avec un certain étonnement que nous constatons que cette inadaptation du modèle du contrat-cadre, qui heurtait de plein fouet le modèle du contrat instantané. Il a été pourtant intégré dans la théorie générale sans créer, à cette

¹⁵⁷ Sur le contrat-cadre, v. not. J. GATSI, *Le contrat-cadre*, LGDJ, 1996 ; F. POUILLAUD-DULIAN et A. RONZANO, « Le contrat- cadre, par-delà les paradoxes », *RTD com.* 1996, p. 179 ; C. LAVABRE, « Eléments de la problématique du contrat-cadre », *RJDA* 2002, p. 603 ; v. aussi A. SAYAG (dir.), *Le contrat- cadre*, CREDA, LITEC, 1995.

¹⁵⁸ Art. 1111 du Code civil : « La contrat-cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures ».

occasion, de modèle qui intégrerait le temps dans le contrat et sans comprendre l'enjeu du pouvoir unilatéral qui se développe de fait.

142. Les arrêts d'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1995 relatifs à la fixation unilatérale du prix sont à ce titre particulièrement révélateurs. En effet, même si ces décisions ont principalement pour objet de statuer sur la question de la validité des clauses prévoyant la fixation unilatérale du prix dans les contrats-cadres, elles constituent le socle sur lequel le développement de l'unilatéralisme d'origine légale prendra appui. En d'autres termes, la reconnaissance de l'unilatéralisme conventionnel est parfois le prélude à l'apparition d'un unilatéralisme d'un nouveau genre. Cette nouvelle forme d'unilatéralisme, dont la source est légale et jurisprudentielle, signe l'émancipation du pouvoir contractuel¹⁵⁹. Elle engendre des conséquences d'une nature différente de celles produites par l'unilatéralisme conventionnel quant au principe de la force obligatoire¹⁶⁰. En effet, il s'agit de consacrer par rapport à cet unilatéralisme un certain pouvoir à l'exécution du contrat qui est de nature à remettre en cause l'équilibre classique : « la détermination unilatérale du prix au temps de l'exécution est loin, dès lors de conférer à son titulaire quelque prérogative potestative. Elle pourrait même contribuer à assurer un meilleur équilibre que celui offert par la détermination prétendument bilatérale. Convenons qu'un tel résultat ne manquerait pas de sel¹⁶¹ » ?

143. Mais c'est toute la question que pose certains types de contrats qui s'exécutent dans un temps plus long. La Cour de cassation a ainsi fixé une règle supplétive de fixation unilatérale du prix au temps de l'exécution. Le contrat de distribution en tant que contrat spécial semble être à l'origine d'un bouleversement de la frontière classique entre la formation et l'exécution **(1)** ; il tend à une généralisation de cette pratique à des

¹⁵⁹ P. LOKIEC, thèse préc., p. 192 et s.

¹⁶⁰ P. LAMEY, thèse préc.

¹⁶¹ Th. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999 et sur la refondation de la théorie du contrat, voir la magistrale démonstration de Denis Mazeaud : « loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », *Mélanges en l'honneur de François Terré*, PUF, Dalloz, Editions techniques, 1999.

contrats de droit commun de durée dans son ensemble tout en assurant un contrôle de l'abus dans l'exécution qui ne s'avère pas être la solution miracle et crée même des effets pervers (2).

1) Le contrat de distribution à l'origine d'un bouleversement des frontières entre la formation et l'exécution du contrat

144. La possible reconnaissance d'un acte unilatéral remet en cause l'unité de la notion de contrat. En effet, dans le vocabulaire Capitant, la prérogative unilatérale se définit comme « la compétence ou droit reconnu ou attribué à une personne ou à un organe en raison de sa fonction et impliquant pour lui une certaine supériorité, puissance ou immunité¹⁶² ». Contrat et prérogative ne semblent pas être compatibles. La prérogative unilatérale dans le contrat a une connotation péjorative : « l'unilatéralisme, c'est-à-dire l'aptitude d'une personne à créer des effets de droit par l'expression de sa seule volonté a mauvaise presse. Le terme lui-même comporte une connotation légèrement péjorative¹⁶³ ». Ce constat se vérifie davantage encore lorsque cet unilatéralisme provient de la loi. Dans ce cas de figure, le contrat devient un instrument objectif non pas des intérêts des cocontractants, mais d'un intérêt général qui serait, dans le cadre des contrats de distribution, l'intérêt du marché. La décision de ne plus annuler les contrats de distribution a eu pour conséquence la perte de contre-pouvoir dans le contrat des distributeurs, qui se retrouvaient sans moyen de pression sur l'autre contractant. Le déplacement de la sanction de l'annulation à la possible résiliation en raison de l'abus éventuel a épuisé le contentieux, ce qui ne paraît pas forcément être un bon signe. En effet, l'extrême dépendance ne permet pas de rééquilibrer le contrat.

145. C'est par la combinaison des anciens articles 1108 et 1129 du Code civil que le juge a tenté de résoudre la problématique de l'indétermination du prix dans les contrats de longue durée. Le second texte n'évoque à aucun moment la question du prix, mais il fut employé par la jurisprudence pour annuler toutes sortes de contrats dans lesquels le prix n'était ni déterminé ni déterminable au moment de la formation. Il est

¹⁶² G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 2007, p. 709.

¹⁶³ L. AYNÈS, « Rapport introductif », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, (dir.) C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, p. 3.

certain aussi que l'ancien article 1108 ne semblait pas suffire pour prendre en compte la détermination du prix au temps de l'exécution. En effet, un auteur avisé¹⁶⁴ a souligné qu'*a priori* la détermination de l'objet de l'obligation ne semblait pas avoir sa place en droit français au temps de l'exécution. Un objet certain conditionne la formation et il paraît difficile de concevoir un engagement non déterminé. Cependant, ces articles, et en particulier l'ancien article 1129, ont été utilisés de nombreuses fois pour les contrats-cadres de distribution ce qui posait de nombreuses difficultés d'interprétation étant donné l'approche stricte de la théorie générale et sa réduction du contrat à l'instant. Cette approche suscite des difficultés dans la mesure où elle ne rend pas compte de la réalité contractuelle et ne clarifie pas l'impact de la durée. L'analyse est réductrice.

146. Le contrat-cadre se définit comme la convention par laquelle les parties fixent les principales règles de nature à gouverner les contrats d'exécution ou d'application qui sont des contrats ultérieurs. C'est lors de ces contrats d'application qu'elles exécuteront leur engagement. Le principe de la détermination unilatérale du prix au temps de l'exécution se dégage de l'ensemble des solutions énoncées par les arrêts rendus le 1^{er} décembre 1995¹⁶⁵. Cependant, la règle trouve sa contrepartie dans le contrôle du prix abusif au temps de l'exécution. Le principe de fixation unilatérale du prix dans le contrat au temps de l'exécution n'a pas été explicitement consacré par la Cour de cassation dans les décisions du 1^{er} décembre 1995, mais la question s'est largement posée au vu des décisions jurisprudentielles. En effet, un certain nombre d'arrêts consacrent la possible modification des contrats qui auraient perdu leur intérêt économique.

¹⁶⁴ Th. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999.

¹⁶⁵ L. AYNÈS, D. 1996 ; D. BUREAU et N. MOLFESSIS, *Dalloz Affaires* janv. 1996, p. 4 ; M.-A. FRISON ROCHE, « L'indétermination du prix », *RTD civ.* 1992, p. 288 ; « de l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix », *RJDA* 1996, p. 5.

2) Les conditions d'admission de la fixation unilatérale du prix pendant l'exécution du contrat

147. Pendant longtemps, il était acquis que l'exigence de détermination s'imposait au prix comme à toute chose faisant l'objet de l'obligation. C'est l'application de l'ancien article 1129 du Code civil qui incitait à cette détermination du prix dès la formation du contrat. Ainsi, avant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995, on appliquait aux contrats-cadres de distribution l'exigence de détermination du prix *ab initio*, en référence à des données strictement objectives et cela, alors même que ces actes conçus pour des relations de longue durée se prêtaient mal à cette exigence. La jurisprudence s'appuyait sur l'article 1591 du Code civil relatif à la vente. Ce fondement semblait pourtant inadéquat à ce type de contrats qui n'entretenaient que peu de liens avec la vente. Cette dernière suppose la transmission d'un objet individualisable ou quantifiable alors que le contrat-cadre¹⁶⁶ organise un courant de contrats se développant dans la durée. L'ancien article 1129 du Code civil avait pour inconvénient de forcer les juges à prononcer la nullité du contrat quand les parties faisaient référence au tarif du vendeur lors de la livraison. En imposant ce critère de détermination à des contrats-cadres, le système avantageait la partie de mauvaise foi qui pouvait demander la nullité pour échapper à ses obligations contractuelles alors même que le contrat d'approvisionnement fonctionnait.

148. En 1994, avec la décision annonciatrice de l'arrêt Alcatel, la 1^{re} Chambre civile a opéré un revirement en considérant que : « lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci l'abus dans la fixation du prix donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ».

¹⁶⁶ Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, p. 227 : « Ces solutions étaient incertaines à propos de ces situations contractuelles relevant du droit de la distribution comme des contrats de fournitures ou de franchisage. Ces contrats se caractérisent par la conclusion de contrats cadre qui organisent les relations à venir des parties et prévoit aussi la fourniture périodique de produits au distributeur sans que le prix ne soit précisé, ce contrat cadre étant suivi d'actes d'exécution correspondant à la livraison et à la facturation de produits destinés à être distribués ».

L'interprétation traditionnelle de l'ancien article 1129 du Code civil était abandonnée. Cet arrêt reconnaissait la détermination unilatérale en matière de prix.

149. Le 1^{er} décembre 1995¹⁶⁷ l'Assemblée plénière a décidé de que « lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas dans la convention initiale, sauf dispositions légales particulières la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ». Ainsi, l'ancien article 1129 était écarté et le contrôle judiciaire du contrat changeait d'objet. Il n'était plus question d'annuler l'accord pour la seule raison qu'une partie bénéficiait de la faculté unilatérale de déterminer le prix ultérieurement.

150. La détermination de l'objet du contrat, le prix, se fait désormais en cours d'exécution et sa détermination unilatérale est tolérée. La portée véritable de cette jurisprudence réside dans le fait qu'elle consacre le pouvoir unilatéral d'un des contractants en permettant une détermination unilatérale au temps de l'exécution¹⁶⁸. Le choix entre les deux articles précédemment visés n'est donc pas neutre ; il introduit des analyses différentes dans les deux cas. En effet, comme le souligne un auteur « à la différence de l'article 1591 qui requiert que le prix de la vente soit déterminé et désigné par les parties, l'article 1129 du Code civil n'impose pas expressément que la quotité soit fixée par les deux contractants. Sous cet angle, la clause de fixation unilatérale au temps de l'exécution est donc parfaitement admissible : ne rend-elle pas la quotité déterminable¹⁶⁹ ».

151. Dans ce cas, c'est une certaine conception du rôle du juge qui explique cette possible déterminabilité unilatérale du prix, sans que l'autre contractant se trouve à la merci du décisionnaire. Cette jurisprudence consacre une certaine autonomie de l'exécution en

¹⁶⁷ Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, *GAJC*, 11^{ème} éd., n° 151-154, *LPA*, 27 déc. 1995, p. 17, note BUREAU et N. MOLFESSIS ; *D.* 1996, p. 10, note L. AYNÈS ; compl. N. MOLFESSIS, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *LPA*, 5 mai 2000, p. 46 ; D. FERRIER, « Les apports au droit commun des obligations », in *La détermination du prix nouveaux enjeux*, Dalloz, 1997, p.55.

¹⁶⁸ Th. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999.

tendant d'utiliser un contre-pouvoir à cette détermination unilatérale par une reconnaissance de l'abus. Ce pouvoir unilatéral doit être encadré pour éviter le danger de l'abus et de l'arbitraire. Deux solutions sont envisageables, soit ce pouvoir peut être soumis à un contrôle judiciaire autorisant une certaine immixtion du juge dans le contrat, soit il serait une vraie adhésion objective de la volonté des parties, tenant compte de nouvelles circonstances. *A priori*, entre un régime fondé sur l'accord et un autre sur une décision unilatérale, le premier semble plus protecteur pour la partie faible. La solution antérieure aux arrêts de 1995, qui annulait le contrat en cas d'indétermination, visait, d'après l'avocat général Jéol, à « protéger le faible contre le fort ». Dans cette décision au contraire, la protection est indirecte et consacre un pouvoir de fixer unilatéralement le prix. La solution consacrée par la jurisprudence offre un juste milieu entre la nullité pour indétermination du prix, censée satisfaire le faible, et la libre fixation du prix, censée satisfaire le fort. Mais ce juste milieu impose un contrôle de la décision lors de l'exécution.

152. C'est dans cette perspective qu'une décision que la Cour de cassation relève, dans un arrêt du 2 juillet 2002, que le refus d'agrément par le concédant « devait être justifié par des impératifs tenant à la sauvegarde de ses intérêts commerciaux et que pour éviter tout arbitraire, il lui appartenait de la motiver¹⁷⁰ ». Dans cette décision, l'accent est mis sur la justification objective du refus et non sur le comportement du concédant. Pour la Haute juridiction, le régime juridique du contrôle de ce pouvoir unilatéral est soumis à une motivation et non plus classiquement au contrôle de son comportement. Cependant, dans cette affaire les parties contractantes avaient prévu l'obligation dans le contrat de procéder à l'examen équitable du changement proposé et de communiquer rapidement la décision au concessionnaire. À la différence du contrat de travail et de modifications statutaires, certaines modifications dans le cadre du réseau de distribution ne remettent pas en cause les attentes des parties et peuvent donc être considérées comme unilatérales. En tant que décisions unilatérales elles se doivent de répondre au standard de « l'intérêt » du réseau¹⁷¹. Il serait intéressant de rapprocher ces

¹⁷⁰

¹⁷¹ P. LOKIEC, thèse préc.

types de contrats des contrats de coopération horizontale en droit public¹⁷² qui sont des contrats de coopération mus par un intérêt commun exonérant les parties du jeu de la concurrence normal puisqu'il propose des solutions prises dans l'intérêt général. Cet intérêt général permet de dépasser les solutions habituelles et remet donc en cause le contrat classique composé d'intérêts divergents. Ici, les intérêts convergents permettent de dépasser les exigences traditionnelles. Ainsi, des décisions unilatérales sont nécessairement compatibles dans la mesure où elles sont transcendées par un intérêt supérieur qui va justifier le déséquilibre. C'est dans cette perspective que se dessine un changement de finalités, ce n'est pas tant le contrat en lui-même qui change, mais la manière d'appréhender ces changements.

¹⁷² Directive de 2014 sur les contrats de coopération horizontale en droit public : en ce sens qu'un intérêt supérieur justifie un certain déséquilibre et aménagement du contrat au nom de l'intérêt commun.

B) Les nouveaux modèles d'intégration du temps dans une logique de finalité du contrat

153. La qualification du contrat d'entreprise réside dans la distinction qui existe entre un contrat de vente et un contrat d'entreprise. « Le contrat d'entreprise organise lui-même la naissance de son objet. En effet, contrairement à la chose, objet de la vente, l'ouvrage objet du contrat d'entreprise, ne bénéficie pas des faveurs de l'article 1130 du code civil. Son inexistence anticipée interdit en conséquence aux obligations s'y rapportant d'exister tant que l'ouvrage n'est pas réellement créé. Leur naissance dépend donc de l'exécution du contrat, ou du moins de certaines obligations s'y rapportant d'exister¹⁷³ ». Le contrat d'entreprise est une institution originale : il peut être considéré comme imparfait au moment de sa formation et sa perfection est subordonnée à son exécution. C'est en partant du modèle du contrat d'entreprise tel que décrit que nous avons eu l'intuition de pouvoir élargir le spectre d'une certaine incomplétude dans un contrat s'élançant dans la durée.

154. Le contrat d'entreprise peut être considéré comme un contrat de durée : il en épouse les caractéristiques. En effet, en recherchant la détermination exacte de ses données, le contrat de vente s'inscrit dans une dimension statique et intangible alors que dans le cadre du contrat d'entreprise, la perfectibilité du contrat en cours d'exécution épouse la démarche nécessaire au contrat de durée. Il n'est pas rare dans les contrats de durée de ne pas connaître la détermination exacte à l'avance. La méthode de l'expertise retenue par le régime du contrat d'entreprise, qui se complète au fur et à mesure de l'exécution, rejoint ce que l'on observe dans les qui s'exécutent dans le temps. Les contractants avancent de concert vers un objectif qu'ils se sont fixé et dont ils doivent, l'un et l'autre, favoriser autant que possible la poursuite. Dans ce cadre-là que l'objectif semble atteint. La reconnaissance du contrat au fur et à mesure se poursuit dans le temps et cette incertitude sur le temps qui justifie trouve sa contrepartie dans la bonne foi. La métaphore de Demogue, si souvent citée, sur le contrat procède d'un certain réalisme : « c'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun¹⁷⁴ ». Nous rejoignons l'idée phare de

¹⁷³ P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, préf. B. TEYSSIE.

¹⁷⁴ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 4, 1931, éd. A. ROUSSEAU, p. 9.

Demogue, à savoir que « les obligations s'exécutent conformément à l'intention des parties et au but en vue duquel elles ont été formées, ainsi qu'aux règles qu'implique une conduite honnête et loyale ». C'est dans le cadre de cette incomplétude du départ que le créancier de l'obligation doit coopérer. En effet, « dans les contrats incomplets il nous paraît raisonnable de penser que le créancier quant à la prestation qu'il doit recevoir n'est pas seulement créancier, il peut avoir un devoir de coopération¹⁷⁵ ». Se dessinent alors les contours d'un contrat qui se perfectionne au fur et à mesure du temps qui passe. On retrouve cette tentative d'apparier sécurité et prise en considération du temps dans les contrats d'entreprise **(1)** et les contrats de réseau **(2)**.

1) Dans les contrats d'entreprise

155. L'origine de la réflexion sur une indétermination du prix dans la formation réside dans la notion d'obligation de faire qui porte sur une activité humaine et sur mesure et qui rend donc plus difficile une détermination à l'avance du prix¹⁷⁶. En effet, le contrat d'entreprise n'offre pas les moyens de connaître le prix à l'avance. Le contrat d'entreprise s'inscrit davantage dans une fixation ultérieure du prix, une fois l'ouvrage achevé. Ainsi, « l'indétermination du prix de l'ouvrage semble entraîner naturellement dans son sillage l'indétermination du prix correspondant, et reporte dans le temps le moment de sa fixation ». Cette « *incomplétude* » du contrat qui va justifier sa possible *renégociation* au cours de l'exécution dans le contrat d'entreprise¹⁷⁷.

156. Ces problématiques jouent dans les petits contrats artisanaux, et particulièrement *dans* les contrats d'entreprise qui orientent désormais la réflexion sur la réalité d'un contrat qui s'inscrit dans le temps, en tolérant une certaine incomplétude. Force est de constater que ce modèle, en ne remettant pas en cause la sécurité et l'intangibilité du contrat, est de nature à proposer une alternative à la solution classique d'un contrat complet.

¹⁷⁵ *Ibid*

¹⁷⁶ Ph. MALAURIE, note sous com.2 juillet 1991, *D.* 1991, p.502

¹⁷⁷ P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, préf. B. TEYSSIE.

157. C'est en effet un fondement de nature économique qui justifie ce pragmatisme, en acceptant une certaine *ignorance rationnelle*¹⁷⁸ dès le départ. Cette *ignorance* rationnelle passe par la volonté des parties contractantes de renoncer à l'anticipation qui avait pour fondement un certain volontarisme subjectif doublé d'un instantanéisme contractuel. En effet, dans certains « petits contrats », une évaluation préalable du prix de l'ouvrage c'est-à-dire leur détermination ne permet pas d'avoir une information tout à fait objective et proportionnée. En effet, issues de la théorie économique¹⁷⁹, ces projections des « *coûts de transaction* » seraient sans doute disproportionnées et contribueraient à donner un prix erroné et disproportionné. Ainsi, cette incomplétude de départ pourrait être étendue à de nombreux contrats qui s'exécutent dans le temps, notamment dans les contrats de distribution. Cette prise de conscience pour les contrats d'entreprise aurait dû être développée sans encombre auprès des contrats de distribution, d'autant plus qu'une clause de détermination du prix aurait pu être utilisée, suggérée notamment par Pothier¹⁸⁰.

2) Dans les contrats de réseaux : l'identification d'un lien au-delà du contrat de l'instant

158. À travers la relation long terme, c'est la notion de prévisibilité qui devient omniprésente, mais une prévisibilité au-delà de l'instant. En effet, dans le cadre de contrats de longue durée dans un réseau, c'est le déplacement vers l'exécution qui s'opère en raison des investissements dont la rentabilisation excède le terme contractuel. Le cocontractant qui s'inscrit dans la durée a fait des investissements dont la rentabilisation excède le terme contractuel. À travers ce changement de perspective,

178 V.-P. GARELLO, « Présentation d'un débat fondamental en science économique et de ses implications pour les rapports entre Droit et Économie : Théories de l'équilibre ou théories de l'ordre », *RRJ* 1995/2, p. 419 et s., spéc. p. 422.

179 V. not. P. GARELLO, « Les économistes et le contrat », *Mélanges Ch. Mouly*, t. 1, Litec, 1998, p. 37 et s., spéc. p. 43.

180 R.-J. POTHIER, in *Œuvres de Pothier*, Nouvelle édition, t. 4, *Traité du contrat de louage d'ouvrage*, Paris 1818, n° 397, p. 207.

c'est l'attente légitime qui est principalement visée, c'est-à-dire ce que l'on peut attendre réellement de la réalité du contrat en cours d'exécution.

159. En effet, le contrat dans sa définition économique est poreux par rapport à son contexte. Le contrat organisation organise lui-même la naissance de son objet. Comme le contrat organisation, le contrat de durée se distingue du contrat classique en organisant lui-même son objet au fur et à mesure que le contexte change. Ainsi, la naissance du véritable objet, comme c'est le cas dans les contrats d'entreprise, dépend de l'exécution du contrat ou du moins de certaines obligations nées de celui-ci. Le contrat organisation ou contrat d'entreprise ont les mêmes caractéristiques dans la mesure où ils organisent tous les deux la création de leurs éléments constitutifs. De ce point de vue, le contrat organisation et le contrat d'entreprise sont considérés comme imparfaits au moment de la formation, voire incomplets : leur perfection et leur finalité étant adossées à leur exécution.

160. C'est dans cette perspective qu'en ne spécifiant pas tous les contours du contrat dans la durée, les parties ont accepté de courir un certain risque au moment de son exécution. Dans le contrat d'entreprise, si l'objet livré ne correspond pas à celui attendu, l'acquéreur déçu ne peut pas se prévaloir d'une indétermination objective pour demander au juge l'annulation du contrat. Le contrat, dans ce cas, est considéré comme valablement formé. C'est la réalité même du contrat qui se transforme. Le maître de l'ouvrage s'engage dans un processus dont il ne connaît pas l'issue.

161. « C'est cette incertitude qui justifie le devoir marqué de coopération dans le contrat d'entreprise, tant du côté de l'entreprise, que celui du maître d'ouvrage. Les contractants avancent de concert vers un objectif qu'ils se sont fixé, dont ils doivent l'un et l'autre favoriser autant que possible la poursuite. L'incertitude due à l'ignorance initiale trouve ici sa contrepartie dans l'exigence de bonne foi. Le glissement est naturel. En disposant dès l'origine des informations complètes permettant d'organiser de façon optimale leurs relations contractuelles, les parties peuvent se contenter d'exécuter les seules obligations convenues. Le devoir moral de bonne foi consiste à respecter scrupuleusement ses engagements, ce qui était la conception des rédacteurs du Code

civil dans toutes ces dispositions¹⁸¹ ». L'auteur poursuit sa démonstration en considérant que c'est cette incertitude de départ qui justifie dans une certaine mesure le recours à la bonne foi afin de réajuster l'équilibre contractuel. Le contrat d'entreprise est donc un contrat incomplet dès sa formation et qui nécessite ainsi des ajustements en cours d'exécution. Ces ajustements sont considérés comme de la coopération du côté des deux parties.

181 P. PUIG, thèse préc..

CONCLUSION DE SECTION 2

162. Les remèdes classiques comme les clauses contractuelles, tout comme les différents assouplissements jurisprudentiels, ainsi que l'intégration de nouveaux modèles spécifiques des contrats spéciaux, qui ont d'ailleurs pour caractéristique d'être des contrats de durée, ont tenté de donner une alternative au modèle du contrat complet. Sauf que ces modèles n'ont pas vraiment été pris en compte dans la réforme. La volonté du législateur de les écarter a été criante. Le modèle du contrat incomplet à la formation permettait pourtant de réduire la confrontation entre certains contrats.

CONCLUSION DE CHAPITRE I

163. Il est constaté un enfermement persistant de l'exécution de la parole donnée dans l'instant et cet enfermement rend difficile toute adaptation réelle du contrat aux changements. En effet, les clauses contractuelles sont prévues au départ et même si elles font partie d'un mécanisme d'anticipation et de prévision, elles restent statiques dans la mesure où elles restent la cristallisation de la formation de départ. La prévision de clauses contractuelles est une solution indispensable pour les contrats qui s'élancent dans la durée. Cependant, ces clauses restent un mécanisme conventionnel et de prévision. Or, lorsque l'imprévu surprend le contrat, les prévisions des parties, même insérées dans des clauses, peuvent être déjouées. Le but du contrat est d'appréhender l'avenir, mais la complétude espérée fournie par ces clauses et en particulier par les clauses dites d'adaptation s'avère insuffisante, car on ne peut tout prévoir.

164. En somme, la clause est le prolongement de la prévision et est une sorte d'accompagnement en cas de *coup dur*. Seulement cette prévision organisée du coup dur ne résout pas le problème, mais propose de renégocier le contrat à la lumière des nouvelles données. En insérant cette clause d'adaptation, les parties contractantes se prémunissent contre l'incertain. Cependant, lorsque l'incertain arrive la plus grande incertitude sera la volonté des parties de remettre en cause un certain équilibre contractuel afin de maintenir le contrat dans un nouveau contexte contractuel.

165. Au sortir de la distinction entre la formation et l'exécution, cette distinction prend corps en cas de changement des données contractuelles dans la mesure où, en cours d'exécution, le contrat avec l'accord des parties a la possibilité de s'émanciper du socle initial pour continuer à survivre. Cependant, ce mécanisme d'anticipation conforme à la volonté des parties semble être bien limité et même stérile, car il s'inscrit dans une totale dépendance avec la volonté de départ des parties et non dans une volonté des parties qui pourrait être évolutive en fonction des circonstances. En effet, il requiert une renégociation des données contractuelles dans un contexte parfois houleux. Et cette renégociation est sans garantie de succès. C'est la raison pour laquelle nous le considérons comme un mécanisme stérile et qui reste *a fortiori* dans le modèle du contrat complet.

166. En s'interrogeant sur le système en tant que tel, les diverses tentatives n'ont eu de cesse de répondre à la volonté de persistance du modèle de contrat complet, seul modèle susceptible d'être un contrat au sens d'acte de prévision selon la doctrine et la jurisprudence. Une remise en cause serait susceptible d'atteindre la substance même du contrat dans son principe d'intangibilité. Mais cette résistance à réconcilier temps et contrat s'est traduit par l'éclatement non seulement des concepts, mais aussi certainement de la figure contractuelle elle-même qui a tenté désespérément de rentrer dans le costume du contrat complet au moyen de contorsions diverses et variées.

CHAPITRE II : LES MOTIFS DE L'ENFERMEMENT DE L'EXÉCUTION DANS L'INSTANT DE LA FORMATION

167. En ignorant la durée, le contrat a été principalement pensé en référence à la vente au comptant : « Celle-ci s'est même imposée comme le paradigme du contrat¹⁸² ». « Sur le fondement des présupposés "classiques", la conception du contrat est celle d'un lien issu de la rencontre de volontés, de personnes en situation d'égalité ; qui ont librement et rationnellement consenti à s'obliger l'un envers l'autre ; afin de faire naître des effets de droit devant concrétiser un échange économique servant leurs intérêts réciproques¹⁸³ ». En tant qu'acte de prévision, le contrat est « l'entreprise la plus hardie qui puisse se concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision¹⁸⁴ ». Cette analyse instantanéiste et prévisionniste du contrat a directement influencé les thèses classiques en imposant le dogme de l'intangibilité du contrat qui sévit encore aujourd'hui. La prévision est la visée première de tout acte contractuel. Et cette conception en soi est cohérente et assure, bien entendu, le respect de la parole donnée. Autrement dit, le contrat est un outil permettant aux parties de s'appropriier le futur. Cette prévision connaît deux niveaux, d'une part, elle se conçoit comme l'expression d'un contrat complet avec une forte « présentation¹⁸⁵ » et, d'autre part, cette prévision est complétée à l'aide de clauses contractuelles dont l'objectif est de prévenir tous les événements inattendus qui pourraient porter atteinte à la volonté des parties et la remettre en cause. Cette configuration prévisionniste du contrat est donc complète que ce soit par le contrat lui-même ou par les clauses contractuelles. Le contrat est un devenir juridique prévu au moment de la formation ; il est enfermé et cristallisé dans la formation.

182 J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, éd. Thémis, 2011, p. 423.

183 *Ibid.*, p. 417.

184 M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 1^{re} éd., p. 206.

185 Le mot « présentation » exprime ici le fait de rendre présent le futur en l'occurrence le futur contractuel.

168. Expression par excellence de la sécurité juridique, le contrat comme acte de prévision est l'un des fondements de la théorie générale du contrat. En effet, on conclut un contrat pour qu'il soit réalisé tel qu'on l'avait initialement prévu. Le contrat est frappé de la force obligatoire née de cette prévision initiale des parties et qui doit demeurer intangible. Dans cette logique, le contrat est d'abord conçu comme un acte de prévision¹⁸⁶. L'introduction de certaines clauses d'adaptation prenant en compte l'hypothèse d'événements à venir doit permettre d'introduire dans le contrat l'ensemble des faits susceptibles d'en bouleverser l'équilibre. C'est encore de la prévision. Par ailleurs, on assiste depuis quelques années au dévoiement des concepts classiques du droit des contrats afin de rendre plus flexible le modèle contractuel, mais cette ouverture a tendance à saper les fondements mêmes de l'édifice et fragilise la sécurité juridique en rendant les concepts plus perméables au subjectivisme. Il est donc temps de souligner les artifices de ce modèle à structure fermée.

169. Dans la théorie classique, le contrat est axé principalement sur la loi des parties. Il est structuré autour du principe d'autonomie de la volonté et de la croyance en la persistance du présent contractuel, c'est-à-dire de la réalité de la présentation¹⁸⁷. Cependant, ce modèle de contrat complet feint d'ignorer qu'il s'inscrit parfois dans la durée en rejetant tout imprévu. En somme, tout l'avenir du contrat est figé au moment de la formation et tout événement inattendu de nature à le déséquilibrer sera nié. Le juge¹⁸⁸ ne pourra remettre en cause les clauses contractuelles initialement stipulées. Cette affirmation perdure depuis l'arrêt de principe du fameux arrêt Canal de Craponne de 1876¹⁸⁹. Lorsque l'économie du contrat est bouleversée, le juge ne peut en aucun cas modifier ou rééquilibrer le contrat, telle est la règle en droit civil. Cependant, la réforme et de l'ordonnance du 11 février 2016 qui consacre

186 H. LECUYER, « Le contrat acte de prévision », *Mélanges Fr. TERRE*, 1995.

187 La présentation est le fait de rendre présent l'avenir.

188 Le principe de la force obligatoire s'impose au juge, est ce que le juge peut modifier un contrat lorsqu'un changement de circonstances économiques bouleversent l'équilibre des prestations voulu par les parties ?

189 Affaire Canal de Craponne, Civ., 6 mars 1876.1.193, note Giboulot ; *GAJC*, t. 2, n° 165.

l'imprévision¹⁹⁰ a certaines conditions paraît aller dans ce sens. La réforme confirme alors notre intuition de départ et rompt avec le silence du Code depuis 1804 sur l'incidence du changement de circonstances imprévisibles et plus encore avec la solution prétorienne qui refusait, à défaut de clause la prévoyant, la modification du contrat sous la pression du changement de circonstances. Mais avant de prendre en compte les apports de la réforme, nous nous consacrerons à démontrer les différentes étapes ainsi que les problèmes posés par une exécution conçue comme le reflet de la formation et renvoyant à l'omnipotence de la volonté des parties exprimée lors de la formation du contrat. Or, un tel volontarisme contractuel relève du mythe et prolonge le principe d'intangibilité du contrat et son enfermement dans la formation (**Section 1**). Mais cette persistance de l'enfermement de la formation dans la logique de la prévision persiste dans la réforme de 2016 (**Section 2**).

¹⁹⁰ Article 1195 du Code civil : « si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

SECTION I : LA PRÉÉMINENCE DE LA FORMATION SUR L'EXÉCUTION

170. S'interroger sur les fondements de l'enfermement de l'exécution dans la parole donnée consiste à interroger le contrat classique sur son inclination pour le rôle prépondérant qu'il attribue à la formation. En effet, cette propension qu'a la théorie classique à nier tout phénomène de pénétration du temps de l'exécution interroge. Pour parfaire cette démarche, il convient de comprendre en quoi cette conception instantanéiste réduit l'attractivité du droit français et commande de maintenir le contrat dans cette fiction, hors du temps. Cette appréhension traditionnelle du contrat distingue ainsi le devenir réel du devenir juridique.

171. Malgré la prééminence de la formation sur l'exécution, et surtout d'une exécution à l'image constante de la formation, les juristes sont tiraillés par deux visions du contrat qui s'opposent *a priori* : une conception de pur volontarisme contractuel attachée à cette notion d'autonomie de la volonté et une conception plus objective qui aurait tendance à remettre en cause une vision réductrice de la réalité du contrat en s'attachant davantage à la finalité poursuivie. C'est à travers ces deux visions que se joue la manière d'aborder le contrat, et plus particulièrement le contrat dans le temps. Pourtant, seul le modèle instantané semble émerger et a réduit considérablement la compréhension et le champ d'application du contrat en tant que tel.

172. La vision volontariste a été remise en cause dès la fin du XIX^e siècle. La thèse d'Emmanuel Gounot¹⁹¹ critique vivement le seul individualisme contractuel. Certains auteurs avaient tenté déjà de démontrer les insuffisances d'un dogme absolu en relevant la part évidente de l'ordre public, de l'intérêt supérieur et du principe de l'équilibre des intérêts privés dans le contrat. Mais c'était sans compter avec la réalité du temps qui modifie considérablement l'approche du contrat dans sa pleine réalité. En

¹⁹¹ E. GOUNOT, *Le principe d'autonomie de la volonté, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912.

effet, le principe d'autonomie de la volonté véhicule l'idée d'un contrat sorti d'une pure abstraction qui enfermerait l'acte dans le présent contractuel et qui serait source d'un enfermement et d'une intangibilité absolue susceptible de répondre au mieux aux impératifs de sécurité juridique. Ce modèle de contrat complet, relayé par l'ancien article 1134 du Code civil, affirme que le contrat est issu exclusivement de la volonté des parties et est imperméable au temps.

173. Cette apparence est bien entendu trompeuse et il serait par ailleurs simpliste de voir dans cet article le fondement de l'enfermement du contrat. Cependant, il est certain que la référence à l'autonomie de la volonté¹⁹² a forgé le droit des contrats¹⁹³. L'engagement par sa seule volonté est considéré comme quelque chose d'évident. Or, il n'en a pas toujours été de la sorte et l'expression même d'autonomie de la volonté ne se serait vraiment imposée qu'au cours du XIX^e siècle grâce aux écrits de Kant¹⁹⁴, lus par Portalis. C'est surtout sous l'influence du droit international privé que l'idée d'une volonté créatrice d'obligations, perçue comme un pouvoir délégué aux parties par le législateur, s'est imposée¹⁹⁵.

174. L'enfermement du contrat est fondé sur la logique de la prééminence de la formation sur l'exécution, logique fondée sur le principe d'intangibilité. Le déclin du mythe de l'autonomie de la volonté est dû à la pénétration du temps de l'exécution du contrat. Cela fissure le modèle du contrat échange, plus exactement du modèle du contrat complet. En effet, les causes de ces changements de paradigme tiennent à la fois au temps et au contrat. Est-ce vraiment cette raison qui est invoquée par la doctrine ? La manière dont le contrat appréhende le temps est finalement très révélatrice de la conception même du contrat. On assiste à la multiplication des qualifications doctrinales intégrant plus ou moins l'élément temps, telles que la définition des contrats-échanges, des contrats-organisation et des contrats coopération. C'est dans ce contexte que le volontarisme contractuel né du principe de l'autonomie de la

¹⁹² Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, LGDJ, 1996, rééd., p. 148.

¹⁹³ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, th. Paris, 1912 ; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980, n° 12.

¹⁹⁴ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, 1785 ; *Critique de la Raison pratique*, cité in J. ROCHFELD, *op. cit.*

¹⁹⁵ J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 463.

volonté est un mythe puissant qui imprègne encore aujourd'hui le modèle contractuel bien que son déclin soit avéré. Cette référence à l'autonomie de la volonté a orienté l'analyse du contrat en enfermant le contrat dans une volonté initiale et intangible (**Paragraphe 1**). Mais ce déclin de l'autonomie de la volonté s'inscrit non seulement dans cette pénétration du temps dans l'exécution du contrat, mais également dans un nouveau réalisme contractuel qui semble objectiver le contrat et qui remet en cause cette conception du contrat atemporel (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La croyance discutable en un contrat hors du temps

175. Alors que l'instantanéité en droit des contrats paraît être une fiction commode (**A**) dès lors que le passage du temps est inhérent à la vie du contrat, la reconnaissance de l'impact de la durée semble se justifier dans une réalité plus duale qu'il n'y paraît (**B**).

A) La fiction de l'instantanéité

176. Il est utile de souligner que même la vente, qui est l'archétype du contrat instantané, n'est pas indifférente au temps. En effet, même si la vente au comptant se fait instantanément, la garantie qui lui est attachée court sur toute la durée de son exécution. La durée entre de la sorte dans le processus de la vente. Plus largement, même si le contrat de vente à exécution instantanée appartient à la typologie des contrats instantanés, le temps peut remettre en cause une certaine prévision initiale. Ainsi, la définition même du contrat par une logique unique de prévision semble peu adaptée à la fois à des situations simples et à des situations plus complexes de contrats en cours d'exécution. La grille de lecture de l'instantanéité apparaît plus que limitée.

177. La forte présentation de la logique de prévision dans le contrat renvoie à une opération qui consiste à rendre le futur présent. Les contrats, qu'ils soient de courte ou de longue durée, seraient capables d'enfermer dans leurs stipulations tout l'avenir de la relation contractuelle¹⁹⁶. Le futur est enfermé dans le présent. Cette analyse est celle de la théorie classique qui souligne l'importance de la formation par rapport à l'exécution.

¹⁹⁶ J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004.

Il y a donc, dans ce cas, une réelle fusion entre la formation et l'exécution, la seconde étant sous la dépendance de la seconde. Cependant, cette conception fonctionne tant que le contrat rentre dans la prévision précise de la formation, mais elle se fissure au moindre aléa. Le contrat est pourtant une tentative d'emprise sur le futur et devrait, à ce titre, révéler ses capacités à s'adapter à la contingence temporelle.

178. Dans la théorie classique, on distingue les contrats à exécution instantanée des contrats à exécution successive. Mais indépendamment de cette typologie classique, le contrat semble être en tant qu'acte de prévision sous la dépendance exclusive de la formation dans tous les types de contrats. C'est le sens de l'expression contrat « acte de prévision ». Dans les premiers, les deux étapes sont simultanées, alors que dans les seconds, l'étape *d'exécution* suit la formation dans le temps. Ce qui caractérise le contrat à exécution instantanée est qu'aucune distinction entre la formation et l'exécution n'est visible lorsque les principales obligations sont exécutées. Tout se fait en un seul trait de temps¹⁹⁷.

179. Dépassons ces observations pour apprécier le caractère limité de cette analyse. Elle ne rend pas compte des contraintes du contrat liées au temps. Elle tente même d'enfermer le contrat dans une certaine autarcie et de l'expliquer à l'aide d'une conception chronologique simpliste. Or, il est des éléments du contrat qui ne peuvent être déterminés ou fixés lors de sa *conclusion*. Par exemple, dans un contrat d'entreprise il arrive que la prestation ne soit pas déterminée initialement, ce qui n'empêche ni sa conclusion ni sa bonne exécution. Ce contrat d'entreprise a donc une certaine emprise sur le temps et le droit l'autorise à s'adapter aux circonstances lorsque celles-ci viennent à changer.

180. Si la distinction établie entre la formation et l'exécution en tant que *summa divisio* apparaît d'un certain côté simpliste et si l'on constate par ailleurs que de nombreux contrats échappent à son analyse, on peut se demander jusqu'à quel point la théorie générale peut continuer à prétendre à l'universalité de son modèle. Son mode de fonctionnement limite considérablement la réelle portée du modèle contractuel qui a vocation à dépasser les limites d'une fiction afin de retrouver toute sa plénitude spatiale

¹⁹⁷ B. STARCK, H. ROLAND, et R. BOYER, *Obligations, Contrat*, 6^e éd., Litec, t. 2.

et temporelle. En niant cet état de fait, le risque est de voir le droit contemporain assisté au débordement de la théorie générale et « si nous n’y prenons pas garde cette théorie générale risque de tourner à vide tandis que de leur côté les contrats spéciaux relèveraient, chacun pour ce qui les concerne, d’une sorte de technologie primaire¹⁹⁸ ». À partir du moment où la théorie générale du contrat rend plus compte de la réalité des problèmes qui lui sont posés, l’on risque de s’en passer et de ne plus recourir qu’à des contrats spéciaux. Il convient de trouver un juste milieu entre les apports des droits spéciaux et la compatibilité du contrat avec la théorie générale. C’est dans ce sens que l’ordonnance du 11 février 2016 a, par exemple, intégré une distinction qui ne figurait pas dans les textes originaires du Code civil et qui a été forgée par la doctrine pour protéger un contractant contre un partenaire plus puissant économiquement. Cette ordonnance consacre ainsi la distinction entre les contrats de gré à gré et les contrats d’adhésion et contribue à clarifier le propos sur cette montée en puissance d’un certain unilatéralisme tout en permettant une mise en place d’un contrôle efficace du contrat de ce type afin que la partie la plus forte ne fasse pas sa loi. Cette nouvelle distinction permet d’intégrer dans le droit commun une réalité différente selon que le contrat est négocié ou non afin de ne pas heurter de front les principes du droit des contrats en créant une nouvelle catégorie de contrats qui y dérogent.

B) La réalité de la durée

181. La formation précède en toute logique l’exécution. Elle peut être considérée comme le moteur du contrat. L’exécution devient alors le reflet de ce qui a été décidé au moment de la formation. Bien qu’indissociables, les deux notions ont donc des fonctions distinctes.

182. Le principe est simple, l’exécution est sous la dépendance hiérarchique de la formation et cette dépendance qui impose la prévision. Ce qui a été prévu s’exécute comme tel. L’étude du droit positif malmène toutefois cette affirmation dans la mesure où, nous le verrons, les choses ne sont pas figées et que le droit des contrats permet dans une certaine mesure au contrat d’être modifié au stade de son exécution. Cette modification heurte de plein fouet la logique de la prévision. C’est pourquoi, en

198

recensant l'ensemble des modifications du contrat, nous nous sommes aperçus que deux logiques s'affrontaient dans le contrat : la prévision **(1)** et l'adaptation **(2)**, la seconde permettant de consacrer une certaine autonomie de l'exécution tout en assurant la survie du contrat.

1) La logique de la prévision

183. Prévoir c'est « voir avant » alors que modifier suppose d'adapter, c'est-à-dire de « voir après ». Il s'agit donc de recenser et distinguer les éléments relevant de la logique de prévision, de ceux appartenant à celle de l'imprévision. Après que le contrat a été conclu, comment s'opère l'exécution en pratique ? Connaît-elle un développement propre ou demeure-t-elle au contraire sous la coupe de la formation, cela au nom de la force obligatoire du contrat ?

184. Cette croyance d'une prévision absolue est discutable. Le professeur Aubert affirme que « la force obligatoire du contrat ne se limite pas à cet effet ponctuel créateur d'obligations : le contrat engage de façon globale celui qui le souscrit¹⁹⁹ ». Cependant, cette idée de rendre présent l'avenir et ainsi d'utiliser le contrat pour enfermer dans leur stipulation tout l'avenir de la relation contractuelle « le futur est exactement planifié par l'accord présent »²⁰⁰ est une fiction. Cette idée d'engagement global de celui qui y souscrit remet en cause l'engagement ponctuel figé du contrat dans l'instant. Ce futur planifié dans l'accord présent renvoie à une certaine rigidité qui n'est pas souhaitable dans la relation contractuelle dans le temps. Dans le silence du contrat, les parties doivent supporter les conséquences de leur imprévoyance *de non vigilantibus non curat praetor*²⁰¹.

185. En permettant une certaine émancipation du contrat, c'est-à-dire une certaine marge de manœuvre lors de l'exécution, le contrat s'écarte de la dialectique du moment présent. Une dialectique de la durée, du moment, de la stabilité et de la rupture conduit à admettre l'apparition de nouvelles formes d'asymétries entre les parties à l'acte : « le

¹⁹⁹

²⁰⁰ J. ROCHFELD, art. préc.

²⁰¹ L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, thèse préc.

désir de revenir sur l'accord conclu appartient à toutes les époques et fait partie de la psychologie des contractants, qui hésitants et/ou emportés sont aussitôt saisis du regret d'avoir traité²⁰² ».

186. Conscient de l'inconstance de l'attitude du cocontractant, le législateur semble vouloir sécuriser le contrat en refusant catégoriquement toute intrusion du temps en son sein et accorder toute sa valeur à la notion de présentation. Pour le législateur, la possible adaptation du contrat aux circonstances serait néfaste pour le contrat et fissurerait la relation contractuelle. Une interprétation trop stricte de la force obligatoire des conventions conduit à donner une certaine primauté de la formation sur l'exécution et à nier toute possible adaptation du contrat en cours d'exécution. Mais cette idée renforce le rôle de la présentation du contrat. La loi des parties fait naître une convention qui serait plus forte que la loi elle-même. On assiste donc à un enfermement du contrat, loi des parties, dans le temps présent. Cet enfermement du contrat a pour conséquence le rejet de la théorie de l'imprévision alors même que celle-ci transparait et s'impose en pratique paradoxalement. Ce principe remonte à 1876 avec l'arrêt Canal de Craponne considérant qu'à défaut de prévision des parties, le changement de circonstances ne serait jamais pris en compte. L'ancien article 1134 du Code civil exclut par conséquent toute idée de révision pour imprévision. Une autre raison du rejet résulte du fait que le contrat en général a été pensé à partir du modèle de la « vente coup de foudre », mais ce modèle est-il bien représentatif de tous les autres ? En tant qu'acte de prévision imperméable aux fluctuations du temps, le contrat serait tenu de respecter la lettre de l'*instrumentum* sans considération du temps ni des circonstances.

187. Le contrat est appelé la loi des parties, on a pu dire que « la convention produit même un effet plus fort que la loi²⁰³ ». Devant le silence du Code civil, les différents changements opérés au long du XX^e siècle ont amené le droit civil à admettre progressivement une certaine souplesse du contrat. Si la théorie de l'imprévision demeure le principe, elle a été considérablement amendée en pratique.

²⁰² B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, p. 145.

²⁰³ A. et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, n° 71, p. 87.

2) La nouvelle logique d'adaptation, les fondements textuels avant l'ordonnance du 10 février 2016 : la réalité de l'enfermement

188. Dans une logique d'adaptation, le maintien du contrat dans une croyance de présentation est excessif. L'intérêt pour l'exécution ou plus exactement pour la problématique de la durée dans les contrats semble faible. Pourtant, les contrats de longue durée ne rentrent pas a priori dans le modèle contractuel classique de l'échange. Ces derniers sont incapables de maintenir une réelle présentation et ne peuvent donc identifier et anticiper tous les impondérables à venir. Le système du contrat de vente est-il aujourd'hui à même de forger toute la matière contractuelle, d'en être la matrice ? Nous prétendons déceler une véritable théorie de l'imprévision à travers les différentes références à l'imprévu que l'on retrouve éparpillées dans le Code civil. Ce dernier contient quelques dispositions qui font référence à la problématique de la durée, notamment l'article 1889 : « si, pendant un délai, ou avant que l'emprunteur ait cessé, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge peut, suivant les circonstances obliger l'emprunteur à la lui rendre ». Selon l'article 1769 du même code, si le bail est fait pour plusieurs années et que pendant la durée du bail, la totalité du bail ou la moitié d'une récolte au moins est enlevée par des cas fortuits, le fermier peut demander une remise de prix de sa location. Selon l'article 1773 du Code civil, cette stipulation ne s'entend que des cas fortuits. Enfin, l'article 1949 du Code civil évoque le dépôt nécessaire forcé par quelques accidents, tels qu'un incendie, une ruine, un pillage ou tout autre évènement imprévu.

189. À travers ces articles, on voit bien que la problématique de la durée existe. Aussi dans l'organisation de relations d'affaires qui se déroulent dans le temps, le recours à l'utilisation de contrats-cadres est le signe de détachement du modèle universel. Cette technique contractuelle permet la création de relations de longue durée qui sont à mi-chemin entre le contrat échange ou contrat permutation et le contrat organisation. La notion même de contrat organisation se situe dans le cadre de relations contractuelles multiples dont les exemples se trouvent aussi bien en droit du travail que dans les contrats syndiqués en matière de financement (eurocrédits) ou encore dans les

contrats de coopération (*joint venture*)²⁰⁴. Cette forme d'organisation du contrat peut être utilisée dans la maintenance informatique, dans l'assurance ou même dans la banque.

190. C'est principalement dans le secteur de la distribution qu'a émergé une problématique touchant à la fois le droit de la distribution et le droit des contrats tout en remettant en cause les frontières entre la formation et l'exécution. En effet, la question de la détermination du prix venait heurter de front la distinction entre la formation et l'exécution. Dans ce contexte particulier, il s'agissait à la fois d'une problématique de nullité, prenant naissance dans le contrat-cadre et s'appuyant sur la théorie générale du droit des obligations, et à la fois d'une problématique dans le spectre des droits spéciaux en tant que contrats dérogatoires au droit commun. En effet « les contrats échange ont pour objet une permutation au terme de laquelle le bien de A se trouve entre les mains de B et le bien de B entre les mains de A. Les contrats organisation instituent une coopération entre A et B, lesquels mettent en commun des choses qui jusque-là étaient propres et les emploient à une activité conjointe. Le premier type de contrats établit entre les parties un jeu à somme nulle en ceci que l'un des contractants gagne nécessairement ce que l'autre perd, et les intérêts des contractants y sont donc largement divergents, même s'ils peuvent ponctuellement converger. Le deuxième type de contrat, au contraire, crée entre les parties les conditions d'un jeu de coopération où les deux parties peuvent gagner et perdre conjointement, et leurs intérêts sont donc structurellement convergents même s'ils peuvent ponctuellement diverger²⁰⁵ ».

191. Dans cet extrait, M. Paul Didier distingue deux types de contrats : les contrats échange et les contrats organisation. Grâce à cette distinction, il remet en cause le contrat et distingue deux pôles différents : le premier renvoie aux contrats spéciaux de permutation, à savoir la vente, l'échange, le bail et le contrat d'entreprise, les seconds se rapportent aux actes qui donnent naissance à un groupement de biens ou de personne dont le but est de favoriser un autre type de relations contractuelles avec un *affectio*

²⁰⁴ S. LEQUETTE, thèse préc.

²⁰⁵ P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », *Mélanges Fr. TERRÉ*, Dalloz, 1999.

contractus fort. Comme le souligne certains auteurs²⁰⁶, cette *summa divisio* révèle que réduire uniquement le contrat à une opération aux intérêts contraires ne rend pas compte de la réalité. Dans cette logique, réduire le contrat et toutes les conséquences qui s'y rattachent à un contrat sur le modèle uniquement de l'échange et de la prévision prive le contrat de beaucoup de potentialités d'adaptation.

192. En effet, dans ce deuxième type de contrats qui s'étendent dans le temps, il devrait être habituel que les conditions soient plus souples pour prendre en compte les changements susceptibles d'advenir avec le temps. Ainsi, le contrat-cadre est un contrat organisation²⁰⁷. Il est un mode de gestion des rapports de force dans le temps. Dans le cadre des contrats-cadres de distribution, les intérêts des parties sont convergents dans la mesure où le fournisseur et le distributeur tendent vers un même but économique. Cependant, même s'ils tendent vers un même but, les rapports ne semblent pas égaux et cette inégalité peut se traduire par de l'arbitraire. Cependant, face à ce nouveau modèle contractuel, de nouveaux enjeux se profilent. La jurisprudence avait considéré les nullités pour indétermination du prix comme arbitraires. Ainsi, les arrêts du 1^{er} décembre 1995 ont tenté de limiter la menace de nullité pour indétermination du prix en lui substituant la possibilité de l'indétermination du prix *ab initio* dans la mesure où il est possible de contrôler postérieurement l'abus dans la détermination du prix, au moment de l'exécution du contrat : « lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ». En première lecture, ces arrêts apportent une certaine cohérence en assouplissant les règles de la formation du contrat en matière de nullité pour les contrats s'inscrivant dans un temps particulièrement long et perméable au temps. Cependant, une lecture plus fine voit dans cette décision un moyen implicite de supprimer le pouvoir du cocontractant faible de se défendre. En effet, avec la menace de l'indétermination du prix, le cocontractant avait une menace efficace et un contre-pouvoir réel. Ainsi, la reconnaissance la persistance de règles

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat organisation », *Mélanges Fr. TERRÉ*, Dalloz, 1999, p. 636.

attachées au modèle de l'échange sert peut-être d'autres causes, mais ce qui est sûr c'est que la réalité d'une autre logique plus objective se fait jour.

193. Ces décisions de 1995 ont été révélatrices des dysfonctionnements du droit contractuel et de l'inadéquation du modèle contractuel échangiste et classique face à des problématiques différentes des contrats organisation et des contrats soumis à la durée. La Cour de cassation a reconnu à demi-mot l'existence de ces types de contrats en dérogeant aux règles de la nullité et en permettant, en cours d'exécution, une détermination unilatérale du prix contrebalancée par l'abus. Cette reconnaissance implicite d'un contrat d'un autre type répondant à d'autres critères et ayant dans ces caractéristiques une logique d'adaptation plus qu'une logique de prévision, rend l'application de la théorie de l'imprévision plus que légitime. Autant le rejet de l'imprévision est cohérent dans une logique de prévision, autant dans une logique d'adaptation son rejet est cohérent. C'est dans ce sens que la réforme de 2016 a consacré une possible imprévision à certaines conditions énumérées dans le nouvel article 1195 du Code civil. Selon ce texte : « si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse par une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation « en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe²⁰⁸. »

²⁰⁸ Ph. CHAUVIRÉ, « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.*, 30 avr. 2015, n° 120, p. 29, spéc. n° 11 à 13 ; O. DESHAYES, « Les effets du contrat », *JCP* 2015, supplément au n° 21, p. 43, spéc. n° 9 à 13 ; N. DISSEAUX et C. JAMIN, *Projet de réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Dalloz, 2015, p. 94 ; J. GHESTIN, « Observations générales », *LPA* 4 sept. 2015, n° 177, p. 17 ; N. MOLFESSIS « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *JCP* 2015, 1415 ; S. PIMONT, « Le traitement juridique de l'imprévision dans le projet juridique portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve du droit des obligations », *D.* 2015, p. 1415 ; Ph. STOEFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrats », *RDC* 2016, p. 30.

194. L'imprévision est une situation dans laquelle un contrat a été déséquilibré par la survenance d'un événement que les parties n'avaient pas prévu. Le rejet de la théorie de l'imprévision passe donc par un hommage appuyé à la force obligatoire et semble refuser toute adaptation au cours de l'exécution du contrat. Pourtant certains outils présents dès avant la réforme étaient à la disposition des juges pour régler et traiter l'imprévision.

195. Les auteurs se sont opposés sur la question de savoir si la théorie de l'imprévision est compatible avec le Code civil. Pour certains, comme le Doyen Carbonnier, les moyens de sa reconnaissance existent. D'autres considèrent au contraire que la bonne foi suffirait à assurer la fidélité aux engagements souscrits. Il s'agirait donc d'un système clos où, sitôt qu'un engagement est pris, aucun changement n'est plus possible.

196. L'ancien article 1150 disposait que le débiteur n'était tenu que des dommages et intérêts prévus ou prévisibles lors de la conclusion du contrat. Un dommage est prévisible lorsqu'il peut être normalement prévu par les contractants. La recherche de l'équilibre contractuel serait donc la porte ouverte à l'insécurité juridique, justifiant par là même une interprétation stricte des articles 1134 et 1135 du Code civil.

197. Pourtant, nous pensons qu'une autre lecture de ces textes aurait permis d'introduire une certaine souplesse dans le contrat. « Cette absence de disposition corrigeant le contrat surpris par l'imprévu s'explique par le fait que le législateur conçoit le contrat comme une source d'obligations²⁰⁹. » Pourtant, certains articles du Code civil auraient pu favoriser la reconnaissance de la théorie de l'imprévision. C'est d'ailleurs en tentant de rapprocher la prévision de l'adaptation au temps qu'il est constaté que plusieurs types de prévision voient le jour.

198. La prévision des contractants se distingue de la prévision née du contrat. En effet, la première est celle née au moment de l'échange des consentements tandis que la seconde est fonction de l'évolution possible du contrat. En conséquence, on pourrait, distinguer une prévision subjective, ce qui est attendu du contrat, d'une prévision

²⁰⁹ L. AYNÈS, « L'imprévision en droit privé », *RJC* 2005, p. 397.

objective correspondant à ce que les parties peuvent légitimement en attendre. Pendant longtemps les prévisions des parties et les prévisions contractuelles n'étaient pas différenciées. La sécurité juridique imposait ce schéma. Les prévisions des parties ont ensuite pris une autre envergure et se sont dressées à l'encontre du contrat. Dans un premier temps, on pensait que l'intangibilité du contrat allait à l'encontre de la prévision dans le cas de contrats s'exécutant dans la durée, mais dans un second temps l'observation du contrat dans ses grandes lignes a fait émerger une problématique d'autonomie qui a pu déstabiliser le contrat dans son ensemble. Il ne fallait pas déjouer les prévisions des parties ni remettre en cause une certaine intangibilité²¹⁰.

199. La prévision des contractants se distingue de la prévision même du contrat. Comme l'a souligné le Professeur Hervé Lécuyer²¹¹, les prévisions semblent pouvoir relever de deux catégories distinctes. D'abord, les prévisions intrinsèques sont les prévisions des parties au sens strict les parties se sont accordées le contenu de leur accord de volontés. Ce sera l'objet du contrat. Ensuite, les prévisions extrinsèques sont les éléments qui ont commandé l'engagement dans son principe. Ce raisonnement serait alors pris en termes de cause. La distinction, précise l'auteur, n'est cependant pas absolue dans la mesure où des prévisions extrinsèques peuvent intégrer les prévisions intrinsèques. À ces deux prévisions principales, on pourrait rajouter une prévision ultime qui serait la prévision objective. Ce serait la prévision de ce que peuvent attendre légitimement les parties du contrat. On réfléchirait alors en termes d'attente légitime. Une lecture de la distinction entre la formation et l'exécution du contrat à l'aune de la prévision apporte un éclairage sur la possible émancipation de l'exécution du contrat lorsque les prévisions contractuelles sont susceptibles d'être déjouées. L'analyse faite tend à démontrer qu'il existe bel et bien une distinction entre la formation et l'exécution dès lors qu'on raisonne en termes de prévisions contractuelles : « il est classique, au moins depuis les exégètes, de distinguer, à propos du contrat, le temps où il se forme et celui où il s'exécute. » Mais si elle semble s'imposer pour certains contrats, cette

²¹⁰ En ce sens, V.C. GUELFUCCI-THIBIERGE, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357.

²¹¹ H. LECUYER « Le contrat, acte de prévision », *Mélanges Fr. TERRÉ*, Dalloz, 1999.

distinction est écartée pour d'autres. Pourquoi est-elle remise en cause ? Notre propos est justement de rendre compte de cette distinction et de la considérer comme éclairante en lui octroyant la possibilité de s'émanciper en cours d'exécution. C'est dans cette perspective que pour les contrats consensuels instantanés on aurait pu tout aussi bien remettre en cause cette dichotomie apparente en considérant que la formation et l'exécution s'inscrivent dans le même temps. « Dans un contrat consensuel, l'effet du contrat n'est donc pas détachable de l'accord des volontés, car il est indissociable de la formation du contrat que cet accord réalise. » Mais l'effet du contrat ne participe pas des prévisions, car c'est un effet automatique du contrat. La prévision en tant que grille de lecture permet de détacher l'effet du contrat, produit automatique et instantané qui est inhérent à la formation. La prévision, en tant que telle, est un moyen « on ne peut rien contre l'effet du contrat, produit automatique et instantané de l'accord de volontés dans les contrats consensuels qui échappe à la volonté des parties contractantes ». La recherche de l'impact de la prévision permet donc de distinguer l'effet du contrat, produit automatique inhérent à la formation, des effets des obligations, qui participent de la prévision des contractants. Or, la plupart du temps, les analyses procèdent d'une confusion : ce n'est pas parce que l'effet du contrat est attaché à la formation dans le cas d'un contrat consensuel et instantané que les effets des obligations rentrent instantanés et automatiques.

Paragraphe 2 : Le déplacement du contrôle de l'abus au temps de l'exécution

200. Le rôle de l'abus déplace l'analyse objective du contrat à l'exécution et contribue à prendre en compte la réalité de la justice contractuelle dans le contrat. Il est intéressant de s'interroger sur le sens de la règle que la Cour de cassation substitue à la nullité. En effet, il importe d'identifier l'abus en analysant son contenu **(A)**. La nouvelle répartition des pouvoirs dans les contrats structurellement déséquilibrés façonne une image contractuelle renouvelée par l'obligation de motivation **(B)**.

A) L'identification de l'abus

201. Dans le cas d'un contrat de franchise, la référence à un prix n'affecte pas la validité du contrat. Le principe des engagements perpétuels étant prohibé, les contrats à durée indéterminée sont au premier chef concernés par la possibilité d'une rupture unilatérale. Cette faculté est reconnue à l'article 1780 du Code civil : « on ne peut engager ces services qu'à temps, ou pour une entreprise terminée. Le louage de services, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes. Néanmoins la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages et intérêts. » De cet article, il est possible de tirer une règle générale de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée. Mais la question se pose de savoir s'il s'agit d'un droit contractuel ou d'un principe à valeur constitutionnelle²¹².

202. La résiliation unilatérale est un principe de droit commun des contrats relayé par un récent mouvement jurisprudentiel qui s'affranchit de la nécessité de solliciter le juge pour rompre le contrat. Il s'agit d'un mouvement de « déjudiciarisation » de la résolution qui prend sa source dans un arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation ayant affirmé que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu

²¹² Ph. DELEBECQUE, Le droit de rupture unilatérale, genèse et nature : le Conseil Constitutionnel a été appelé à se prononcer sur cette question à propos d'un PACS du 9 novembre 1999 : il érige au rang d'une liberté fondamentale, autrement dit d'un droit de l'homme le droit de rompre unilatéralement un contrat à durée indéterminée. Le Conseil Constitutionnel vise l'article 4 pour justifier qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants. »

importe que le contrat soit à durée déterminée ou non²¹³ ». Dans cet attendu, il n'est nullement fait référence à l'urgence ni à un état de nécessité. La gravité du comportement d'une des parties suffit à fonder l'exercice de ce pouvoir unilatéral.

203. Cette terminologie n'est pas sans lien avec le droit du travail. Le « comportement grave » qui serait à l'origine de la résiliation contractuelle évoque étrangement la « faute grave » qui est souvent prise en compte en droit du travail. C'est cette faute grave qui est retenue pour déclencher la rupture avec le salarié et qui est sous-entendue dans le licenciement pour cause réelle et sérieuse. En droit du travail, la faute grave constitue un fait ou un ensemble de faits qui viole les obligations découlant du contrat de travail. La faute grave exonère l'employeur de tout paiement d'indemnités et le préavis dans ce cas n'est pas nécessaire. Il faut que le salarié cesse immédiatement son contrat de travail. En revanche, si la gravité de la faute n'est pas avérée, le contrat sera résilié et aux torts de l'employeur²¹⁴. Outre le contrat de travail, plusieurs types de contrats organisent cette possible rupture unilatérale. L'arrêt du 13 octobre 1998 précité considère que la « gravité dont l'appréciation qui en est donnée par une autorité ordinaire ne lie pas les tribunaux n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis. »

204. Dans sa thèse sur l'acte unilatéral, M. Encinas de Munagorri met en évidence le caractère irréductible de l'acte unilatéral au contrat. Malgré la réalité de l'acte unilatéral dans le contrat, il tente d'en confiner les manifestations afin de ne pas remettre en cause l'unité du contrat. Cette antinomie entre l'acte unilatéral et le contrat

²¹³ Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1998, *Bull. civ.* I, n° 300 ; *D.* 1999, p. 198, note Ch. Jamin, somm. p. 115, obs. Ph. Delebecque ; *JCP G.* 1999, II, 10133, note N. Rzepecki ; *Defrénois* 1999, p. 374 obs. D. Mazeaud ; Cass 1^{re} civ., 2 févr. 1999, *JCP G.* 1999, IV, 1579 ; Cass. civ. 20 févr. 2001, *Bull. civ.* I, n° 40 ; *D.* 2001, p. 1568, note Ch. Jamin, somm. p. 3239, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2001 p. 363, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Defrénois* 2001, p. 705, obs. É. Savaux ; Cass 1^{re} civ., 14 janv. 2003, *CCC* 2003, comm., n° 87 ; *RJDA* 2003, n° 1, p. 149, note Y. Lequette ; Cass 1^{re} civ., 28 oct. 2003, *Bull. civ.* I, n° 211 ; *RTD civ.* 2004, p. 89, obs. J. Mestre et B. Fages ; *CCC* 2004, n° 4, obs. L. Leveneur ; *Defrénois* 2004, p. 373, obs B. Libchaber ; *JCP G.* 2004, II, 10108, note C. Lazière ; *RDC* 2004 note L. Aynès, p. 279, obs. D. Mazeaud ; Cass 1^{re} civ., 13 mars 2007, *JCP G.* 2007, I, 161, obs. P. Grosser ; Cass. com., 11 sept. 2012, n°11- 23067 ; *CCC* 2012, n° 256 , note N. Mathey.

²¹⁴ En ce sens, Cl. DIAS, *Les contrats de distribution commerciale à l'épreuve du temps*, préf. I. URBAIN-PARLÉANI, PUF, 2014, p. 379 et s.

est sous-jacente dans cette thèse et révèle une distorsion entre le contrat et cet acte de pouvoir²¹⁵. Le prolongement de cette analyse contribue à rapprocher cette problématique de la distinction entre le contrat et ce pouvoir éventuel de complétude possible. C'est la jurisprudence²¹⁶ qui, de manière explicite, a décidé d'accorder la faculté à un seul des cocontractants de résoudre le contrat. Cette faculté laissée au créancier est un pouvoir sur l'autre contractant. Le contrôle de cette possibilité de rupture unilatérale doit se faire par le juge qui doit vérifier qu'il n'a pas été détourné à son seul profit²¹⁷.

205. Dans le vocabulaire Capitant, la rupture n'est pas la modification, mais l'action²¹⁸, en général unilatérale et souvent brutale, qui consiste à mettre un terme à un projet et qui coupe court à l'établissement de l'état de droit initialement recherché. La rupture sous-entend un contrat en cours d'exécution. La rupture unilatérale suppose d'écarter tous les droits de rétractation et de repentir propres au droit de la consommation. Cette rupture doit être unilatérale et non conventionnelle. En effet, il existe en droit des contrats le consentement mutuel à la rupture.

206. Pourtant, accepter la modification unilatérale est un paradoxe en soi, car cela conduit à remettre en cause le contrat lui-même, soit parce qu'il ne répond plus aux besoins auxquels il est censé répondre en raison d'un contexte social économique ou politique qui aurait changé, ou bien parce qu'il répond bien aux besoins, mais qu'ils ne sont plus ceux du cocontractant²¹⁹. Si l'on considère le contrat comme un acte de

²¹⁵ P. LOKIEC, th. préc., n° 19.

²¹⁶ C. JAMIN, note sous Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1998, *D.* 1999, p. 201 : Selon l'auteur, « en disposant de la faculté de déclarer seul le contrat résolu, le créancier exerce un pouvoir dont le juge doit être en mesure de vérifier qu'il ne l'a pas détourné à son seul profit ». Selon la Cour de cassation, « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls » ; *JCP G.* 1999, II, 10133, note N. Rzepecki ; *Deffrénois* 1999, p. 374, obs. D. Mazeaud.

²¹⁷ D. TALLON, « L'article 1184 du Code civil, un texte à rénover », in *Clés pour le siècle*, 2000, p. 253.

²¹⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2003.

²¹⁹ H. LECUYER, « La modification unilatérale du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, (dir.) Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, 1999, p. 49

prévision régie par la force obligatoire alors la simple évocation d'une modification unilatérale du contrat doit être considérée comme son échec. Le contrat est un acte de prévision et sa remise en cause par sa modification unilatérale serait inadmissible en contemplation des principes classiques. En effet, l'intangibilité et la force obligatoire du contrat traduisent une réalité contractuelle infaillible et l'idée même de modification unilatérale porterait atteinte à ces principes. Un auteur considère que si « on autorise une personne à modifier unilatéralement le contrat, on trahit les prévisions de l'autre²²⁰. » La Cour de cassation l'a d'ailleurs à maintes reprises affirmé²²¹. Cependant, selon une conception renouvelée du contrat, cette entorse à la force obligatoire du contrat n'est pas si réelle. Dans cette hypothèse, la modification unilatérale paraît être un acte de prévision du contrat. Cette conception plus objective du contrat considère le contrat par un autre prisme et c'est ce changement d'orientation qui insuffle au contrat une analyse par les attentes raisonnables au moment de l'exécution²²². La modification unilatérale en cours d'exécution traduit un détachement à nouveau entre l'acte initial à la formation et l'acte final au moment de l'exécution. Il y a une sorte de relecture du contrat à la lumière de la réalité. C'est cette nouvelle réalité ou ce changement qui oriente la décision unilatérale et qui pousse le contrat à une certaine objectivisation en fonction des attentes. Mais dans l'arrêt commenté, la relecture se fait proportionnellement aux capacités d'origine du débiteur et donc toujours en contemplation de l'acte initial même si, apparemment, il y a relecture au moment de l'exécution.

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ Cass. 1^{re} civ., 29 janv. 1980, *Bull. civ.* I, n° 37 ; Ass. Plén., 3 mai 1956, *JCP* 1956, II, 9345, obs. J.G.L.

²²² Cass. com., 17 juin 1997, *JCP E.* 1997, II, 1007, note D. LEGAIS : une nouvelle trace de la théorie des expectations. En l'espèce, une personne physique s'était portée avaliste, au profit d'une banque, de toutes les dettes d'une société dont il présidait le conseil d'administration à concurrence de 20 000 000 francs. Son patrimoine personnel étant inférieur à 4 000 000 francs et il percevait un salaire mensuel de 37 550 francs. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir condamné la banque au paiement de dommages et intérêts à hauteur de 15 000 000,00 francs, la banque étant jugée responsable d'avoir demandé un tel aval, manifestement disproportionnée par rapport aux ressources de l'avaliste. Par le jeu des compensations, ce dernier n'est plus tenu qu'au paiement d'une somme de 5 000 000 francs. D'après l'auteur qui commente cet arrêt « n'est-ce pas finalement ce que pouvait raisonnablement attendre du débiteur la banque créancière ».

207. Il est incontestable que la théorie de l'abus de droit a connu un éclatant succès depuis le début du siècle qui vît sa naissance. Le développement qu'elle a connu en doctrine pouvait en faire un instrument de contrôle considérable aux mains du juge²²³. Et c'est en particulier dans les droits spéciaux que l'ordre public économique et l'abus se sont manifestés, car ces droits sont caractérisés par le réalisme de leur matière. Selon Saleilles, l'acte abusif serait défini comme l'acte contraire au droit « par le caractère antisocial. Il suffit pour que l'abus soit considéré que le titulaire du droit l'exerce non conformément à son but social. C'est dans cette perspective qu'il y aura déséquilibre du contrat²²⁴. »

208. Comme l'ont observé quelques commentateurs²²⁵, la lutte contre les clauses abusives est le signe d'une mutation profonde du contrat, en ce qu'elle touche des fondements philosophiques et théoriques du contrat²²⁶. En effet, l'acceptation de la terminologie juridique de « clauses abusives » est le signe d'une certaine rétrogradation du droit des contrats en matière contractuelle pour certains²²⁷ et en particulier une baisse d'une conception purement volontariste et individualiste du contrat. Il peut paraître paradoxal de considérer des clauses abusives dans la mesure où elles ont été acceptées par les deux parties, quand bien même les parties seraient dans une situation inégalitaire.

209. Mais à travers la qualification de clauses abusives, c'est la force obligatoire qui est remise en question. Il s'agit, comme certains auteurs l'ont perçu, d'une fissure

²²³ G. FARJAT, *L'ordre public économique*, préf de B. GOLDMAN, LGDJ 1963, p. 161.

²²⁴ *Ibid.* En ce sens selon RIPERT, *Le régime démocratique et le Droit civil moderne*, p.21, n°119 : « ce que l'on veut maintenant, c'est obliger chaque titulaire d'un droit privé à déclarer pourquoi il a agi ainsi afin de le désarmer si on estime que son action est contraire à l'intérêt social ».

²²⁵ M. CHAZAL : « La lutte contre les clauses abusives est certainement l'un des phénomènes les plus remarquables du droit des contrats de la fin du XX^e siècle. Il n'a pas seulement des répercussions pratiques considérables, il implique également une mutation profonde de la conception du contrat en droit français, en ce qu'il touche à ses fondements philosophiques et participe à la théorie générale du contrat.

²²⁶ E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe et réalité*, LGDJ, 1997.

²²⁷ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Les clauses abusives », Rép. com. Dalloz 2014, actualisation janv. 2016.

dans le contrat ou tout simplement d'un changement de paradigme. L'introduction de la notion même de clause abusive au sein du contrat prouve que le contrat n'est plus seulement fondé sur la volonté des parties. En principe, le contrat ne serait obligatoire que parce qu'il serait voulu par les parties. Comment des clauses pourraient-elles être abusives alors même qu'elles ont été voulues par les parties ? Selon un auteur, « une clause insérée dans un contrat valable et dont le contenu ne heurte pas une règle d'ordre public ne peut être en soi selon la conception volontariste du contrat, qualifiée d'abusives. Elle incarne la loi des parties qui ont de façon autonome c'est-à-dire l'usage de leur libre arbitre renoncé à une parcelle de liberté. Le juge serait dans ce cas dépourvu de liberté. Le juge est dépourvu de légitimité pour s'immiscer dans cette loi des parties et n'a donc pas le pouvoir de substituer sa propre appréciation à l'équilibre contractuel à celle des contractants [...] C'est d'une révolution conceptuelle et philosophique qu'il s'agit, consistant à trouver le fondement de la force obligatoire des conventions dans l'idée de justice "le contrat n'est obligatoire que s'il est juste"²²⁸ ». Ces propos restent étonnamment d'actualité et tendent à démontrer que se dessine une autre analyse contractuelle induisant tout d'abord une remise en cause de la force obligatoire.

210. À travers différents contrats, il est notable de constater que l'accord de volontés constitue le trait commun des contrats. Le développement considérable de la réglementation impérative des contrats spéciaux accentue encore la portée de cette observation sur le terrain juridique. Une fois admis que la volonté n'est pas le fondement de la force obligatoire du contrat, il devient tout à fait légitime d'accepter dans le contrat la multiplication d'obligations légales comme, par exemple, les nouvelles obligations environnementales qui s'insèrent dans le contrat. Le contrat devient alors le vecteur ou l'instrument dans son accord au service d'un intérêt plus général et auquel le contrat coopère indirectement.

211. C'est dans cette optique que Georges Rouhette²²⁹, en partant de l'éviction totale du rôle de la volonté, s'est efforcé de démontrer que le contrat ne repose pas sur la volonté et l'échange de volontés des parties. La plupart des contrats sont des contrats

²²⁸ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations. Le contrat : formation*, 3^e éd., 1993, LGDJ, n° 251.

²²⁹ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris 1965.

obligatoires. Cette affirmation contribue à la compréhension de l'enjeu de la multiplicité des contrats et donne un visage aux multiples facettes au contrat.

212. Dans cette démarche, il est tout à fait envisageable qu'un accord de volontés ne soit pas complètement déterminé *ab initio*. Dès lors que l'accord a été consenti, il peut ne pas être totalement déterminé et laisser une certaine place à la détermination unilatérale. Dans la plupart des interrogations contemporaines relatives à la recherche des critères fondamentaux des contrats, il est souligné que les contrats sont soit négociés, soit imposés. Le critère essentiel pour ce juriconsulte est le critère de la négociation ou plutôt celui de la possible négociation. C'est en effet l'absence ou la présence de la négociation qui sera susceptible de distinguer le droit imposé que l'on va retrouver dans les contrats d'adhésion du droit négocié présent dans la plupart des contrats.

213. L'existence d'un déséquilibre considéré comme complémentaire ne porte pas atteinte à la validité du contrat. D'après un auteur, le contrat qui serait affecté d'un déséquilibre entre les faisceaux de droits et obligations des parties ne devrait pas être annulé, mais révisé²³⁰. C'est tout le sens de la reconnaissance de la clause réputée non écrite. Cette reconnaissance de cette recherche d'équilibre dit complémentaire invite le juge à ne pas se servir des articles sur la validité qui conduisent à l'annulation du contrat²³¹, mais d'utiliser les articles destinés aux effets des obligations, c'est-à-dire les articles qui correspondent plus spécifiquement au contrôle de l'équilibre dans l'exécution du contrat²³².

214. La recherche de l'abus dans les clauses contractuelles est un moyen de contrôler l'équilibre et, pour le juge, de s'immiscer dans le contrat et de remettre en cause le contrat. Cette intervention permet de remettre en cause la volonté des parties. L'analyse de clauses contractuelles comme étant des clauses abusives relativise l'importance donnée au consentement au contrat. C'est dans cette perspective que le sens donné aux clauses abusives est de l'ordre de l'ordre public économique au sens où

²³⁰ H. AUBRY, thèse préc., p. 370.

²³¹ Articles 1108 à 1133 anciens du Code civil avant ordonnance du 10 février 2016.

²³² Anciens articles 1134 et 1135 du Code civil.

le comprend le Professeur Malaurie²³³ : « le petit faisceau de cadres fondamentaux sur lesquels repose la société, son bâti élémentaire. » En effet, grâce à cette possibilité de consacrer les clauses comme étant des clauses abusives, il s'agit de mesures sociales visant à protéger le faible du fort. Mais alors que normalement l'ordre public économique a une portée générale et défend un cadre d'ensemble de l'économie, il s'agit ici d'une mesure plus sociale qu'économique et qui vise les intérêts individuels.

215. Les clauses abusives se généralisent et créent apparemment une remise en cause de la notion d'un certain contrat. Mais cette remise en cause est d'autant plus tangible que le contrat dispose d'une définition unitaire ce qui le confronte en permanence à une théorie générale qui se fissure de toutes parts et qui introduit une nouvelle méthode d'appréhension du contrat avec l'introduction d'une multiplicité d'obligations nouvelles qui participent au nouvel ordre économique du contrat et à une nouvelle répartition des pouvoirs entre les contractants.

B) Le contrôle du contrat : la motivation de l'exercice du pouvoir contractuel

216. Le contrôle de l'économie interne du sacro-saint contrat semble se déplacer de la formation à l'exécution. Les préoccupations d'ordre strictement économique, comme le souligne dans sa thèse le Professeur Farjat²³⁴, sont loin d'être absentes de la réglementation individuelle du contrat. C'est, par exemple, l'inégalité économique qui est prise en considération et le déséquilibre économique des prestations qui est craint. Ce sont là des vices économiques auxquels on se propose de remédier. C'est dans le prolongement de cette réflexion que l'on se demande si dans le contexte du contrat de consommation type contrat d'adhésion, la possibilité de recourir à cet ordre public économique offre bien un contre-pouvoir à la partie faible et permet une légitime intrusion du juge dans le contrat. Dans un contrat d'adhésion, l'absence de négociation

²³³ Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, p. 41.

²³⁴ G. FARJAT, *L'ordre public économique*, préf. B. GOLDMAN, LGDJ, 1963.

pose un doute sur le contrat et sur la réalité de sa justice contractuelle. Il serait paradoxal de toujours revenir sur le modèle contractuel primaire ou classique pour analyser le contrat d'adhésion alors qu'il porte en lui les germes d'un contrat qui entre davantage dans la sphère sociale et qui s'inscrit donc dans la perspective d'un modèle ouvert à l'interventionnisme dans la mesure où ces contrats, en tant que contrats structurellement déséquilibrés, le permettent.

217. C'est dans le cadre de ces contrats structurellement déséquilibrés que le pouvoir unilatéral d'une des parties au contrat est consacré. Ainsi, selon M. Guillaume Wicker, le titulaire d'un pouvoir devrait indiquer à son cocontractant « les éléments lui permettant d'apprécier que le pouvoir a été exercé en respectant les intérêts définis par l'accord des parties conformément à l'utilité particulière — à la cause — qui a justifié que l'un des contractants accepte d'en attribuer à l'autre²³⁵. » Il s'agit de comprendre que le titulaire d'un pouvoir peut en démontrer son utilisation légitime.

218. Le critère de la négociation ne suffit pas à justifier le seul critère du contrat et son absence ne suffit pas à écarter la qualification de contrat. Les contrats d'adhésion sont des contrats malgré l'absence de négociation de départ. Saleilles avait qualifié de prétendu contrat le contrat d'adhésion et il y voyait l'œuvre d'une volonté unilatérale dictant sa loi à une collectivité. Par la suite, de fameux publicistes ont considéré le contrat d'adhésion comme un règlement élaboré unilatéralement par l'une des parties auquel l'autre volonté venait simplement adhérer²³⁶. Cependant, le doyen Carbonnier considère qu'il n'y a pas de contrat dès l'instant où le contenu de celui-ci n'est pas l'œuvre commune des deux parties. L'auteur considère que la volonté doit être l'élément décisif du contrat défini comme l'accord de volontés entre deux parties égales²³⁷.

²³⁵ G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat », p. 371, cité par S. LEQUETTE, thèse préc.

²³⁶ HAURIOU, note sous CE, 23 mars 1906, S. 1908-3-17. DUGUIT, *les transformations de droit privé*, 1912, p. 121 à 126.

²³⁷ N.M.K. GOMAA, *Théorie des sources de l'obligation*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, 1968.

219. La formation du contrat d'adhésion résulte tout de même d'un accord de volontés. Malgré l'absence de négociation²³⁸, qui n'est pas un critère essentiel, le contrat pré-rédigé n'acquiert force obligatoire qu'à partir du moment où l'autre partie a donné son consentement. Avant son intégration dans le contrat, ce n'est qu'un projet type n'ayant aucune valeur et aucune force obligatoire.

220. Cependant, en ne voulant pas considérer totalement le contrat d'adhésion comme un contrat à part entière, le doyen Carbonnier a voulu prévenir les difficultés à venir quant à la nouvelle perception du contrat. Cette mise en garde est une manière d'alerter la théorie générale sur les difficultés d'un seul et unique modèle contractuel qui ne comprendrait ni les contrats d'adhésion ni les contrats dans la durée. En ce sens, le professeur Rochfeld souligne la nouvelle inscription du contrat dans la sphère sociale dont la reconnaissance des inégalités fait partie²³⁹. Nous verrons, en premier lieu, les risques du contrat de consommation **(1)** avant de nous intéresser, en second lieu, au rétablissement de l'équilibre contractuel de manière objective **(2)**.

1) Les risques du contrat de consommation : un contexte propice aux abus

221. L'absence d'équilibre est relevée d'office dans le cadre des contrats de consommation et entraîne une remise en cause du contrat lui-même. Comme le souligne très bien le Professeur Farjat « s'il s'agissait de montrer qu'en raison de circonstances de fait, inégalité économique des partenaires, nécessité de contracter, etc... — la liberté contractuelle est souvent purement théorique, ce serait reprendre une analyse toute faite, notamment avec la théorie des contrats d'adhésion. Cette analyse est juste, mais il nous semble plus intéressant de relever un véritable parallélisme entre un certain dirigisme privé et le dirigisme public. La liberté contractuelle a abouti en de nombreux domaines

²³⁸ J.-B. SEUBE, « Contrats de droit privé – contrats administratifs : points de convergence »?, *RJOI* 2005/2006, p. 39 : « l'inégalité entre contractants n'est plus le propre des contrats administratifs ; même en droit privé, il y aura un "fort" face à un "faible" d'où le développement du droit de la consommation et son influence dans le droit commun [...] il y aura un indépendant face à un dépendant » ; Th. REVET, « L'apport au droit des relations de dépendance », in *La détermination du prix : nouveaux enjeux*, Dalloz, 1997, p. 37 et s.

²³⁹ J. ROCHFELD, *Les grandes notions de droit privé*, éd. Thémis Droit, PUF, 2013, p. 426.

de l'activité contractuelle à la naissance d'un ordre privé économique, en tout point semblable à l'ordre public économique, sauf sur un point : la contrainte ne vient pas de la même autorité ».

222. Il est à noter que l'apparition de cet ordre privé économique n'a pas échappé à la doctrine, mais elle l'a souvent considéré comme un ordre moins important et conférant une décadence moindre à la liberté contractuelle en comparaison du dirigisme public. C'est ce que souligne le professeur Josserand qui considère que cette sorte de dirigisme est dévolue à une seule partie dans les seules limites du contrat. Normalement, l'égalité économique et juridique doit y régner. Contrairement à cet ordre public privé qui doit régner au sein du contrat, le dirigisme public vient de l'extérieur et est donc plus destructif de l'autonomie de la volonté, plus anti-contractuel²⁴⁰. Mais est-il vraiment plus anti-contractuel dans la mesure où il renforce dans certains cas l'arsenal social du contrat et lui permet de rendre le contrat objectivement plus juste ? Il serait anti-contractuel par rapport au modèle usuel, mais la multiplication de nouvelles obligations extérieures au contrat est le signe d'une certaine dépersonnalisation du contrat et contribue à relativiser la notion de contrat. Dans ce contexte, le contrat s'objectivise et relance la dynamique d'un changement de paradigme sur la réalité d'un contrat insérée dans une sphère sociale et qui s'impose en se détachant de la volonté individuelle.

223. La rédaction unilatérale des contrats d'adhésion permet d'y introduire facilement des clauses abusives. Il est certain que même si ce type de contrat s'impose de plus en plus, il est source de graves abus²⁴¹. Même si le doyen Carbonnier a observé que la partie la plus faible reprendrait l'avantage en fait lors de l'exécution, en raison de son contact direct avec l'objet, il n'en demeure pas moins que ce contrat d'adhésion, dont le texte est souvent incompréhensible pour le profane, laisse bien souvent le cocontractant rédacteur du contrat dans une situation privilégiée. Si la jurisprudence sur les clauses abusives tente de rétablir l'équilibre à la sortie du contrat, mais bien souvent le mal est fait. Le consentement n'est qu'apparent dans ce type de contrat et influence la question de la qualification même de contrat dans ces situations. En effet, le

²⁴⁰ G. FARJAT, thèse préc.

²⁴¹ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 8^e éd., LGDJ, 1995, p. 221.

déséquilibre de départ est tellement flagrant que la question reste posée. Reconnaître un caractère contractuel au contrat d'adhésion implique d'en éliminer les clauses abusives²⁴² et d'assurer la protection du faible dans le contrat. Grâce à différentes lois et directives, le cocontractant faible a pourtant tendance à reprendre l'avantage. Il faut donc que cette protection ne devienne pas une « surprotection » porteuse d'effets pervers. En effet, la surprotection peut être contre-productive.

2) Le rétablissement de l'équilibre contractuel de manière objective

224. La rédaction des contrats d'adhésion laisse une place privilégiée et prépondérante aux « contractants forts ». D'après un auteur, le contrat est « le lieu d'inscription du pouvoir dans la sphère sociale et dans la durée²⁴³ ». En effet, pendant des décennies le contrat a été considéré comme un instrument d'égalité, qui niait toute durée et toute inégalité. Cependant, cette réalité apparente ne prend pas en compte la plupart des contrats qui s'inscrivent dans la durée et qui font naître la plupart du temps un rapport de pouvoir. La distinction entre la formation et l'exécution du contrat et le développement des phénomènes d'unilatéralisme dans le contrat se sont accompagnés de la mise en œuvre de mécanismes de rééquilibrage bien légitimes. C'est devant l'émergence de ce nouveau contexte que passe le rétablissement de l'équilibre contractuel de manière objective.

225. L'accroissement des inégalités de fait et la proclamation des égalités de droit ont soulevé un réel paradoxe qui pose le problème de la remise en cause du contrat

²⁴² Directive européenne du 5 avr. 1993 relative aux clauses abusives, destinée à harmoniser les différentes réglementations ; L. n° 95-96, du 1^{er} févr. 1995 concernant les clauses abusives et présentation des contrats régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, *JORF*, 2 févr. 1995, p. 1755.

²⁴³ J. ROCHFELD, *Les grandes notions de droit privé*, PUF, 2013 : « La réalité sociale n'a jamais correspondu aux postulats proclamés de la rationalité et de l'égalité des parties. Mais il faudra attendre la remise en cause massive de ces prémisses, par la multiplication de nouvelles situations contractuelles inégalitaires, pour voir reconsidérer l'idée d'égalité abstraite des contractants [...] cette reconsidération aura pour conséquence de légitimer un certain interventionnisme du droit de la loi et du juge, sur le fondement de l'idée que ce dernier doit pallier les déséquilibres du contrat [...] dès lors que l'un des contractants n'a pas été à même de défendre librement et rationnellement son intérêt, le contrat n'a plus les mêmes raisons d'être intangible ».

classique. En effet, des catégories de contractants émergent et prennent donc en compte cette inégalité de fait. On distingue une partie forte et une partie faible²⁴⁴. Cette qualification de fort ou de faible passe par une importante catégorisation des acteurs de droit à travers des relations qui s'y prêtent. C'est tout d'abord la réalité du droit du travail qui a contribué largement à reconnaître un certain déséquilibre entre le salarié et son employeur, puis entre le consommateur et le professionnel, et ensuite le droit de la concurrence avec le fournisseur et le distributeur. C'est à travers cette nouvelle réalité que le droit contractuel classique prend conscience de l'émergence de la réalité du contrat en droit français. Cette nouvelle prise en compte de ce pouvoir du fort dans le contrat consacre indéniablement un certain pouvoir unilatéral²⁴⁵.

226. Ce pouvoir unilatéral est un élément perturbateur du contrat qui contribue à remettre en cause l'idée même de contrat. En effet, cette nouvelle catégorisation de faible et de fort traduit la réalité d'un acte qui ne pourrait être considéré comme un acte contractuel qui nécessite normalement une égalité entre les cocontractants et surtout une absence de subordination dans la répartition des pouvoirs. La réalité d'un pouvoir réel ne fait pas pourtant disparaître le contrat en tant que tel.

²⁴⁴ M. FONTAINE et J. GHESTIN (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaison franco-belges*, LGDJ, 1996.

²⁴⁵ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 2004.

CONCLUSION DE SECTION 1

227. En 1804, «le contrat fut conçu comme la rencontre de volontés de deux ou plusieurs parties en situation d'égalité juridique, mais également d'égalité de fait²⁴⁶». Sa fonction principale était la création d'effets de droit permettant de concrétiser juridiquement un échange économique. Cet état de fait explique que le contrat était vu comme étant davantage un échange économique instantané et égalitaire dans l'instant. Mais cette unique vision, avec la tentative de figer le contrat dans le temps, montrait bien la volonté de maintenir le contrat hors du temps afin qu'il reste intangible et immuable. Mais ces motifs légitimes quant au modèle proposé et quant à la sécurité juridique trouvaient leurs limites dans les changements de circonstances et notamment l'intrusion du temps. Cela était particulièrement vrai dans des contrats dépassant la seule fonction économique d'échange pour prendre davantage en compte la finalité du contrat. Était ainsi remise en cause la capacité du modèle à accueillir les aléas du contrat liés au temps. Les motifs de l'enfermement trouvaient leur réponse dans la réalité comprise dans l'unicité du modèle proposé alors que d'autres modèles semblaient se dessiner avec un déplacement de frontières à l'exécution qui ne pouvait s'expliquer que dans la réalité d'un changement de paradigme contractuel. Pourtant au lieu de suivre cette orientation, la réforme de 2016 a persisté dans l'enfermement du modèle du contrat échange.

²⁴⁶ J. ROCHFELD, *op. cit.*

SECTION II : LA PERSISTANCE DE L'ENFERMEMENT DU CONTRAT DANS LA RÉFORME DE 2016

228. L'enfermement du contrat persiste dans la volonté affichée de neutraliser tous les effets d'une éventuelle imprévision. Il apparaît de manière évidente que la même logique est à l'œuvre dans les nouveaux textes de l'ordonnance du 10 février 2016. On était enfermé avant et on est enfermé maintenant. En effet, en détaillant finement la problématique de l'imprévision telle qu'elle est comprise par la réforme, on s'aperçoit que le fondement n'a pas vraiment changé. La partie victime des changements de circonstances dispose d'une option alors qu'avant les parties, « étaient tenues de remplir leurs obligations même si l'exécution est devenue plus onéreuse²⁴⁷ ». Mais cette option n'est autre qu'une tentative d'adaptation en cas d'imprévision.

229. Le nouvel article 1195 de l'ordonnance de 2016 introduit la possibilité d'imposer à la partie récalcitrante l'adaptation de l'acte aux contraintes nouvelles. Il rompt avec le traditionnel silence du Code civil sur l'incidence du changement de circonstances et plus encore avec la solution jurisprudentielle du Canal de Craponne.

230. Les deux fondements que sont l'intangibilité et l'irrévocabilité vis-à-vis des parties ne signifient pas que le contrat, une fois conclu, va développer sa vie propre en échappant à l'emprise de la prévision et de la formation. C'est ce qu'affirmait l'ancien article 1134 du Code civil, dans son alinéa 2. Mais l'article 1193 du Code civil reprend le principe et ajoute que la volonté commune peut modifier ce qui a été fait, même dans le silence des textes.

231. Nul ne conteste aujourd'hui que le principe de l'autonomie de la volonté est en déclin. À s'en tenir à la définition du contrat, même si cet acte naît d'une volonté délibérée d'agir, son autonomie par rapport à la loi ou encore à l'ordre public est faible. Cette première approche de la réalité de l'autonomie de la volonté était liée à la toute-puissance de l'individualisme et du rationalisme. L'acte de volonté s'inscrit alors dans une volonté

247

délibérée d'agir. La volonté est le fondement du contrat au sens où un contrat n'est valable que si et parce qu'il est formé par une rencontre des volontés des parties. La volonté initiale semblait s'inscrire dans le marbre du contrat, telle une loi (**Paragraphe 1**). Cependant, le vrai sens de la volonté des parties est sujet à de multiples interprétations qui révèlent progressivement le véritable sens de l'expression de « volonté des parties » comme une adhésion à une conception plus juste et équilibrée du contrat au fur et à mesure de son exécution. Le vrai sens de la volonté des parties est progressivement remis en cause par l'ordre public et la loi qui amorce le déclin du mythe du volontarisme, mais qui tente de neutraliser par tous les moyens une adaptation sans limites (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La notion de volonté contractuelle face à l'impact du changement dans l'exécution

232. La notion même de volonté contractuelle aurait pu être impactée par la récente admission de l'imprévision. Rappelons que tout d'abord le contrat en tant que manifestation de la volonté individuelle s'oppose traditionnellement à la loi et au jugement. L'autonomie de la volonté pose que la volonté de l'homme face à celle du législateur est apte à se donner sa propre loi. Mais c'est sans compter avec la réalité de l'influence de l'ordre public et celle de la réalité contractuelle dans la durée.

233. En effet, il semble à première vue que le contrat peut se suffire à lui-même. Or, l'idée d'une loi parallèle au contrat qui impacterait indirectement ou directement le contrat remettrait en cause cette autonomie de la volonté pure, alors même que ce principe aurait innervé le droit des contrats pendant tout le XIX^e siècle. La doctrine envisage elle-même cette réalité en relevant un certain déclin de l'autonomie de la volonté et en inscrivant le contrat dans une volonté plus objective qui tente d'ancrer le contrat dans un environnement plus objectif et plus global.

234. Il faut cependant se détacher des apparences trompeuses puisque cette autonomie de la volonté dès la formation est un pur mythe. En effet, cette conception du volontarisme aiguë est due en grande partie au principe du rationalisme. Du rationalisme de la volonté qui s'engage, on est passé au respect de la parole donnée issue des canonistes qui ont fait naître le consensualisme. À partir de cette conception unitaire du contrat, l'article 1134, al 1^{er}, pose que le contrat est une loi, issue de la volonté des

parties et que cette volonté est autonome. Mais cette réalité de l'autonomie se fissure au profit d'une certaine hétéronomie de la volonté contractuelle.

235. Alors que lors du XIX^e siècle, le principe d'autonomie de la volonté va innover le droit des contrats et devenir un pilier du droit privé français, cette notion n'a pas cessé d'être remise en cause au cours du temps²⁴⁸. En effet, le droit français semble marqué par une faille ontologique qui traverse la théorie générale de l'acte juridique et qui résulte du déni de cette hétéronomie inhérente au contrat. Cette hétéronomie est le signe de la diversité des influences sur le contrat que sont la loi et le respect de l'ordre public ainsi que le changement de circonstances. Influences qui ont tendance aujourd'hui à remettre en cause le contrat pour l'orienter dans une perspective de justice et d'équilibre. Cette négation volontaire d'une certaine partie de la doctrine des différents éléments du contrat et de ses différentes influences contribue à la nécessaire remise en cause de la conception unitaire du contrat. Cette dernière ne présentait que très peu d'inconvénients tant que la théorie générale suffisait à rendre compte du contrat dans son unité **(A)**, mais le phénomène grandissant de la complication des relations économiques impacte directement la théorie générale du contrat. Il impose donc de trouver une vraie alternative au contrat complet en se concentrant davantage sur la réalité du contrat au moment de son exécution, pour reconnaître une meilleure adhésion de leur volonté à la finalité du contrat **(B)** ?

A) Les attermoissements sur la réalité du temps du contrat

236. C'est cette réalité contractuelle dualiste de l'instantanéité du contrat et de la durée qui invite à s'interroger pleinement sur la réalité du recul de la conception instantanéiste du contrat **(1)**. Notre recherche invite à s'interroger davantage sur les mutations contractuelles qui s'opèrent dans un contexte de durée et qui interrogent les nouveaux fondements contractuels en privilégiant le plus souvent une conception contractuelle la plus objective possible **(2)**.

²⁴⁸ M. VILLEY, « Essor et décadence du volontarisme juridique », *Arch. phil. dr.*, 1957, p. 87.

1) Vers la réalité d'une conception dualiste du contrat dans un contexte de durée

237. Selon l'analyse de Duguit²⁴⁹, une décomposition très poussée du mécanisme volontaire permet de distinguer dans le contrat le moment précis de la conception, puis celui de la délibération, ensuite celui de la décision et, enfin, celui de l'exécution. L'auteur considère que le premier moment est étranger à l'acte de volonté en lui-même. C'est la représentation de ce que le sujet va vouloir sans considération du but qu'il poursuit. L'aspect juridique de l'acte se manifesterait lors de la délibération. Selon le même auteur, l'apparition du but et de l'objet est inhérente à cette période. On distingue alors l'objet immédiat, mouvement voulu immédiatement, de l'objet médiat qui peut se mouvoir dans le monde extérieur. L'acte juridique est un acte de volonté intervenant avec l'intention que se produise une modification dans l'ordonnement juridique tel qu'il existe au moment où il se produit ou tel qu'il existera à un moment futur donné.

238. Duguit a fait prendre conscience de « l'interaction fondamentale de la volonté et de l'objectif dans l'acte juridique et dans ses effets²⁵⁰ ». Cette approche de l'acte juridique semble répondre au double aspect dynamique et objectif du contrat. La prise en compte du contrat dans son milieu est l'objet de notre étude. Cependant, la conception duguiste de l'acte juridique reste singulièrement abstraite et serait même réductrice et source de confusion dans la mesure où « la règle objective ne doit pas être extérieure à l'individu agissant, elle n'est pas la source extérieure donnant force obligatoire à sa volonté²⁵¹ ». Au contraire, elle devrait faire partie intégrante de cette réalité contractuelle.

239. Comme Hauriou, nous sommes tentés de considérer que « les éléments subjectifs sont les forces créatrices, l'action, alors que les éléments objectifs sont des

²⁴⁹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., 1927, t. 1, chap.III, p. 316 et s., cité par J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, préf. P. RAYNAUD, LGDJ, 1971, p. 56 et 57.

²⁵⁰ J. HAUSER, th. préc., p. 58.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 60

éléments de réaction, de durée et de continuité²⁵² ». La formation postule l'action et l'exécution, c'est-à-dire la réaction. Il ne s'agit pas de couper l'individu de son milieu que le contrat dans la durée doit au contraire précisément intégrer. L'on peut distinguer la *volonté* du *consentement*²⁵³ en tant que celui-ci réaffirme la volonté du sujet au cours du contrat au regard de l'ensemble des éléments nouveaux et anciens. Cependant, la seule volonté subjective de tout modifier ainsi que l'ordre des choses, en tant que puissance absolue est un mythe dans la mesure où le résultat de cette volonté purement subjective laisse un pan entier du contrat se développer sur un risque d'arbitraire et un manque d'équilibre. Les hésitations du juge entre l'objectivisme et le subjectivisme sont ainsi au cœur des développements sur le contrat, en particulier sur l'interprétation de la volonté qui est censée se développer au cours de l'exécution du contrat à l'épreuve de sa réalité. Il est perçu à travers ce développement que le contrat est source d'ambivalence permanente entre la volonté des parties source, subjective par excellence, et l'environnement légal et d'ordre public, plus objectif. C'est ce balancement permanent entre ce que veulent les parties subjectivement et ce qu'elles peuvent attendre objectivement du contrat dans une réalité de justice qui nous intéresse.

2) L'interprétation de la volonté : les hésitations du juge entre objectivisme et subjectivisme

240. Ne se contentant plus d'envisager la formation comme autonome et le contrat comme un simple instrument de la volonté, certains auteurs assignent à la volonté des fonctions nettement plus ambitieuses. L'autonomie de la volonté est remise en cause par le tiraillement qui existe entre deux conceptions du contrat, et c'est bien entendu un juste milieu entre les différentes conceptions qui semble être la solution.

²⁵² M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Larose 1910, p.106 définissant le contrat comme « l'entreprise la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits en les intégrant d'avance dans un acte de prévision », voir aussi J.HAUSER « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique » in Religion, société, politique, Mélanges en hommage avec J.ELLUL, PUF, 1983, p.507 le droit consiste « en la plus gigantesque entreprise de domination du temps jamais tentée par l'homme ».

²⁵³ M.-A. FRISON-ROCHE, « la distinction entre la volonté et le consentement ».

241. Il a été souligné que l'autonomie de la volonté est un mythe et c'est la raison pour laquelle il est difficile d'interpréter réellement le contrat, tant les marges de manœuvre sont réduites et tant la prévision est précise. Dans son rapport au temps, la question principale était de déterminer le degré d'abstraction du contrat construit par le mythe de l'absence de temps. En effet, le concept d'autonomie de la volonté au sens le plus strict serait de considérer le contrat comme détaché de toute évolution possible, il serait absolument intangible. Dès lors, par le mythe de l'autonomie de la volonté, le contrat était classiquement absorbé par le modèle purement instantané du contrat de vente. La volonté est figée dès la formation et s'inscrit ainsi comme une loi qui s'impose et qui ne peut être remise en cause. La volonté s'inscrit dans l'instant et tente de cristalliser le contrat en un temps donné.

242. En énonçant en son alinéa 1^{er} que « les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites », l'article 1134 est porteur de plusieurs ambiguïtés. Cette polysémie met le juge en face d'un dilemme : doit-il interpréter la volonté réelle des parties ou s'en tenir à la lettre du contrat ? Conformément au principe de l'autonomie de la volonté qui sous-entend un fondement volontariste du contrat, celui-ci n'est valable et obligatoire que parce qu'il est issu d'une rencontre de volontés. C'est parce que la volonté est rationnelle que l'acte de volonté est créateur d'obligations. Dans ce raisonnement classique, c'est la toute-puissance de la volonté qui est consacrée ainsi que celle de l'individualisme. Cette conception reconnaît non pas l'engagement unilatéral de volonté, mais consacre bien la rencontre de volontés fondant la loi des parties.

243. Cependant, selon le principe de la force obligatoire du contrat, la convention s'impose aux parties telle une loi. Dans ce cas, les contractants sont tenus de respecter à la lettre le contrat. Cependant, ce respect absolu des données du contrat soulève quelques difficultés dans la mesure où le contrat n'est pas toujours facile à comprendre pour les parties. Le juge a alors un rôle à jouer et devient le maître de l'interprétation du contrat. La force obligatoire du contrat donne alors lieu à son forçage

du contrat. La recherche du sens du contrat passe par celle de la volonté réelle des parties. Il s'agit de distinguer la volonté réelle de la volonté déclarée²⁵⁴.

244. Depuis le XIX^e siècle, on enseigne que le droit français est fortement marqué par le principe d'autonomie de la volonté impliquant de rechercher et de s'en tenir à la volonté interne des parties. De son côté, le droit allemand considère qu'il faut plutôt se tourner vers la volonté réelle²⁵⁵ qui dépasse les seuls termes du contrat et qui tend à exiger, parallèlement à la volonté, l'existence d'une cause qui devra perdurer tout le long du contrat. C'est dans ce contexte que sont intervenues les premières interrogations sur la notion même de volonté et sur les conséquences de sa définition. Il s'agit de soulever à travers cette question l'introduction d'un certain objectivisme²⁵⁶ dans le contrat, c'est-à-dire le détachement du contrat de sa seule source de volontés pour se confronter à la réalité du respect de l'ordre public et de l'impératif économique. Le juge utilise en effet la méthode husserlienne sans le savoir en confrontant la volonté des

²⁵⁴ T. IVAINIER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », *JCP* 1981, I, 3023.

²⁵⁵ A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, 1961, p. 589 : « Il s'agit de savoir comment se réalise dans le droit des actes juridiques, la conciliation entre la puissance de la volonté individuelle et la sécurité des transactions. Le droit français s'attache à la volonté interne : il préfère le respect de la volonté réelle au besoin de la sécurité du commerce, le droit allemand au contraire retient essentiellement la volonté déclarée ; il néglige le for interne ; le souci de stabilité des relations prévaut sur l'examen des mobiles. Cette opposition fondamentale tiendrait principalement aux circonstances de la rédaction du Code civil et du BGB : le premier aurait été rédigé à l'époque où le volontarisme juridique atteignait son apogée ; le second aurait au contraire subi profondément l'influence de l'Erklärungs-théorie qui, à la fin du XIX^e siècle, recueillait en Allemagne la majorité des suffrages, et refoulait la Willenstheorie et attribuait à la déclaration un rôle capital dans le droit de l'acte juridique. Cette opposition va tenter de nous prouver qu'elle est plus apparente que réelle et que partis de conceptions différentes, les deux droits aboutissent à maintes reprises à des résultats très voisins. Et pour nous le montrer M. RIEG va nous prouver un rapprochement significatif entre les deux conceptions. RIEG analyse le rôle de la volonté selon qu'il se manifeste à la genèse et quant à la portée de l'acte juridique ». En ce sens nous considérons à la lumière de ce qui vient d'être dit que la problématique de la volonté est une problématique qui est capable d'évoluer dans le temps et le plan de la thèse de RIEG évoque l'évolution possible de la volonté à l'épreuve de la réalité.

²⁵⁶ On distingue le subjectif et l'objectif. Est subjectif ce qui s'attache à la volonté réelle des parties. *A contrario*, est objectif tout ce qui est détaché de la volonté réelle des parties, c'est ainsi que l'on détache son regard de sujet impliqué pour un regard normal, sans intervention d'éléments affectifs dans ses jugements.

parties à la réalité contractuelle. Cette première rencontre induit un certain objectivisme husserlien, car elle confronte objectivement le contrat à sa réalité.

245. En se confrontant à l'autre volonté, l'échange de consentements devient un acte plus objectif qui a déjà tendance à comprendre les attentes respectives de chacun et au-delà de ça, il serait bon de considérer que le contrat s'expose au réel et à sa justice. Cela n'est pas sans rappeler le rapprochement du contrat de la conception de l'utile et du juste chère au Professeur Ghestin. En effet, par la rencontre entre le subjectivisme et l'objectivisme du contrat, l'acte se confronte à une attente réelle en fonction de l'évolution de l'exécution.

246. C'est donc cette rencontre à plusieurs qui forment le socle de la loi contractuelle. C'est cette rencontre qui a force obligatoire. Le lien qui existe entre la force obligatoire du contrat et la rencontre de volontés a imposé le rejet traditionnel de la force d'un engagement unilatéral dans le cas du contrat bien entendu. En effet, la réforme de 2016 donne une certaine place à l'unilatéralisme dans certains contrats où la volonté n'est pas supposée s'être donnée complètement. Les parties dans certains contrats ne sont pas sur un pied d'égalité. Le contrat demeure même au prix d'une prise de pouvoir unilatéral dans le contrat. Cependant, ce possible unilatéralisme n'est envisageable qu'à partir du moment où cette prise de contrôle n'est que momentanée et permet un contrôle en amont de l'équilibre et de la justice contractuelle. Mais par principe, c'est la rencontre des volontés qui imprime la loi des parties. Ainsi, le contrat est l'acte par lequel plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres. Dans le cas des contrats structurellement déséquilibrés, la loi des parties perdure si et seulement si le paradigme contractuel a changé et s'inscrit dans une réalité plus objective d'équilibre contractuel. Le possible unilatéralisme dans le contrat n'existe que dans la réaffirmation d'une volonté plus objective à la lumière des nouvelles données en cours d'exécution. Mais cet unilatéralisme prend particulièrement appui sur la catégorie des contrats d'adhésion qui est enfin consacrée dans l'ordonnance du 10 février 2016.

247. Cette compréhension de la force obligatoire en tant que résultat et effet de la rencontre des volontés influence directement le régime du contrat. Il y a en effet, une certaine cohérence de raisonnement. À partir du moment où le contrat est la loi des parties, la chose des parties, il est évident que l'immixtion ou l'intervention du juge

dans le contrat doit être exclue. Cependant, la reconnaissance du régime particulier du contrat d'adhésion introduit dans le contrat un certain unilatéralisme. En effet, la qualification de contrat d'adhésion est une porte d'entrée au contrôle de l'unilatéralisme et contribue largement à une détermination plus objective du contrat et remet en cause l'autonomie de la volonté par la reconnaissance d'une forme de pouvoir dans le contrat acceptée et rééquilibrée par la mise en place du contrôle de l'abus en vérifiant la bonne foi du cocontractant fort. Cette *summa divisio* souterraine est reprise dans l'ordonnance du 10 février 2016 dans la distinction entre les contrats de gré à gré et les contrats structurellement déséquilibrés. Elle permet de consacrer la montée en puissance de l'unilatéralisme qui entraîne une certaine forme d'objectivisme dans le contrat et qui autorise une réalité contractuelle plus objective en instaurant des contre-pouvoirs en cas d'abus²⁵⁷.

248. Pourtant on pourrait considérer que dès l'échange de consentement le contrat se détache du subjectivisme et s'objectivise en tant qu'objet des parties. La notion de volonté unique, individuelle en rencontrant la volonté de l'autre s'objectivise dans l'attente de l'autre. L'autonomie de la volonté devient un mythe, car la volonté ne sera plus vraiment autonome lors de la rencontre. Ce serait en effet paradoxal de voir une autonomie dans la rencontre de volontés. Oui, la volonté est autonome lorsqu'elle s'engage, mais elle redevient dépendante de la rencontre lorsqu'elle accepte, lorsqu'elle se soumet à la volonté de l'autre. Dans cette forme d'adhésion, l'échange des consentements objectivise déjà le contrat et remet en cause l'autonomie de la volonté.

²⁵⁷ Association Henri Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Journée Nationale, Dalloz, 2016.

B) De la notion de volontés à la notion de contrat

249. La plupart du temps, le contrat est présenté comme le fruit d'un accord de volontés. L'accent est mis sur le rôle des parties au moment de la conclusion du contrat. C'est dans cette conception du contrat que l'élément subjectif *a priori* prédomine sur l'élément objectif. Pourtant, certains auteurs comme le Professeur Frison Roche considèrent qu'au moment de la conclusion de l'acte, la volonté se soumet à l'adhésion au contrat. L'échange des consentements devient la loi du contrat avec un fondement différent (2). C'est ainsi qu'une fois conclue, la volonté des parties perd sa primauté (1).

1) La notion de volontés des parties dans le contrat

250. Rappelons tout d'abord que le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes selon le nouvel article 1101 du Code civil²⁵⁸. L'accord de volontés est à ce point essentiel que les tribunaux en ont déduit que tout acte scellant un accord de volontés est constitutif d'une norme contractuelle, sauf si la loi impose un cadre déterminé au contrat en cause selon le nouvel l'article 1109 du Code civil. Selon cet article : « Le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange de consentements, quel qu'en soit le mode d'expression. Le contrat est solennel lorsque sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi. Le contrat est réel lorsque sa formation est subordonnée à la remise d'une chose ». La cohérence du système implique de rejeter toute intervention judiciaire dans le contrat. Seule la volonté des parties compte, c'est la loi. Tout le contenu du contrat est né de cette volonté et doit être strictement appliqué. L'autonomie de la volonté postule que la volonté de l'homme face à celle du législateur est apte à se donner sa propre loi. Mais c'est sans compter avec l'influence de l'ordre public et celle de la réalité contractuelle au cours de la durée. En effet, il pourrait sembler à première vue que le contrat puisse se suffire à lui-même. Or, l'idée d'une loi parallèle au contrat qui impacterait indirectement ou directement le contrat remettrait en cause cette autonomie de la volonté au profit d'une certaine hétéronomie. La doctrine envisage elle-même cette réalité en observant un certain déclin

²⁵⁸ Article 1101 du nouveau Code civil : « le contrat est un accord de volontés entre deux et plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

de l'autonomie de la volonté et en inscrivant le contrat dans une réalité plus objective. Certes, le pouvoir créateur de règles juridiques bute sur l'interdiction de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent les bonnes mœurs et l'ordre public, selon l'article 1102 nouveau du Code civil.

251. Selon un auteur, « la volonté ne pourrait donner naissance à une obligation qu'à la condition d'être projetée dans la sphère sociale²⁵⁹ ». La volonté se manifesterait par une expression claire – écrite ou orale – ou par un comportement socialement ouvert à autrui. C'est dans la rencontre des volontés que le consentement va naître, elle extériorise la volonté qui devient alors objet extérieur au sens de la phénoménologie husserlienne²⁶⁰. De cette rencontre avec l'autre surgit le consentement au contrat.

252. La volonté est « jetée en dehors » d'elle sur la scène juridique. Elle se transforme donc en réalité extérieure à partir de la rencontre avec le cocontractant. Un auteur fait ce constat en considérant que cette extériorisation « changerait cette volonté en un consentement plus objectif qui suit les objets dans leurs échanges²⁶¹ ». Il ajoute que la rencontre de volontés abolit un certain pouvoir unilatéral pour consentir à la réalité du consentement par la rencontre et l'échange avec autrui.

253. Mais d'après le professeur Revet, la prégnance de la volonté dans la figure unitaire du contrat n'est pas limitée au lien entre l'accord de volonté et l'existence de l'acte, introduisant dans le Code civil le principe de liberté contractuelle, le projet du nouvel article 1102 du Code civil énonce en son premier alinéa que : « chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat, dans les limites fixées par la loi ».

²⁵⁹ J. ROCHFELD, *op. cit.*, notion n°7.

²⁶⁰ HUSSERL, Méditations cartésiennes : autrui complète et enrichit ma vue du monde sans ce partage et cet échange c'est à dire sans l'intersubjectivité comme visée du monde commun.

²⁶¹ M-A. FRISON-ROCHE, « Volonté et consentement », *Arch. phil. dr.*, 2000, p. 140 ; « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des obligations », *RTD civ.* 1995, p. 573.

2) Des fondements différents : vers une objectivisation du contrat par l'utile et le juste

254. L'importance du rôle de la volonté des parties n'est guère contestée²⁶², mais le déclin de l'autonomie de la volonté impose de rechercher d'autres fondements au contrat. C'est dans cette perspective que certains auteurs ont insisté sur le rôle économique du contrat, dont le fondement serait d'être la judiciarisation des besoins et des activités économiques²⁶³. Cette conception purement économique du droit contractuel est d'ailleurs celle retenue en droit anglais, le contrat est avant tout une affaire : *le bargain* et cette conception poussée par la théorie de *l'efficient breach of contract* et qui fait de l'efficacité économique le fondement de la force obligatoire. On peut ici permettre aux contractants de ne pas exécuter leur contrat si l'inexécution est plus efficace au plan économique.

255. D'autres auteurs, comme Ghestin, ont lié l'efficacité économique et la justice sociale en s'inspirant des réflexions de Gén²⁶⁴, le contrat est marqué par l'utile et le juste : « la liberté contractuelle et même la règle morale du respect de la parole donnée, doivent se concilier avec d'autres préoccupations : d'une part, l'utilité sociale, le bien public, qu'exprime particulièrement la notion d'ordre public et celle de sécurité juridique, qui protège à la fois la confiance, notion morale, et le crédit, besoin social et économique ; d'autre part la justice et son corollaire la loyauté, que traduisent les nombreuses références à la notion morale de bonne foi ».

256. Une autre approche normativiste trouve son origine chez Kelsen qui distingue la formation du contrat, issue de la volonté des parties, du contrat lui-même : « en ne considérant la convention comme un acte juridique, "la théorie classique" n'est

²⁶² G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris 1965, qui écarte tout rôle de la volonté dans le contrat : la force obligatoire du contrat résiderait dans la confiance du créancier.

²⁶³ J.-M. PUGHON, « L'approche économique du contrat », *Droits*, n° 12, p. 57.

²⁶⁴ Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*, LGDJ, 1954, p. 187 : « l'ordre juridique privé, se ramenant essentiellement à une conciliation d'activités libres et à une harmonie d'intérêts, en vue d'une finalité supérieure, ne peut, en dehors de la loi écrite qui n'en offre jamais qu'une révélation incomplète, trouver ses bases, profondes et fermes, que dans la justice et l'utilité sociale, seuls éléments objectifs capables d'en suggérer les règles, fondées sur la nature des choses et adaptées aux exigences de la vie ».

pas en mesure de saisir l'essence du phénomène juridique en question sous tous ses aspects. Une fonction de la convention qui est de la plus haute importance, la fonction de création du droit ». Le contrat s'objectivise au contact de normes extérieures que sont l'ordre public et les lois qui s'imposent en cours de contrats, ainsi que la réalité du marché. Nous avons à travers cette conception kelsenienne les prémices du fondement plus objectif du contrat et qui laisse entendre un possible aménagement du contrat en cours d'exécution, avec un détachement d'un certain subjectivisme de la norme.

257. Le contrat représente bien plus que la rencontre des volontés, il constitue une norme à part entière qui se détache progressivement de l'accord initial. L'apport de cette construction relativise et démystifie le rôle de la volonté des parties pourtant si cher à la théorie classique. Ce changement d'orientation de la lecture du contrat permet de concevoir et de fonder différemment le principe de force obligatoire. On assiste donc à un changement de perspective, l'ancien article 1134 se distingue de la seule volonté des parties. En distinguant la force obligatoire de la volonté des parties, le contrat est obligatoire parce qu'il est une norme reconnue par le droit. Cette justification kelsenienne fait abstraction de la volonté des contractants : l'obligatorité du rapport contractuel ne trouve pas sa source dans un respect absolu de la parole donnée, mais dans la norme créée par la rencontre des volontés qui a tendance à s'émanciper du contrat purement subjectif fruit de l'unique rencontre des volontés et qui s'objectivise à l'épreuve de l'exécution, à l'épreuve de la réalité. Il se détache du premier acte pour évoluer dans l'environnement contractuel. Ainsi, Kelsen ne justifie en rien le principe de la force obligatoire par le recours à l'autonomie de la volonté, mais par la cristallisation du rapport contractuel dans la norme créée. Et en cela, cette norme s'est objectivée.

258. Pourtant, ce qui renforce le mythe de l'autonomie de la volonté, c'est la conception instantanéiste du contrat. En effet, le code s'est préoccupé du « coup de foudre contractuel²⁶⁵ » et a réduit le contrat à un instant de raison. Figer le contrat dans le temps pour le rendre le plus intangible possible relève du mythe. Le temps ne se fige pas, le temps s'écoule et ne peut-être nié. D'après un auteur, le temps juridique se distingue du temps réel : « c'est ainsi que de nombreux mécanismes juridiques, tels que

²⁶⁵ J. HAUSER, « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique », *Mélanges J. ELLUL*, PUF, 1983, p. 503.

la prescription, manipulent le temps, notamment en le figeant, en l'anticipant ou en remontant le cours²⁶⁶ ». Cette fiction réside dans le décalage entre la règle et la réalité²⁶⁷. Cependant, c'est au moment du consentement que se fige en quelque sorte le présent et le contrat va s'attacher à faire perdurer cette croyance. Ce phénomène se nomme la *présentiation* et contribue largement à diffuser l'impression d'un présent contractuel qui innerverait l'ensemble du contrat. C'est dans cette perspective que sera étudiée la tentative de changement de paradigme de la rencontre, fugace, au profit d'un contrat ancré dans le réel.

259. L'admission de la modification unilatérale dans le contrat confirme l'émergence de l'unilatéralisme²⁶⁸ au sein du droit des obligations et traduit la volonté de la jurisprudence d'écarter l'ancien article 1184 du Code civil relatif à la résolution judiciaire²⁶⁹ et participe de la volonté d'objectivisation du contrat. Il est à préciser « qu'en cas d'inexécution par l'une des parties dans le champ d'application de cet article, l'autre partie conserve la faculté d'option entre la résolution du contrat et son exécution supposée encore possible, tant qu'elle n'a pas renoncé à l'une ou l'autre ; des conclusions prises en fin de résolution n'impliquent pas nécessairement à elles seules, et en l'absence de toutes autres circonstances révélatrices de sa volonté, une renonciation définitive de sa part au droit d'exiger la chose ou le fait promis²⁷⁰ ». Cette jurisprudence est constante depuis le 6 janvier 1932²⁷¹. La résolution est sous-entendue, mais ce sous-

²⁶⁶ Association Henri Capitant, *Le temps et le droit*, Journées nationales, 2014.

²⁶⁷ G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1997, n° 2.

²⁶⁸ P. LEMAY, th. préc., p.101 et s.

²⁶⁹ Selon l'article 1184 du Code civil : « La condition résolutoire est toujours sous entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec des dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances ».

²⁷⁰ DH 1932, 114

²⁷¹ DH 1932, 114.

entendu a pour objectif de permettre au cocontractant d'exécuter. C'est en cela que ce n'est pas une renonciation définitive, mais plutôt une tentative de sauver le contrat ou de le rééquilibrer. Mais il serait opportun de bien distinguer la résolution de la résiliation.

260. Selon le Vocabulaire juridique, la résolution²⁷² consiste à anéantir un contrat synallagmatique. Elle est fondée sur l'interdépendance des obligations résultant de ce type de contrats et qui consiste à libérer une partie de son obligation et lui permettre d'exiger la restitution de ce qu'elle a déjà fourni, lorsque l'obligation de l'autre ne peut être exécutée, soit du fait d'une faute de celle-ci, soit par l'effet d'une cause étrangère. La résiliation est le nom que prend la résolution pour manquement fautif et sans rétroactivité. C'est le nom donné à la dissolution du contrat par acte volontaire, soit à l'initiative d'une seule partie, résiliation unilatérale, soit sur l'accord des deux parties dans le cas d'une résiliation conventionnelle. La résolution judiciaire sanctionne un défaut d'exécution alors que la résiliation sanctionne un comportement d'une extrême gravité. Quelle est la conséquence de cette nouvelle expression « gravité du comportement » ? Remet-elle en cause la résolution judiciaire ? Le cocontractant victime de cette gravité manifeste est-il alors en mesure de résoudre le contrat ? S'agit-il d'une résolution ou d'une résiliation ? Et quelles sont alors les conséquences de cette distinction et qu'apporte-t-elle à la problématique de départ ?

261. Si l'on s'en tient à la résolution judiciaire, elle produit le même effet que la nullité, mais contrairement à celle-ci, elle s'applique à un contrat régulièrement conclu et résulte d'une circonstance postérieure, soit la survenance d'un événement incertain et dont les parties avaient prévu la réalisation éventuelle soit, lorsque le contrat est synallagmatique, l'inexécution par l'une des parties de ses obligations. Quant à la faculté de résiliation unilatérale, elle met fin au contrat sans rétroactivité. Cette décision jurisprudentielle affirme la réalité d'un pouvoir unilatéral bien en place. Cet contribue au développement de l'unilatéralisme en droit des contrats en écartant le contrôle judiciaire, provoquant une certaine émancipation de l'exécution. Ainsi, cette première intention a comme conséquence de maintenir la résolution telle que visée dans l'ancien article 1184 du Code civil tout en permettant l'ouverture à une *montée en puissance*²⁷³

²⁷² Résolution vocabulaire juridique, p. 769.

²⁷³ Defrenois, 2004, p. 378 note LIBCHABER.

de l'unilatéralisme. C'est dans ce contexte que les arrêts suivants²⁷⁴, sur les mêmes questions, réaffirment cette tendance en ne faisant pas de distinction entre les contrats en fonction de leur durée : « que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non ». Cette faculté reste ouverte à tous les contractants sans prendre en compte aucune problématique de durée.

262. On assiste à une généralisation licite de ce pouvoir de résoudre le contrat sans saisir la jurisprudence compétente. C'est un arrêt de 2007 de la Première chambre civile qui opère cet élargissement du champ d'application du contrat²⁷⁵. L'emploi du terme « manquement » au lieu de « comportement » démontre la volonté du juge d'ouvrir à tous types de défaillance et certainement d'ouvrir la modification à des cas objectifs. Simplement, la jurisprudence fluctue sur cette notion de manquement et revient dans d'autres décisions à la notion de comportement. La Chambre commerciale apprécie tout autant la gravité du manquement et prend en compte la réalité de la situation qui n'a d'autre issue que la pression sur le cocontractant afin qu'il poursuive l'exécution ou encore la rupture lorsque la reprise du contrat est impossible. Un dernier arrêt²⁷⁶ qualifie les faits susceptibles de remettre en cause le contrat et d'aboutir la plupart des cas à la rupture. Il s'agit soit d'un manquement grave aux obligations contractuelles, soit d'un comportement contraire à la bonne tenue des relations contractuelles. On peut alors s'interroger sur l'émergence du mécanisme de résolution unilatérale. Est-il un glissement de la force obligatoire vers le fondement des attentes ?

263. Autrement dit, ce principe fondé sur le manquement ou le comportement contraire paraît refléter l'attente des parties. Par le prisme du manquement contractuel, c'est le contrôle du contrat qui est mis en exergue du point de vue de l'exécution et de ce qui en est attendu à la fois sur le comportement et à la fois sur le manquement. La mesure contractuelle se fait au niveau de la réalité du contrat. Ainsi, la réalité de ce

²⁷⁴ Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2001, *Bull. civ.* I, n° 40.

²⁷⁵ Cass 1^{re} civ., 13 mars 2007, inédit ; *JCP G.* 2007, I, 161, n° 12, note Grosser : « de ces constatations, la Cour d'Appel a pu déduire un manquement d'une gravité suffisante pour permettre au cocontractant de mettre licitement fin au contrat sans saisine préalable de la jurisprudence compétente ».

²⁷⁶ Cass. com., 23 sept. 2008, inédit, n° 07-10.025 ; *RTD. civ.* 2009, p. 320, note J. Mestre et B. Fages.

manquement est analysée après coup et au moment de l'inexécution. Dans ce cas, on passe de la force obligatoire au sein de la volonté des parties de départ à la volonté des parties *in situ*. Pour essayer de prendre en compte la notion même d'attente, il est important de poser les différents principes qui régissent la formation et l'exécution. La notion même de force obligatoire change en fonction de l'importance liée à la formation ou à l'exécution.

264. Traditionnellement, ces deux principes semblent s'affronter dans la lecture conjointe des anciens articles 1134 et 1184 du Code civil. En effet, il existe un certain rapprochement entre le respect de la force obligatoire et la résolution judiciaire : le créancier ne peut déclarer le contrat résolu seul, il doit en référer au juge qui a seul le pouvoir de la prononcer. Selon l'ancien article 1184 du Code civil : « la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances ». C'est donc dans l'alinéa 3 de l'ancien article 1184 du Code civil qu'est inscrit ce principe. Par ailleurs, l'ancien article 1134 du Code civil, fondement de la force obligatoire, dispose que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ». C'est toute *la puissance contractuelle* qui est exprimée dans ce texte comme un renoncement dans le consentement des parties contractantes à toute modification du contrat, loi absolue des parties.

265. Même si ces deux articles paraissent tous deux exprimer la notion de force obligatoire contractuelle, certains auteurs les ont décrits comme antinomiques dans la mesure où l'ancien article 1184 déroge au principe de force obligatoire en admettant déjà une possible modification, même si elle est accordée par le juge. Selon un auteur, le juge était autorisé à résoudre le contrat tant l'atteinte au contrat en principe était forte²⁷⁷.

²⁷⁷ H. AUBRY, thèse préc., p. 370.

Il paraît impensable que le contrat puisse être résolu de plein droit et surtout unilatéralement. Pourtant, c'est bel et bien l'évolution actuelle. La principale raison évoquée par la doctrine serait l'interdiction de se faire justice à soi-même. Le juge serait le tiers susceptible, comme l'exprime Paul Ricoeur, de mettre à distance les parties en conflit, ce qui serait, selon le philosophe, le seul moyen d'échapper à la vengeance privée afin d'aboutir à la paix sociale²⁷⁸.

266. Ces articles du Code civil sont à même de prendre en compte cette dimension. Si l'on considère davantage le respect de la force obligatoire comme celui des attentes légitimes des parties dans le contrat, le prisme de la vengeance privée et sauvage s'évapore devant une considération plus objective des relations contractuelles. Comme le souligne le Doyen Carbonnier « dès lors qu'il n'exerce ni violence, ni voie de fait, chacun doit être encouragé à réaliser son droit²⁷⁹ ». Et si « son droit » n'est au fond que son attente légitime, il est tout à fait envisageable de prendre en compte une demande unilatérale au sein du contrat dans la mesure où cette demande serait considérée comme la plus objective possible. Une demande objective est une demande revisitée par la cause au cours de l'exécution et qui permet de manière raisonnable de permettre une certaine remise en cause du contrat soit pour encourager l'exécution ou bien pour reconnaître la résolution inévitable du contrat.

267. Dans ce cadre-là, la résiliation unilatérale et non rétroactive est permise et autorise les contractants à interpréter les articles évoqués comme étant des supports de la résolution unilatérale. Le juge n'interviendrait que postérieurement pour contrôler le seuil de gravité permettant de résoudre le contrat. Ressort alors le lien entre ces deux articles qui expriment tous les deux cette force obligatoire qui innerve le contrat de toute part. « Ce fondement volontariste de la force obligatoire emporte l'impossibilité pour une des parties de se libérer unilatéralement des obligations auxquelles elle s'est volontairement engagée. La résolution d'un contrat ne peut qu'être judiciaire²⁸⁰ ». Mais

²⁷⁸ S. VAN HAECKE, *Travaux et Entretiens sur la philosophie du droit de Paul Ricoeur*, Mémoire de DEA Paris II, 1996.

²⁷⁹ J. CARBONNIER, *Les obligations*, 22^e éd, PUF, 2000, n° 190, p. 346.

²⁸⁰ C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat, étude comparative*, préf. M. Goré, LGDJ, 2008.

d'après une autre conception de la force obligatoire, elle n'existe pas en fonction de l'existence ou non en cas de risque de résolution du contrat. La rupture unilatérale du contrat ne serait pas une situation relevant du contrat, mais un acte constitutif d'une entité propre²⁸¹. Le contrat est confronté à cet acte unilatéral et son détachement du contrat pourrait être souhaitable. Cette proposition serait de nature à contourner les constructions abstraites de forçage d'un élément dans le contrat qui ne serait déjà plus du contrat. Cette montée en puissance de cet unilatéralisme contribue à s'interroger sur cette nouvelle figure complétée et d'en contrôler les abus. Ce contrôle s'exerce sur l'acte unilatéral en lui-même et non sur le contrat en tant que tel, ce qui confirme *a priori* cette distinction et brise l'unité contractuelle de départ. Ainsi, une brèche est ouverte vers une certaine autonomie du contrat par rapport à la volonté des parties.

Paragraphe 2 : Les processus de neutralisation de l'inadaptation du modèle contractuel par la recherche de correctifs à l'exécution : vers une objectivisation de la volonté des parties

268. Au lieu de reconnaître les nombreux dysfonctionnements dus à un modèle inadapté et de chercher à le remplacer, le parti pris de la doctrine comme de la jurisprudence comme du législateur a été de tenter d'adapter le modèle en place du *contrat échange*, parfois jusqu'à l'incohérence. En effet, l'admission d'une inexécution licite aurait pu paraître un peu paradoxale dans la mesure où l'objet même du contrat est d'être un acte de prévision. Admettre licitement son inexécution consistait à vouloir neutraliser les effets classiques d'une imprévision qui retentirait sur l'exécution et aurait pour effet d'annihiler le contrat lui-même. Ainsi, l'admission de l'inexécution licite en admettant le recours à un mécanisme de rééquilibrage et de neutralisation des effets du changement sans remettre en cause l'intangibilité du contrat **(A)**, s'inscrit dans une démarche corrective à l'exécution qui tente de déplacer le contrôle à l'exécution. L'extension du principe d'équilibre tente de neutraliser les inadaptations du modèle en tentant d'objectiviser davantage le contrat. Mais cette méthode a ses limites et tendrait à remettre en cause le rôle prépondérant de la formation, ce qui peut être source de grandes incohérences **(B)**.

²⁸¹ B. BERLIOZ-HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973.

A) L'émergence de phénomènes contractuels pour neutraliser les changements éventuels

269. L'émergence de phénomènes contractuels a contribué à neutraliser les différents remous liés à l'imprévu contractuel, accentués dans un contexte de durée. On remarque que la tendance est un positionnement de réaction et de circonstances, qui ne correspond pas à une vraie lame de fond qui aurait pu contribuer à réorienter la cohérence contractuelle en proposant une alternative au modèle contractuel du *contrat échange*. Il s'agissait d'une alternative au rejet de l'imprévision, mais sans prendre la mesure d'un vrai changement de perspective. Il s'agissait donc d'un aménagement ponctuel et isolé qui participait à la complexité du réel en matière contractuel. Mais ces processus de neutralisation et plus encore ces nouveaux aménagements auraient été susceptibles de remettre en cause le modèle du contrat échange tant dans son impossible exécution (1) que dans sa remise en cause d'un modèle sans négociation qui écarte la bilatéralité de départ (2) et qui va justifier un statut à part de contrat d'adhésion, catégorie consacrée par la réforme de 2016.

1) La neutralisation par la reconnaissance de l'inexécution licite dans la durée

270. L'inexécution licite est un contrôle ou plutôt un allègement de l'exécution du contrat en cours d'exécution. Cette inexécution permise s'inscrit dans un mécanisme de rééquilibrage de l'abus éventuel de l'une des parties au contrat. Elle permet notamment un rééquilibrage face à la prise de pouvoir initial dans un contrat d'adhésion. L'absence de négociation du faible au départ est rattrapée par un possible allègement des contraintes contractuelles au cours du contrat. Dans les contrats de consommation, contrats d'adhésion s'il en est, il est autorisé une certaine inexécution licite afin d'alléger le contrat et de protéger la partie faible. Plus les contrats sont d'adhésion et plus l'inexécution licite s'impose comme une réponse à la rigidité du cadre de départ pour protéger le faible. Ne voyons-nous pas alors une certaine forme d'unilatéralisme dans cette possible inexécution permise et licite ? N'est-ce pas une correction souple du contrat, un cas d'imprévision ? Il s'agit d'une reprise du pouvoir unilatéral de la partie faible sur le contrat.

271. Le droit de ne pas exécuter s'inscrit dans une volonté de réconcilier la formation et l'exécution du contrat. En effet, l'inexécution licite exprime une exposition du contrat au temps. Ce droit est un droit mesuré, comme le dit un auteur, il a un effet mesuré et relatif²⁸². Qui dit inexécution licite dit imprévision licite, ce nouveau droit de ne pas exécuter fut la porte ouverte à une certaine imprévision raisonnable. L'acceptation de l'inexécution du contrat transparait dans une certaine logique de cohérence et surtout de bonne foi. Mais face à ce nouveau pouvoir unilatéral du faible, il paraît important de préciser que ce droit à l'inexécution licite se mérite et ne doit pas entraver les règles élémentaires de la cohérence. Selon le fameux principe « *nemo auditur turpitudinem...* », nul ne peut invoquer sa propre turpitude. L'inexécution licite est un droit qui s'acquiert à partir d'une inégalité de départ qui se trouve corrigée par un contre-pouvoir au contrat lors de l'exécution. Mais les conditions de l'inexécution licite sont strictes et sont sous contrôle. En effet, il est possible de perdre le bénéfice de l'inexécution licite dans le cadre de la procédure de surendettement qui prévoit plusieurs causes de déchéance à l'article L. 332-2 du Code de la consommation²⁸³.

272. Cet article a été maintes fois complété par la jurisprudence qui estime l'inexécution licite inhérente à la bonne foi sous peine de déchéance des mesures d'allègement de sa dette²⁸⁴. Le fait de contracter un autre emprunt est donc susceptible d'entraîner une déchéance de ces mesures. C'est dans une logique de cohérence que l'on

²⁸² C. CHABAS, th. préc.

²⁸³ C. conso., art. L. 332-2, trois causes de déchéance sont prévues : « est déchue, la personne qui sciemment, fait de fausses déclarations ou remet des documents inexacts en vue d'obtenir le bénéfice de la procédure de traitement de la situation de surendettement, la personne qui dans le même but détourne, dissimule, tente de détourner ou de dissimuler tout ou partie de ses biens ; la personne qui, sans l'accord de ces créanciers, de la commission ou du juge aggrave son endettement en souscrivant de nouveaux emprunts ou procède à des actes de disposition de patrimoine pendant le déroulement de la procédure ou pendant l'exécution du plan ou des mesures prises pour redresser la situation ».

²⁸⁴ Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1998 ; *RTD com.* 1998, p. 693, obs G. Paisant : cas de déchéance retenu par l'article L.333-2 du C. conso. : peu important les intentions du débiteur, il a aggravé son endettement en souscrivant un nouvel emprunt. Peu importe qu'il ait été informé ou non de la déchéance qu'il risquait d'encourir. L'auteur critique cette analyse purement objective du 3^{ème} alinéa de l'article.

doit se situer²⁸⁵. Et au-delà de cette cohérence, c'est une logique de coopération entre le débiteur et son créancier que traduit cette inexécution licite. Cette possibilité de ne pas exécuter est une facilité offerte au débiteur pour alléger certaines contraintes du contrat et assurer la pérennité de l'acte en acceptant une certaine imprévision raisonnable. Il s'agit ici de neutraliser le contrat classique fondé sur le modèle échange pour tenter d'encadrer les effets négatifs de son inadaptation par une notion hybride qui permet de rejouer le contrat sur le plan d'un certain allègement de la prévision de départ qui tend à remettre en cause l'intangibilité. On est alors au cœur d'une adaptation du contrat face à l'inadaptation du départ en tentant d'objectiviser le contrat en cours d'exécution par la proposition d'une adaptation de la volonté des parties en cours d'exécution. Cette adaptation de la volonté des parties est un mécanisme des effets pervers d'une cristallisation d'une volonté injuste et intangible.

2) La neutralisation par la reconnaissance du statut de contrat du contrat d'adhésion

273. Le contrat d'adhésion est le paradoxe principal de la relation contractuelle qui se doit d'être bilatérale. En permettant une reconnaissance d'une inégalité de fait et en la consacrant le législateur permet l'intrusion d'un modèle contractuel inégalitaire afin de mieux considérer et protéger la personne dépendante qui n'est pas en mesure de négocier. L'hégémonie de la volonté a eu pour conséquence la multiplication des abus. Ainsi, la création d'une catégorie particulière de contrat d'adhésion participe à la reconnaissance de ces abus et tend à protéger la partie faible. En reconnaissant un certain unilatéralisme dans le contrat, qui a pour vocation de remettre en cause la bilatéralité de la volonté contractuelle, on admet un correctif qui neutralise les pouvoirs du contractant fort tout en permettant au contractant faible de s'extraire ou de corriger les travers de l'unilatéralisme.

274. Cette absence de négociation est peut-être la seconde manifestation de la remise en cause le modèle figé contractuel. Cette métamorphose progressive remet en cause le modèle du contrat complet dans l'instant de manière tangible. Dès 1986²⁸⁶, le Professeur

²⁸⁵ Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1994 ; *RTD com.* 1995, p. 188 obs. G. Paisant donc de mauvaise foi « on devrait toujours avoir égard à l'esprit dans lequel le débiteur a agi pour ne sanctionner que les comportements irresponsables ou de mauvaise foi ».

²⁸⁶ L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, préf. C. THIBIERGE, LGDJ, 2002.

Jacques Mestre²⁸⁷ évoquait le besoin du droit des obligations de rechercher un équilibre contractuel : « notre droit contemporain témoigne d'un souci d'équilibre dans les relations contractuelles » que ce soit au moment de la formation ou de l'exécution du contrat. Dans le même sens, un auteur poursuivait la réflexion en considérant que l'exigence constante d'équilibre contractuel serait « le reflet de la mutation fondamentale des postulats sur lesquels repose la théorie du contrat²⁸⁸ ». L'équilibre contractuel tendrait à être un standard de référence pour apprécier le contenu du contrat. On le définit comme la composition harmonieuse du contenu juridique et économique du contrat et qui résulte d'une interaction entre les différents éléments du contenu du contrat.

275. Ce n'est pas parce qu'une partie dispose de plus de prérogatives contractuelles que le contrat est nécessairement déséquilibré. Un contrat peut paraître tout à fait égalitaire entre les différentes parties et en fait favoriser l'une d'elles²⁸⁹. C'est au cœur même de ces principes que se développe une extension de l'unilatéralisme dans l'exécution. En effet, cette notion d'équilibre ou de déséquilibre contractuel est au centre des préoccupations des droits spéciaux et en particulier des contrats d'adhésion en droit de la consommation. Il existe plusieurs règles du droit la consommation qui ont vocation à s'appliquer à tous les contrats. Cela participe déjà à une forme de théorie générale, car les dispositions générales du droit de la consommation ont vocation à s'appliquer à tous les contrats conclus entre consommateurs et professionnels.

276. Le droit de la consommation est doté de deux missions principales qui peuvent apparaître comme antinomiques. En effet, certains objectifs du droit de la consommation peuvent paraître ambigus dans la mesure où il doit à la fois réguler le marché et protéger les consommateurs. Sa mission serait de corriger les défaillances du marché et d'assurer une protection minimum du consommateur. Mais la notion même de

²⁸⁷ J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986, p. 51.

²⁸⁸ D. MAZEAUD, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel », in *La nouvelle crise du contrat*, (dir.) C. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, 2003, p. 136.

²⁸⁹ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, préf. S. CHASSAGNARD- PINET, éd. Mare & Martin, 2014.

consommateur, issue du droit spécial de la consommation, passe par la remise en cause du principe *pacta sunt servanda*. Le droit de la consommation est un précurseur en matière d'exigence de coopération et d'assouplissement des règles. Les idées de solidarité ont contribué indéniablement à développer un contrat plus réel et plus objectif, un contrat coopératif ou contrat coopération. Les idées de loyauté contractuelle sont très présentes en droit de la consommation. Un auteur va jusqu'à voir le droit de la consommation comme un droit attractif qui peut dans une certaine mesure inspirer le droit général²⁹⁰. Il est parfois considéré aussi comme un droit sentimental²⁹¹. N'y a-t-il pas une dérive dans la protection accordée au consommateur qui est de nature à rompre avec une certaine sécurité juridique ainsi qu'une certaine intangibilité ? N'y a-t-il pas une dérive à permettre une certaine imprévision, une certaine révision, une certaine inexécution licite au nom de la protection du faible ?

277. La loi a élargi la notion de non-professionnel qui concerne désormais « les personnes qui se procurent ou qui utilisent des biens ou des services pour un usage non professionnel²⁹² ». Cette conception extensive considère que toute personne qui serait en dehors de sa sphère de compétence peut bénéficier de la protection de la loi. Le professionnel-consommateur est celui qui accomplit un acte qui n'entre pas dans sa profession. En conséquence, la remise en cause et l'allègement éventuel de la force obligatoire du contrat dans des circonstances nouvelles contribuent largement à assouplir le contrat et son intangibilité de départ²⁹³.

²⁹⁰ D. MAZEAUD, « L'attraction du droit de la consommation », *RTD com.* 1998, p. 95 ;

²⁹¹ G. LAGARDE, « Le droit des affaires, un droit sentimental », *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 491 et s.

²⁹² Définition retenue par la Commission de Refonte du Droit de la Consommation, cf. J. CALAIS-AULOY, *Propositions pour un nouveau Code de la consommation*, éd. la Documentation française, 1990.

²⁹³ Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1989, *Bull. civ.* I, n° 148. Dans cette logique on comprend que n'aient pas été considérés comme des consommateurs au sens de la loi du 10 janvier 1978, l'agent d'assurance souscrivant un crédit-bail pour se procurer du matériel informatique nécessaire à l'équipement de son cabinet.

278. Le spectre du raisonnable reste omniprésent et s'impose progressivement dans la réalité contractuelle. De manière générale, ce concept n'est pas transcrit officiellement. Il n'est pas encore un principe directeur du droit, mais plusieurs dispositions éparses rendent compte de ce nouveau concept. En effet, dans la plupart des pays européens et particulièrement en France le dispositif destiné à réguler la force obligatoire du contrat reste éclaté et manque de cohérence.

279. En droit belge, par exemple, la directive européenne n° 93/13/CEE du 5 août 1993 sur la protection des consommateurs, a été transposée de telle manière que les clauses abusives ont été confrontées à l'exigence du raisonnable. Par cet intermédiaire, la jurisprudence passe de l'abus au déraisonnable²⁹⁴. Une peine dès lors qu'elle est *raisonnable* exclut l'intrusion du juge dans le contrat. En effet, au regard d'une peine au montant raisonnable, le juge n'a aucun pouvoir sur la loi contractuelle et le contrat reste la chose des parties. Ce n'est que dans l'hypothèse inverse, lorsque la clause est manifestement excessive ou dérisoire donc déraisonnable, que le pouvoir modérateur du juge est admis afin de réajuster et de réviser le contrat si nécessaire. Un auteur pousse encore plus loin l'analyse en considérant que le dispositif de modération d'indemnisation de l'inexécution fautive. Autrement dit la clause pénale visée dans l'article 1152, alinéa 2, du Code civil français n'est au fond qu'une application du principe du raisonnable²⁹⁵.

280. Ce principe se développe dans les différents projets de droit européen qui l'admettent afin de corriger les abus et les excès en cas de changements de

²⁹⁴ En ce sens, La Cour de Liège sur une clause pénale a jugé « une clause pénale de 10./ est tout à fait raisonnable ; que son application aboutit à un chiffre qui n'est pas du tout négligeable au regard du temps bref ayant couru avant que le principal ne soit totalement apuré, que la circonstance que plus de 10 ans après l'introduction du litige, l'intimée n'ait pas encore pu refermer son dossier montre de manière lumineuse que l'application effective de la sanction stipulée n'avait pas de caractère manifestement excessif justifiant un tempérament par le juge ».

²⁹⁵ C. civ., art. 1152, lorsque la convention porte sur celui qui manquera de l'exécuter payera certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine » (L. n° 75-597 du 9 juill. 1975) « qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ».

circonstances. C'est ainsi que l'article 6.2.3 des principes Unidroit prévoit que « le tribunal qui conclut à un cas de *hardship* peut s'il estime raisonnable adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations ». On assiste depuis quelques années à une généralisation du principe du raisonnable dans les différents projets et ce principe permet de manière juste d'encadrer les interventions du juge, ce qui nous paraît tout à fait pertinent et de nature à rassurer une partie de la doctrine qui voyait dans l'intervention du juge une perte de contrôle des parties sur le contrat. La consécration de ce principe signe le retour nécessaire et attendu vers plus de justice et de cohérence dans le contrat.

281. Dans les différents contrats à la consommation, le banquier devrait dissuader la partie faible de contracter un crédit. Dans ce cas, il s'agit d'une posture solidariste du contrat selon l'article L. 313-10 du code de la consommation. Les dispositions adoptées pour remédier aux situations de surendettement ont été votées progressivement. En effet la loi du 31 décembre 1989 a été adoptée pour venir en aide aux personnes surendettées²⁹⁶ dans l'impossibilité manifeste « de faire face à l'ensemble de leurs dettes non professionnelles exigibles et à échoir²⁹⁷ ». Ce texte de 1989 est une porte d'entrée pour une certaine révision judiciaire du contrat et donc une certaine imprévision. Il crée un droit de ne pas exécuter le contrat, de ne pas payer ces dettes, calqué sur la procédure collective de redressement des entreprises. Il s'agissait d'instaurer alors une faillite²⁹⁸ civile à de strictes conditions.

282. Le débiteur endetté représente ces accidentés de la vie qui se retrouvent dans une situation où ils ne peuvent plus faire face aux engagements consécutivement à une perte subite de revenus due à un événement imprévu²⁹⁹. Un auteur y voit une application

²⁹⁶ Loi n° 89-1010 du 31 déc. 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, *JORF*, 2 janv. 1990, p. 18.

²⁹⁷ C. conso., art. L. 331-2.

²⁹⁸ J.-J. DAIGRE, « Commentaire de la loi Neiertz : le règlement des difficultés des ménages surendettés », *Revue des huissiers* 1990, p. 650.

²⁹⁹ « Des victimes, des accidentés de la vie, des chômeurs, des divorcés et des malades atteints de maladie grave ou victimes d'un accident ».

de l'imprévision³⁰⁰. Aux termes de l'article L. 330-1 du Code de la consommation, « le surendettement est caractérisé par manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles ou à échoir ainsi qu'à l'engagement qu'il a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société dès lors qu'il n'a pas été en droit ou en fait dirigeant de celle-ci ».

283. La question cruciale posée est de savoir si cette situation est ponctuelle et passagère, ou si la perspective de charge de remboursement est trop lourde et obère l'avenir de manière irréversible. C'est donc l'impossibilité de fournir la prestation de somme d'argent, en exécution d'un ou plusieurs contrats, qui conduit à qualifier le contractant au cœur de conventions inexécutées de débiteur surendetté. Le qualificatif de surendetté permet de prendre en compte le caractère exceptionnel de la situation et ne pas laisser croire qu'en France on peut s'endetter et ne pas rembourser. La situation dans laquelle se trouve le surendetté a conduit dans une large mesure à conférer à un organisme administratif, la commission de surendettement, un large pouvoir. La première mission de cette commission est d'établir avec les créanciers un plan conventionnel permettant d'apurer le passif, par octroi de délais, baisse des taux d'intérêts et remises des dettes. Dans un deuxième temps, en cas d'échec de la tentative de conciliation et à la demande de la personne surendettée, la commission va recommander des révisions importantes des contrats. En réalité c'est tout le contrat qui est dans son entier modifié.

284. De manière plus radicale encore, la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions a instauré une procédure d'effacement de la dette en introduisant l'article L. 331-7-1 dans le Code de la consommation. En présence d'une insolvabilité complète du débiteur, la Commission peut demander une suspension de l'exigibilité des créances. À l'issue de cette période si la situation du surendetté ne s'est pas améliorée alors l'effacement de la dette sera prononcé. Dans ce cas, un processus global de révision est engagé. Le déséquilibre est né d'une situation de fait due à la subite diminution des revenus, consécutivement à un événement imprévu. Face à cet imprévu,

³⁰⁰ H. L. et J. MAZEAUD, Fr. CHABAS, *Leçons de droit civil. Obligations, théorie générale*, 8^e éd., Montchrestien, 1991, vol. 1, t. 2, n° 126.

une procédure de révision est ouverte, il s'agit d'une application de l'imprévision³⁰¹. Selon cet article, un établissement de crédit ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et à ses revenus. Dans ce contexte, l'on voit réapparaître la notion de juste proportion autorisant une certaine révision du contrat. La caution qui avait garanti le débiteur défaillant se voit obtenir dans ces conditions le droit de ne pas exécuter.

285. On peut constater que le droit de ne pas exécuter est le pendant d'une certaine autonomie d'exécution par rapport aux données initiales de départ. Données initiales qui ont été à l'origine disproportionnées et qui permettent, au nom d'une certaine solidarité et justice, de remettre en cause le contrat tel qu'il avait été formé à l'origine. Dans ce contexte de dissuasion contractuelle, le droit de rétractation va jusqu'à considérer l'acquéreur d'un immeuble comme un incapable pour justifier l'annulation du contrat³⁰². Le principe de proportionnalité permet en quelque sorte de dissuader certains contractants de finaliser le contrat afin de maintenir uniquement les relations saines et proportionnées au risque de voir se profiler des contrats déséquilibrés

³⁰¹ C. CHABAS, th. préc., l'auteur invite à la relecture des débats à l'Assemblée nationale lors de l'adoption de la loi du 25 janvier 1985, le rapporteur du projet monsieur Gouzes affirmait que le mécanisme de l'intervention judiciaire n'est plus et ne doit plus être le droit de l'élimination des canards boiteux, mais, au contraire la prise en compte du nouveau droit, celui de la restructuration permanente du capital, des techniques et des enjeux industriels de l'avenir. Il doit s'inscrire dans un projet juridique plus large qui coordonnera les efforts d'investissement économique et les exigences d'une nouvelle organisation des rapports sociaux dans l'entreprise ».

³⁰² L. LEVENEUR, « Un nouveau droit de rétractation : la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000, relative à la solidarité et au renouvellement urbains », *Contrats, conc. consom.*, févr. 2001, comm. n° 12.

voués à l'échec³⁰³. A travers la décision rendue à propos du contrat de location et d'installation du vidéoclub, la contrepartie réelle n'existant pas l'obligation de payer le prix de location des cassettes, celle-ci était alors remise en cause.

286. On remarque en jurisprudence depuis quelques années l'analyse parcellaire de différents phénomènes sans que le fondement, leur réalité ou comme nous dit un auteur leur matrice, ne soit vraiment apparent³⁰⁴. Ce droit d'exécuter autrement existe vraiment dans le droit de la consommation et particulièrement dans les problématiques de crédit à la consommation, mais pas seulement. Le rejet de toutes formes d'imprévision est consacré officiellement, mais n'est qu'apparent. Ainsi, l'accord de volontés peut être entendu de manière souple pour éventuellement intégrer progressivement des changements.

B) L'extension des correctifs à travers les notions de clause abusive et de déséquilibre significatif

³⁰³ D. J. BARONCEA, *Essai sur la faute et le fait du créancier : cause justificative du débiteur en matière contractuelle*, éd. LAM, 1930 : « qu'il faut que le créancier s'abstienne de recourir à une relation contractuelle qui a toutes les chances de conduire à l'échec. C'est dans ces conditions aussi que la jurisprudence a pu rendre un arrêt dans ce sens le 3 juillet 1996 : en vue de la création d'un club vidéo dans un village de peu d'habitants, des particuliers avaient loué 200 vidéo-cassettes pour une durée de 8 mois moyennant un loyer global de 400 000 francs. Les juges du fond ont annulé le contrat pour défaut de cause et la cour de cassation rejette le pourvoi en affirmant que l'exécution du contrat voulue par les parties était impossible et non viable ».

³⁰⁴ J. ROCHFELD, « Au croisement du droit de la concurrence et du droit civil : l'avènement de la relation contractuelle ? », *RDC* 2006, p. 1033 : « Attendu qu'après avoir relevé, par motifs adoptés, que les cinq commandes passées par la société S à la société M. sur une période de 6 mois, n'établissent que la preuve de relations commerciales "ponctuelles et non suivies", l'arrêt précise que les éléments évoqués par la société M. dans ses conclusions, notamment dans les pages détaillant l'intégralité des contacts entre les parties et les démarches accomplies dans le cadre de leurs négociations, ne caractérisent pas des relations commerciales établies, mais simplement de longs pourparlers en vue d'un accord commercial qui n'a en fait jamais été concrétisé ; qu'il s'en déduit que la Cour d'appel a pris en compte l'entière période couverte par la collaboration entre les deux parties ainsi que les éléments quantitatifs de celle-ci, et n'encourt pas les griefs du moyen » ; Cass. com., 25 avr. 2006, pourvoi n° 02-19577.

287. Avant d'admettre un contrôle du déséquilibre significatif entre les partenaires commerciaux (1), le concept de clause abusive permet déjà d'étendre son spectre sur les différents rapports qui existent en droit de la consommation (2).

1) La genèse de la clause abusive en droit de la consommation

288. Le droit des clauses abusives constitue une des avancées les plus significatives pour la recherche de l'équilibre du contrat, particulièrement dans des contrats où l'unilatéralisme sévit. Cette évolution s'est faite en plusieurs étapes et traduit depuis des années une volonté de contrôle du pouvoir unilatéral du fort. Issu de la loi du 10 janvier 1978³⁰⁵, le droit des clauses abusives a été largement rénové par les lois du 1^{er} février 1995 et du 4 août 2008. L'article L. 132-1 du Code de la consommation dispose que « dans les contrats conclus entre professionnels et non — professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non — professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». Initialement, l'abus ne devait être contrôlé que dans le contexte d'un contrat de consommation, c'est-à-dire celui unissant un consommateur à un professionnel. C'est ainsi qu'une directive récente de l'Union européenne du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs³⁰⁶ est venue étendre le contrôle de l'abus³⁰⁷ en élargissant la définition du consommateur considéré désormais comme étant « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

³⁰⁵ Loi n° 78-2, abrogée par la loi n° 93-949 du 26 juill. 1993, *JORF*, 26 juill. 1993.

³⁰⁶ Directive de l'Union Européenne du 25 oct. 2011 relative aux droits des consommateurs n° 2011 /83/UE

³⁰⁷ H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Droit de la consommation », *D.* 2012, p. 843.

289. Les législateurs français et européen³⁰⁸ ont eu à cœur ici de tenter de travailler l'équilibre contractuel dans un contrat au contexte largement inégalitaire le concept de clause abusive était donc de nature à rétablir l'équilibre ou dans tout cas de contrôler les risques d'abus dans le pouvoir du plus fort au contrat. De plus, le pouvoir exécutif établit par voie de règlement différentes listes de clauses irréfragablement abusives à l'article R.132-1 du Code de la consommation³⁰⁹.

290. Dans ce contexte, il serait opportun de porter un regard sur l'évolution de la notion même de clause abusive pour percevoir les mesures prises face au développement de l'unilatéralisme. C'est en effet, à cause de la montée de ce mouvement qu'est posé le problème de l'extension des clauses abusives. Le positionnement actuel est dû en particulier à la reconnaissance d'une certaine structure inégalitaire. C'est pour enrayer ce phénomène et le contrôler que l'extension de la notion de clause abusive se justifie. En reprenant donc les différents textes, nous tenterons de démontrer la montée en puissance de la notion de clause abusive pour affronter parallèlement la reconnaissance du développement de structure inégalitaire et unilatérale.

291. Dans un premier temps, le concept de clause abusive fut tributaire du contenu de la liste. Selon l'article L. 132-1 du code de la consommation, « dans les contrats conclus entre professionnels et non — professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'État pris après avis de la commission instituée par l'article L.132-2 en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés, les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, de résolution, ou reconduction des conventions lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif. De telles clauses abusives,

³⁰⁸ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente (COM(2011)) du 11 oct. 2011 modifie la définition générale des clauses abusives, en effet c'est la notion de « bonnes pratiques commerciales ». Ce texte vise essentiellement les professionnels (partie III, Chapitre 8, section 2, article 83, 1).

stipulées en contradiction avec les dispositions qui précèdent, sont réputées non écrites ». Cette liste est prescriptive et fait apparaître la notion de clause abusive en tant que telle en 1993 et considère que seules les clauses abusives inscrites dans la liste seront susceptibles d'être contrôlées.

292. À partir de 1995³¹⁰, le principe de la clause abusive est posé. Il s'agit dans cette loi modifiée d'une admission directe de la notion de clause abusive. En effet, avec cette loi le principe même de la clause abusive est posé en dehors de toute énumération. La volonté du législateur est de conforter cette notion indépendamment de toute liste : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». Des décrets en Conseil d'État, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 132-2 du code de la consommation peuvent déterminer des types de clauses qui doivent être regardées comme abusives. En posant le principe même de clause abusive, ce texte, étend son champ d'application dans la mesure où il introduit dans la notion même de clause abusive le critère de l'abus qui serait alors le déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties.

293. En 2008, il y a une présomption d'abus puisque l'article L. 132-1 modifié par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 considère que « dans les contrats conclus entre professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer au détriment du non — professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». Et l'article prolonge cette définition en considérant que le décret en Conseil d'État détermine une liste de clauses présumées abusives. Dans la plupart des cas, il s'agit d'une présomption simple ce qui signifie que le professionnel devra apporter la preuve

³¹⁰ Selon l'art. L. 132-1 modifié par la loi n° 95-96 1995-02-01 art.1, annexe *JORF* 2 févr. 1995 : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non — professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Des décrets en Conseil d'État, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 132-2 peuvent déterminer des types de clauses qui doivent être regardées comme abusives si elles satisfont aux conditions posées au premier alinéa. Il s'agit d'une liste indicative et non exhaustive ».

du caractère non abusif de la clause litigieuse. Dans d'autres hypothèses, la présomption est irréfutable « eu égard aux atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat ». Dans ce cas, elles sont considérées comme abusives et réputées non écrites.

294. L'article L. 132-1 est resté inchangé avec la loi du 3 juillet 2010, sauf qu'il est précisé qu'un décret en Conseil d'État, pris après avis de la commission instituée à l'article L.534 - 1 détermine une liste de clauses présumées abusives. En cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse.

295. À partir de ces différents textes, il est évident que la stratégie en matière de clause abusive a évolué de manière tangible. Plus encore, le pouvoir exécutif insiste sur le caractère irréfutable de certaines clauses. Qu'elles soient sur liste noire³¹¹ ou liste grise³¹², ces différents exemples consacrent la notion même de clause abusive.

2) L'extension de la notion d'abus en matière de relations commerciales

296. À travers la notion d'abus, c'est la notion d'équilibre qui est visée et qui tente de remettre en cause le contrat. Le souci d'équilibre contractuel évolue avec le temps ainsi que l'abus. Mais cette notion d'équilibre ne joue pas seulement dans les relations entre consommateurs et professionnels et on la retrouve dans les relations entre des partenaires commerciaux. Le droit commercial a donc pris le relais en reprenant la notion de « déséquilibre significatif ». À partir de 2008, la notion de déséquilibre significatif est entrée dans le champ d'application de la loi : « dans les contrats entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer au détriment du non — professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat³¹³ ». L'apparition de la notion de déséquilibre significatif en droit commercial offre une lecture plus large de la problématique de l'abus. Avant les textes commerciaux

³¹¹ Clauses irréfutablement abusives : C. conso., art. R. 132-1 du Code de la consommation.

³¹² Clauses simplement présumées abusives : C. conso., art. R. 132-2.

³¹³ C. conso., art. R. 132-2.

se réfèrent à l'« abus de puissance économique³¹⁴ » et à l'« avantage excessif ». La loi du 4 août 2008, dans son article modifié L. 132-1 du code de la consommation, utilise alors la notion de déséquilibre significatif qui remplace l'abus de puissance économique et d'avantage excessif.

297. C'est le même jour que la loi LME, dans son article L. 442-6, I, 2, consacrait cette notion : « engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». Le Législateur est venu contrôler l'abus en sanctionnant le déséquilibre contractuel.

298. Cependant des différences existent entre le droit de la consommation et le droit de commercial. Alors que le premier vise uniquement la protection de l'équilibre contractuel face au développement de l'unilatéralisme, le second vise à la fois les déséquilibres contractuels ainsi que les tentatives de déséquilibres du contrat, ce qui élargit considérablement la notion. Alors que la clause abusive est réputée non écrite en droit de la consommation, le droit commercial met en jeu de la responsabilité de la partie contractante à l'origine de l'abus. L'un cherche à rééquilibrer le contrat en cours d'exécution alors que l'autre cherche à décourager une pratique³¹⁵ : « l'amende civile ne vise pas la réparation du préjudice subi par les contractants, mais la défense de l'intérêt général³¹⁶ ».

³¹⁴ C. conso., art. L. 132-1 : « lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de puissance économique de l'autre partie et confère à cette dernière un avantage excessif ».

³¹⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^e éd., Defrénois, 2011, p. 370.

³¹⁶ G. CHANTEPIE, « Appréciation du déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6, I, 2^o du Code de commerce », *JCP E* 2011, 1701. Cette idée de défense de l'intérêt général est d'autant plus présente que le Ministre de l'économie lui-même est recevable à faire une action en vertu de cet article.

299. Malgré des différences notables au niveau des sanctions, le Conseil constitutionnel³¹⁷ a considéré que cet article du Code de commerce devait être lu à la lumière de l'article L. 132 — 1 du Code de la consommation. Le Conseil constitutionnel cherche à ériger un principe constitutionnel de contrôle de l'équilibre de la relation contractuelle. C'est dans cette perspective qu'il énonce que « conformément à l'article 34 de la Constitution, le législateur détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales ; que compte tenu des objectifs qu'il s'assigne en matière d'ordre public dans l'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux, il lui est loisible d'assortir la violation de certaines obligations d'une amende civile³¹⁸ ».

300. À travers la notion d'abus, c'est le comportement de mauvaise foi qui est visé, comportement déloyal, malhonnête ou négatif, ainsi la distinction avec la faute ou l'abus est alors tenue et c'est sur le fondement de la bonne foi que l'abus est le plus souvent appréhendé visé. Dans la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, une clause est dite abusive « lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat³¹⁹ ». La notion de bonne foi et celle de l'abus participent de la remise en cause du contrat en prônant la recherche de cohérence dans le comportement des parties, cohérence comme nous le verrons est un indice de déplacement de la réalité contractuelle dans le contrôle de la poursuite de l'adhésion des contractants à la volonté de départ confronté au réel.

³¹⁷ Cons. Constit., 13 janvier 2011, QCP n° 2010-85 QPC. — Adde, comm. D. MAINGUY, « Le Conseil constitutionnel et l'article 442-6 du Code de commerce », *JCP E* 2011, 1036.

³¹⁸ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, préf. S. CHASSAGNARD-PINET, éd. Mare & Martin, 2014.

³¹⁹ Direct. 93/13/CEE du 5 avril 1993, art.3, § 1.

CONCLUSION DE SECTION 2

301. La notion de volonté est restée omniprésente dans la définition même du contrat, pourtant il est certain que l'enfermement du contrat dans la seule volonté des parties fut certainement excessif pour le contrat et de nature à remettre en cause sa réelle influence. En effet, en dépassant la fusion entre la volonté et le contrat lui-même on invite à repenser le contrat vers une finalité plus objective. Ainsi, la tentative de neutralisation du phénomène n'a pu que prendre conscience de cette réalité.

CONCLUSION DE CHAPITRE 2

302. En étudiant les motifs de l'enfermement de l'exécution dans l'instant de la formation, l'auteur a cherché à comprendre les raisons qui ont poussé la doctrine à figer le modèle contractuel dans le présent de la promesse et donc de la formation. Cette logique de prééminence de la formation sur l'exécution s'explique grandement par le nécessaire enclenchement du contrat et inscrivait le contrat dans une vision unitaire et unique et surtout en faisait un contrat intangible. La formation étant à la fois l'acte déclencheur du contrat et à la fois l'acte de prévision. Mais la réduction de cette seule vision du contrat réduit d'autant tous les champs du possible en enfermant le temps dans le présent. Mais surtout l'explosion des tentatives pour limiter l'omnipotence de la formation et ses conséquences ont contribué à vouloir repenser le contrat et s'ouvrir à une vision plus ancrée dans la réalité. L'ensemble de cet état de fait a contribué à s'interroger non seulement sur l'impact de la durée, mais plus exactement en quoi cet impact dit du contrat tel qu'il est visé depuis des décennies.

CONCLUSION DU TITRE I

303. De cet enfermement du contrat dans la formation de départ, tout n'est pas négatif. En effet, c'est grâce à cette prise de conscience que les insuffisances d'un seul modèle ont émergé. Les manifestations tant positives que négatives ont dénoncé le contrat en tant qu'acte de prévision complet. En effet, la généralisation à tous les types de contrats du mécanisme dit de présentation, mécanisme qui tente de rendre présent l'avenir, rendait ce fondement discutable compte tenu de l'évolution de la notion de contrat depuis quelques décennies et notamment par les contrats spéciaux comme les contrats de distribution. La théorie générale du contrat en résistant à la possibilité d'une certaine incomplétude se heurtait définitivement à des difficultés et avait une vision réduite sur le contrat. En effet, la logique de prévision complète devenait plus difficile dans des contrats évoluant dans la durée, malgré le recours à une plus grande adaptation, tendant à remettre en cause l'impact réel de ce déni du temps.

304. En effet, c'est la notion d'impact de la durée sur la volonté des parties qui impose de modifier une certaine vision du contrat et en particulier sur la volonté des parties. En libérant en quelque sorte la volonté des parties du joug de la formation, c'est l'ouverture à certains champs du possible dans le contrat et surtout c'est la reconnaissance de la coexistence d'un autre modèle qui s'impose progressivement en fissurant le premier. Pourtant, ce n'est pas sans avoir tenté de neutraliser cette inadaptation du modèle.

305. C'est la notion d'adhésion constante à la notion de volontés des parties tout au long du contrat qui fut en quelque sorte revisité. A travers la réalité de l'impact du temps sur la relation contractuelle, les parties peuvent ainsi être invitées à remettre en cause la promesse d'origine pour éventuellement inviter les parties à prolonger le contrat à la lumière de nouvelles circonstances en restant ouvert dans l'exécution au changement. En effet, ce renouvellement de la volonté des parties en cours d'exécution du contrat traduit un changement de perspective en mettant au centre de la problématique non pas l'instant en tant qu'instant t qui était enfermé dans le respect du principe de l'intangibilité du contrat, mais le contrat en lui-même dans cette perspective de durée, mais plus encore dans sa finalité plus objective. La perspective de la durée du lien contractuel redessine les contours du contrat et impose d'en remodeler le contrat au fur et à mesure de son évolution en caractérisant la volonté subjective de volonté objective. Reconnaître l'importance de cette mutation permet

d'insister davantage sur une meilleure compréhension des différentes interventions extérieures du juge à travers le contrôle de l'abus, par exemple. Cette reconnaissance permet d'avoir une meilleure perspective d'ensemble.

306. Mais plus encore force est de constater que la persistance de l'enfermement du contrat dans la formation dans la réforme de 2016 traduit une volonté en demi-teinte du législateur. En effet, il s'agit de consacrer pour la réforme l'ensemble des processus de neutralisation d'adaptation sans en tirer de conséquences sur un nouveau modèle éventuel alternatif. Les processus de neutralisation de l'inadaptation du modèle contractuel en effet ont été recherchés à travers les différentes corrections proposées à l'exécution. Cette tendance de cette nouvelle correction du contrat à l'exécution passe par une certaine objectivisation de la volonté des parties. En effet, l'émergence de ces différents phénomènes de neutralisation ont été le signe avant-coureur de l'éclatement des concepts.

TITRE II : LA PERSISTANCE DE L'ÉCLATEMENT DES CONCEPTS CLASSIQUES A L'ÉPREUVE DU TEMPS DE L'EXECUTION

307. Partant du constat de l'ignorance d'un autre modèle contractuel, le Code civil a ignoré la durée³²⁰ sans toujours mesurer les inconvénients de ce postulat de départ. Selon Judith Rochfeld, « le Code civil a ignoré la durée, que ce soit celle nécessaire à la formation du contrat ou celle qui peut habiter son exécution ». Pourtant, en persistant dans un modèle unique de prévision, modèle du contrat comptant, le législateur s'est exposé à l'éclatement des concepts à l'épreuve de la réalité, en tentant de construire une recherche de prévision infinie.

308. Le rejet de l'imprévision dans le contrat s'expliquait par la volonté du législateur de maîtriser le temps dans le contrat afin de pouvoir maîtriser le contrat et son avenir. La cause comme la bonne foi étaient considérées par le juge contemporain comme des palliatifs ou substituts utiles pour une approche plus globale du contrat tout le long de sa vie contractuelle en permettant un certain interventionnisme dans le contrat au nom d'un contrat plus social, plus concret et plus juste.

309. En effet, cette tentative d'adaptation des concepts par les juges ou le détournement des concepts classiques n'a pas abouti à un résultat satisfaisant. C'est cette réalité qui sera développée dans les lignes qui viennent et notamment l'appréhension de la problématique temporelle par les concepts traditionnels. Il était usuel, avant la réforme, de noter que les quatre conditions de validité du contrat sont l'objet, la cause, la capacité et le consentement. Elles doivent exister au moment de la formation du contrat. Dès 1923, Capitant détachait la cause de la formation afin qu'elle puisse régler les déséquilibres nés lors de l'exécution du contrat et tenter l'adaptation des concepts classiques. Ce fut la première grande intuition relativement à l'effet de

³²⁰ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, éd. Thémis, 2011.

l'écoulement du temps sur le contrat afin de maintenir l'équilibre contractuel. L'utilisation de la cause selon Capitant permettait de maintenir l'équilibre contractuel et de pouvoir sanctionner et corriger les éventuels déséquilibres en cours d'exécution sans remettre totalement en cause l'intangibilité contractuelle.

310. Grâce à cet auteur la cause contribue à contrôler l'équilibre de l'opération contractuelle. Pour certains auteurs, la Cour de cassation réussit d'après cet auteur le remarquable tour de force d'esquisser une mutation fondamentale de notre modèle contractuel en exploitant une notion traditionnelle de notre modèle contractuel et en essayant de canaliser la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision qui acquerrait un droit de cité dans le système juridique français.

311. Cette mutation se manifeste par la cause qui, grâce à l'élargissement de son domaine de compétences, permet aux cocontractants de corriger l'équilibre contractuel en cours d'exécution. La cause devient l'instrument qui permet de contrôler les contrats dans le temps. La cause devient un moyen de faire de l'imprévision implicitement, en introduisant une plus grande flexibilité dans le contrat. La bonne foi comme la cause sont des outils permettant l'introduction du temps dans le contrat et l'aménagement d'une certaine imprévision contractuelle ou en tous les cas de suivre l'engagement tout au long du contrat.

312. Sous l'influence de Capitant, la cause a pu être détournée de sa fonction afin de remédier au rejet de la théorie de l'imprévision par le juge judiciaire. La pratique, grâce à cette nouvelle finalité de la cause, a alors esquissé une mutation fondamentale de notre modèle contractuel³²¹. Cette mutation s'est manifestée, dans un premier temps, par l'intermédiaire de la cause. Dans un second temps, elle a dépassé les conditions de validité de la formation du contrat et s'est étendue à la notion de bonne

³²¹ Comme l'exprime D. MAZEAUD dans l'article précité : la Cour de cassation réussit le remarquable tour de force d'esquisser une mutation fondamentale de notre modèle contractuel en exploitant une notion traditionnelle de notre patrimoine contractuel, propre à canaliser la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision qui acquerrait un droit de cité dans le système juridique français. En appelant la cause à la rescousse, la Cour limite considérablement le champ d'application de la théorie de l'imprévision au cas extrême, dans lequel le changement de circonstances provoque un déséquilibre structurel caractérisé par la disparition de la contrepartie contractuellement convenue.

foi. Tous les moyens sont bons pour tenter de remédier à l'absence de flexibilité dans un temps long du contrat. Dans cette perspective, l'idée est de dévoiler une théorie de l'imprévision implicite ou déguisée qui détourne des concepts bien connus comme la bonne foi ou encore la cause pour infléchir la théorie du rejet de l'imprévision. Ainsi, on détourne le système par des notions établies. La prise en compte d'une certaine inégalité de départ y est de nature à ouvrir le contrat à davantage de flexibilité pour rétablir l'équilibre, tout en maintenant une certaine sécurité juridique. L'utilisation détournée de la cause (**Chapitre II**) revient à admettre l'imprévision sans le dire et assure la pérennité du contrat. La bonne foi est également un instrument utilisé pour accompagner le contrat tout au long de sa vie (**Chapitre I**). Ces instruments se heurtent autant qu'ils renouvellent la conception classique mettant au centre des enjeux l'économie du contrat en tentant de corriger les prévisions des cocontractants qui pourraient être déjoués dans l'optique de rétablir l'équilibre contractuel.

CHAPITRE I : LA RECHERCHE DE L'ADAPTATION DU CONTRAT DANS LE TEMPS PAR LA BONNE FOI

313. Les différentes présentations de la bonne foi rendent compte de conceptions doctrinales divergentes, une conception altruiste et généreuse du contrat sous le prisme de la protection du faible et, par ailleurs, un contrat envisagé de manière conflictuelle. En effet, pour Marie-Anne Frison-Roche : « le contrat ne peut plus être un point dans le temps où la volonté, vive comme l'éclair, élit une volonté alter ego, tout aussi prompte à aller à sa rencontre, dans la joie intemporelle de leur union. Bien plutôt le contrat mécanisme méfiant et besogneux, tâtonnant et prudent, est l'instrument pessimiste de cette guerre froide, conflit créateur sur lequel se construit le contrat. Il s'étire alors dans le temps ou trace un long trait dans l'espace entre cocontractants éloignés l'un de l'autre³²² ».

314. C'est bien souvent cette conception du contrat qui traduit cette nécessaire adaptation du contrat. En effet, en dépit de son caractère indispensable dans une relation contractuelle *a priori*, la bonne foi a fait l'objet au cours de ces dernières années de nombreuses controverses sur son utilité, en matière d'adaptation du contrat en cours d'exécution, *notamment*. La bonne foi s'inscrit depuis des années dans des controverses variées qui ont contribué à déstabiliser le contrat tant la bonne foi avait des interprétations dissonantes et une portée distendue, qui contribuait à déstabiliser le contrat et pouvait être vectrice d'insécurité juridique. Ainsi, en revenant sur les fondamentaux de la notion de bonne foi on aurait pu réconcilier le contrat entre la formation et l'exécution en proposant un concept plus objectif, susceptible d'être un vecteur de sécurité.

315. La distinction entre la formation et l'exécution utilise le concept de bonne foi pour tenter de remettre en cause une exécution défailante ou plus exactement une

³²² M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995, n° 3, spéc. p. 575.

exécution gênée dans ses prévisions par différents changements de circonstances. C'est dans ce contexte que le *recours* à la bonne foi se présente comme une solution positive de remise en cause de l'engagement contractuel en maintenant un certain esprit coopératif, de relecture, à la lumière du comportement des parties de bonne ou mauvaise foi.

316. À l'origine, l'exigence de bonne foi dans l'exécution des conventions, selon l'ancien article 1134, permet de sanctionner les manquements à l'exigence de civilité, et a permis aussi de stigmatiser le contractant qui met en œuvre une stipulation ne respectant pas l'intérêt de l'autre partie alors qu'il existe une disparité de moyens, de conditions et de *besoins*. La Cour de cassation a mis le devoir de bonne foi au service du contrôle du déséquilibre, mais elle agit la plupart du temps au cas par cas et sans règle claire³²³.

317. La Cour de cassation a entendu borner la bonne foi en énonçant que : « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne m'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties³²⁴ ». C'est dans cet état d'esprit que la bonne foi est éclatée entre plusieurs principes. La bonne foi selon le vocabulaire juridique Cornu³²⁵ est une attitude traduisant la conviction ou la volonté de se conformer au Droit qui permet à l'intéressé d'échapper aux rigueurs de la loi. Il s'agit lors de l'exécution d'un contrat d'un comportement loyal, d'une attitude d'intégrité et d'honnêteté avec un souci de coopération, avec une totale absence de mauvaise volonté. Dans cette perspective, le principe de l'exécution de

³²³ Th. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015, p. 1217.

³²⁴ Com., 10 juillet 2007, n° 06-14.768, *D.* 2007, p. 1955, obs. X. Delpech, p. 2839, note Ph. Stoffel-Munck, p. 2764, chron. R. Salomon, p. 2844, note P.-Y. Gautier et p. 2966, obs. B. Fages ; *RTD com.* 2007, p. 786, obs P. Le Cannu et B. Dondero ; *RDC* 2007, obs. L. Aynès et p. 1110, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 2007.II.10154, note D. Houtcieff.

³²⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, association Henri Capitant, 8^e éd. PUF.

bonne foi³²⁶ est inscrit à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil : « les conventions doivent être exécutées de bonne foi ». Cependant, cette notion est souvent malmenée en droit français alors que dans la plupart des pays elle est érigée au rang de principe d'éthique juridique³²⁷, en particulier en Allemagne. Dans la plupart des pays de l'Union européenne, la bonne foi est définie comme un modèle de conduite contractuelle³²⁸. En droit international, cette notion innerve les ventes internationales de marchandises. C'est d'ailleurs la bonne foi qui est à la base de la *lex mercatoria*. Elle figure dans les principes Unidroit à article 1.7 imposant aux parties de se comporter de bonne foi. On constate ce même engouement dans la Commission Lando qui aux termes de l'article 1 : 201, alinéa 1^{er}, dispose que « chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi ». L'article 1 : 202 ajoute que « chaque partie doit à l'autre une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet ». On voit bien que ce principe de bonne foi a un rayonnement et une certaine universalité.

318. Mais la première difficulté de l'étude de la notion est sa nature même. Un magistrat la définit ainsi : « se comporter de bonne foi, ce n'est pas seulement une règle d'urbanité, c'est également, en affaires, refuser la morale de Dallas, et faire preuve d'un minimum de loyauté et d'honnêteté envers son cocontractant³²⁹ ». La « notion elle-même, essentiellement insaisissable, est conçue très différemment d'un auteur à un autre et peut-être comprise de multiples façons entre ces deux extrêmes que sont l'intention concrète des parties et de la loi³³⁰ ». Et c'est dans ce contexte que certains auteurs ont appelé de leurs vœux une certaine clarification de la notion de bonne foi. En effet, le

³²⁶ M. VILLEY, « Droit et Morale », in *16 essais de philosophie du droit*, 1969, p. 119. Une règle d'origine morale doit devenir une règle juridique pour avoir sa légitimité en tant que règle légale. Est-ce le cas pour la bonne foi ? Michel Villey écrit en 1969 que la règle de l'article 1134 « était d'une provenance extrinsèque et qu'elle provenait de l'injection dans le droit d'un corps étranger ; d'une confusion entre le droit et une espèce de morale ».

³²⁷ M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 1993, p. 119.

³²⁸ I. De LAMBERTERIE, G. ROUHETTE et D. TALLON, *Les principes du droit européen du contrat*, La Documentation française, p. 53.

³²⁹ Conclusions de M. JEOL, sous A. P., 1^{er} déc. 1995, *D.* 1996, jurisp. p. 15.

³³⁰ R. VOUIN, *La bonne foi, notion et rôle actuel en droit privé français*, th. Paris 1939, p. 454.

plus important semble de conférer un rôle de modérateur de la force obligatoire de la convention lors de l'exécution.

319. La notion de bonne foi fait l'objet de nombreuses réflexions³³¹. Avant d'analyser les attentes juridiques de ce mot, il serait bon de le décharger de son origine religieuse et morale pour se consacrer à une recherche plus efficiente et compatible avec le contrat comme opération économique globale. D'après le Doyen Carbonnier « le code Napoléon, dans son article 1101 où il essaie de définir le contrat, se sert de l'obligation comme un élément de la définition, mais il ne la définit pas elle-même³³² ». Comme pour la cause, « le droit des obligations fait référence à des notions morales mal définies floues comme sujettes à des interprétations diverses, variables et souvent subjectives³³³ ».

320. Le défi à relever consiste à comprendre les différents enjeux de cette notion et ce qui est sous-entendu à travers elle. La difficulté résidant dans la problématique entre une notion protéiforme et imprécise et une notion qui serait un principe attelé à une finalité correctrice de la réalité : « Ligne de foi dans le contrat, elle détermine une orientation indispensable du comportement qui peut être actif, dans l'exécution³³⁴ ».

321. Alors que la jurisprudence a fait évoluer son approche en exigeant le respect de la bonne foi au-delà de l'exécution³³⁵. La bonne ou mauvaise foi peut justifier une intervention du juge afin de rétablir l'équilibre du contrat. Elle participe à ce mouvement d'objectivisation du contrat. C'est ce nouvel équilibre du contrat qui

³³¹ R. DESGORCES, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, th. Paris II, (dir.) D. Tallon, 1992 ; Assoc. H. Capitant, *La bonne foi*, t. XLIII, Litec, 1994 ; D. COHEN, « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », in *1804 – 2004 : Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 517 ; S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, th Paris I, (dir.) M. FABRE MAGNAN, 2010.

³³² J. CARBONNIER, « L'obligation entre la force et la grâce », in *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9^e éd., LGDJ, 1998, p. 324.

³³³ J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, Paris, 1992, n^o 84.

³³⁴ R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, préf. L. AYNES, p. 180.

³³⁵ Cass 1^{re} civ., 10 mai 1989, p. 738, obs. J. Mestre.

favoriserait l'autonomie d'exécution ou son émancipation par rapport au socle contractuel. Ainsi, le maintien de la bonne foi sous l'influence d'une volonté subjective est une proposition inadéquate à un double égard, d'une part, cela participe à la confusion entre la morale et la bonne foi qui sont deux sphères normatives différentes (**Section I**) et, d'autre part, la recherche de l'adaptation sans limites participe de ce glissement vers la reconnaissance d'autres fondements comme l'attente légitime qui participe de cette tendance à l'objectivisation de la bonne foi et du postulat selon lequel le contrat s'extériorise dans une confiance réciproque construite dans la relation contractuelle. (**Section II**).

SECTION 1 : LE DÉVELOPPEMENT D'UNE BONNE FOI PROTÉIFORME AVANT LA REFORME

322. Selon le professeur Mazeaud, « s'interroger sur le rôle du juge dans le contrat revient nécessairement à prendre parti sur la conception du contrat et du rapport contractuel, en somme adhérer à l'une et l'autre des idéologies contractuelles qui aujourd'hui divisent la doctrine³³⁶ ». En effet, le contenu un peu flou de toute règle peut être différent selon la conception du contrat retenue : conception consensualiste ou économique du contrat qui pourrait jouer un rôle qui dépasserait les seuls intérêts des parties. En effet, l'intervention du juge par le prisme de la bonne foi contribue à relever d'office certains comportements abusifs au stade de l'exécution.

323. La réduction au modèle du contrat complet impose aux contractants de se voir transposer des instruments de rééquilibrage du contrat. Mais cette réalité participe d'un certain éclatement des concepts et tente de garantir un équilibre fragile sur la réalité du contrat à l'épreuve de l'exécution. Comme nous allons nous en apercevoir, la réalité de cette bonne foi confère une dispersion importante qui persiste avant et après la réforme de 2016.

324. Selon le professeur Benabent, la bonne foi se référerait à ce que « toutes les conventions devaient être interprétées conformément à l'intention des parties, plutôt que par référence à la lettre du texte »³³⁷. Selon MM. Planiol, Esmein, et Ripert, « la bonne foi, c'est l'obligation de se comporter en honnête homme et consciencieux non seulement dans la formation, mais dans l'exécution du contrat, et de ne pas s'en tenir à la lettre du contrat »³³⁸. Cette réflexion qui n'est pas nouvelle contribue à considérer la bonne foi comme un moyen de permettre une certaine émancipation du contrat par rapport à la lettre du contrat. La bonne foi peut être un moyen au nom de la justice contractuelle d'intervenir dans le contrat au moment de l'exécution.

³³⁶ D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat, variations optimistes sur un couple "illégitime" », *Mélanges offerts à Jean- Luc AUBERT*.

³³⁷ *La bonne foi dans l'exécution du contrat, rapport français* in : Travaux de l'association Henri Capitan, la bonne foi, journées louisianaises, t. XLIII, 1992, p. 292.

³³⁸ Traité pratique de droit civil français, t. 4, Les obligations, 1^{re} partie, Paris, 1930, n° 379.

325. C'est dans cette perspective dès lors que la bonne foi peut dépasser la lettre du contrat qu'elle peut devenir une notion fourretout et qui peut être le vêtement de n'importe quelle notion, y compris de la cause. Dans la plupart des arrêts, la bonne foi est utilisée pour régler les questions liées à des modifications du contrat par l'écoulement du temps imposé par la durée. À travers la recherche sur cette notion protéiforme, nous nous sommes interrogés sur la capacité de la notion de bonne foi à résoudre les problématiques de temps dans le contrat et particulièrement celle de la problématique de l'imprévision. Mais la difficulté réside dans la généralisation de la notion de bonne foi comme support multifonctionnel qui risque de perdre en efficacité en se diluant dans des fonctions multiples et qui contribue donc à l'éclatement du concept.

326. Tout comme la cause, l'étude de la notion de bonne foi est un concept par essence vague auquel il est impossible de donner une définition précise. Après avoir référencé les manifestations de la bonne foi en droit des contrats en tant que norme de conduite et en tant que norme de jugement (**Paragraphe 1**), nous verrons comment elle permet une révision du contrat en cours d'exécution (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les manifestations de la bonne foi : une garantie de l'exécution de l'engagement

327. L'idée d'une bonne foi interne, intérieure et enfermée dans la conscience serait davantage une conception moraliste de la bonne foi qui tendrait à comprendre la bonne foi comme un élément davantage de la formation et de la conscience interne du cocontractant, alors que dans notre perspective la bonne foi et son contrôle se manifestent davantage dans l'exécution. Rester dans une morale interne contribue à confondre les différents ordres normatifs et participe de la dispersion de la notion. En effet, M. Ancel a mis en lumière dans un article majeur, ces incertitudes quant à la notion d'obligation de loyauté qui ne peut en substance porter atteinte au sacrosaint de la formation, mais à la dimension obligatoire de la convention³³⁹. Il lie la bonne foi à la force obligatoire du contrat et souligne : « que si le créancier se comporte d'une manière contraire à la bonne foi, il ne manque pas à proprement parler à une obligation née du contrat, mais il méconnaît la force obligatoire du contrat » ce qui sous-entend que le

³³⁹ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD civ.* 1999.

contractant s'engage de façon globale dans le contrat. M. Jean Luc Aubert partage cette idée en mettant l'accent plus principalement sur l'exécution et sur l'engagement global lorsqu'il écrit : « si la création d'obligations est le propre du contrat, celui-ci ne se limite pas à cet effet ponctuel, créateur d'obligations dans l'instant : il engage de façon globale, celui qui le souscrit³⁴⁰ ». C'est cette notion d'engagement global qui retient toute notre attention.

328. En effet, alors que la bonne foi est un modèle de référence qui permet d'apprécier la normalité de la conduite contractuelle par rapport à un étalon de mesure selon la nature, ou plus exactement l'intensité, de l'obligation du contractant, ce standard juridique remplit plusieurs fonctions dans l'analyse jurisprudentielle. La bonne foi y est utilisée comme une règle d'interprétation des conventions, elle peut aussi compléter les lacunes en suppléant la volonté des parties. Elle agit comme une règle positive opposable au cocontractant de mauvaise foi.

329. La bonne foi revêt plusieurs fonctions intégrant une modification des clauses contractuelles. Depuis quelque temps déjà, la notion de bonne foi semble être un instrument qui pousse les parties à coopérer plus largement. Domat et Pothier ont fait de la bonne foi le fondement de certaines obligations contractuelles imposées aux parties. Domat nous donne quelques exemples précis des conséquences que peut entraîner la règle d'exécution de bonne foi. Dans le contrat de vente, « le vendeur doit déclarer sincèrement les qualités de la chose qu'il vend, il doit la conserver jusqu'à ce qu'il la délivre, et il doit la garantir après qu'il l'a délivrée³⁴¹ ». Pour Pothier, il faut distinguer les obligations imparties au vendeur de celles de l'acheteur. À titre d'exemple, la bonne foi comprend deux obligations particulières : n'user d'aucun mensonge et répondre aux attentes légitimes du cocontractant. La bonne foi pour l'acheteur consiste à n'user d'aucun dol et à ne pas acheter au-dessous du prix. Pothier conçoit ainsi deux formes de

³⁴⁰ J.-L. AUBERT, *Le contrat, Droit des obligations*, op. cit., p.97

³⁴¹ J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, 1992, n° 84 : « le droit des obligations fait référence à des notions morales souvent mal définies, floues, sujettes à des interprétations diverses variables et souvent subjectives [...] ces notions qui nous viennent du droit romain sont souvent irritantes, car elles laissent l'historien comme le juriste dans l'impuissance de les définir avec précision. »

dol, le mensonge et les manœuvres de l'acheteur pour payer moins cher que le juste prix ainsi que la dissimulation de la connaissance de la chose. À propos de ce devoir de bonne foi, l'article 1 : 201 des Principes énonce que « les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter ». Considérer la bonne foi comme une limite de la mauvaise foi serait restreindre son champ. La bonne foi implique la plupart du temps un comportement positif, ce qui devrait être attendu normalement dans les rapports contractuels. L'article 6 : 102 énonce qu'en plus d'obligations expresses, un contrat peut contenir des obligations implicites qui découlent de l'intention des parties, de la nature et du but du contrat et de la bonne foi.

330. La bonne foi, concept à la fois ouvert et fuyant, est à l'origine de nombreuses inquiétudes. La bonne foi sert de support la plupart du temps pour les juges à une reconnaissance de l'imprévision. En effet, la bonne foi ouvre une certaine autonomie à l'exécution du contrat qui donne la possibilité au juge de le réinterpréter à la lumière de l'intention des parties. Lors de l'exégèse de l'article 1134, alinéa 3, les auteurs français ont souvent fait référence à l'interprétation du contrat liée à la *bona fides*. Pour Planiol et Ripert, la bonne foi c'est l'obligation de ne pas s'en tenir à la lettre du contrat³⁴². Il s'agit de rejeter une application stricte et littérale des conventions. Selon le doyen Carbonnier, « cela signifie notamment qu'une partie ne doit pas s'enfermer dans la lettre du contrat pour en éluder l'esprit³⁴³ ». Par l'intermédiaire de l'ancien article 1134, alinéa 3, qu'a été progressivement consacrée la bonne foi comme un palliatif du rejet de l'imprévision en laissant au juge une marge de manœuvre **(A)** et que s'ouvre le spectre de l'imprévision **(B)**.

³⁴² P. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2^e éd. Paris 1898, p. 428 : « le juge pouvait aller chercher derrière les paroles l'intention des parties, suppléer aux oublis du créancier, protéger le débiteur, protéger le débiteur contre les surprises dont il a été victime, agir contre la rigueur exagérée de la lettre du contrat ».

³⁴³ J. CARBONNIER, *Les obligations, Droit civil*, t.4, *Les obligations*, 20^e éd., Dalloz, 1996, n° 113.

A) L'ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil : un palliatif du rejet de l'imprévision avant la réforme

331. L'alinéa 1^{er} de l'ancien article 1134 prend soin de disposer que « les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ». L'alinéa 3 offre un assouplissement de la force obligatoire et introduit une dose de souplesse et d'interprétation dans le contrat. Cet alinéa vient adoucir les angles de l'intangibilité du contrat. La bonne foi n'est pas qu'au service de la force obligatoire et de l'intangibilité du contrat, mais elle est un moyen d'interdire une lecture littérale du contrat pour en respecter l'esprit et par la même le contenu obligationnel du contrat. Nous étudierons le dispositif de l'ancien article 1134 (1) avant de nous intéresser à l'interprétation jurisprudentielle de cet article (2).

1) Le dispositif de l'ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil

332. « Tout contractant peut être exposé à l'apparition d'un décalage entre la réalité de l'exécution du contrat et les attentes forgées autour de la conclusion du contrat »³⁴⁴. C'est dans ce contexte de décalage que rentre en jeu aussi la notion de bonne foi. En effet, l'article 1134, alinéa 3, peut constituer une base textuelle à l'imprévision et ses modèles. Il indique que les conventions doivent être exécutées de bonne foi qui implique une loyauté des parties dans l'exécution de leurs obligations respectives. Le comportement de bonne foi implique une faculté pour les parties contractantes de faire accepter à l'autre des changements tout en ne l'imposant pas.

333. L'article 1134 permet de fournir un dispositif implicite de reconnaissance et du rôle des parties dans les contrats et d'acceptation d'une certaine forme d'imprévision sous le contrôle de la bonne foi. L'adaptation des parties est un bon relai pour corriger et réviser le contrat.

³⁴⁴ G. BUSSEUIL, *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, préf. J.-M. CAMPANA, LGDJ, 2008, p. 602.

334. Il arrive que le juge prenne en main la chose des parties et réforme le contrat. Alors qu'il se cantonne traditionnellement à vérifier que l'exécution se passe conformément aux prévisions des parties, il n'est pas rare aujourd'hui que le juge se trouve impliqué dans la formation et l'exécution. Le contrat se transforme et devient mi-contrat, mi-jugement. Mais cette notion de contrats judiciairement formés³⁴⁵ contribue largement à remettre en cause la notion de contrat en tant que chose des parties. Cette menace sous-jacente remet largement en cause la conception classique. Quels sont les effets de cette révolution contractuelle qui pose le juge en partie du contrat à part entière ?

335. Il y a une certaine dichotomie entre la vision du contrat dans l'économie et la vision du contrat à travers le prisme des concepts juridiques. Selon un auteur : « ces comportements se matérialisent par la divulgation d'informations incomplètes ou dénaturées, par des efforts calculés pour fourvoyer, dénaturer, déguiser, déconcerter ou semer la confusion lors des transactions commerciales, ils recèlent un manque absolu de franchise d'honnêteté et de loyauté³⁴⁶ ». D'après lui, chaque innovation apporte son lot de nouveaux comportements.

336. Le comportement opportuniste du cocontractant dans l'analyse économique se caractérise par une asymétrie des rapports de force entre les parties, l'un abusant de sa position au détriment de l'autre. La notion d'attente légitime permettrait de rétablir l'équilibre rompu. C'est dans le sens d'une correction de bonne foi qu'on peut imaginer le rôle de l'attente légitime. En effet, dans l'analyse économique des contrats de

³⁴⁵ A. ENGEL-CREACH, *Les contrats judiciairement formés*, Economica, 2001. Il s'agit d'une thèse consacrée à l'ensemble des situations dans lesquelles le juge va se trouver associé à la formation du contrat, d'une façon ou d'une autre. Dans la plupart des cas, le juge contrôle le contrat, mais il y a bien échange de consentements : « la présence du juge n'altère pas la nature contractuelle du rapport juridique [...], mais l'intervention peut rendre une dimension tout autre, on trouve un nombre en effet grandissant de dispositions qui investissent le juge du pouvoir de faire lui-même le contrat qui liera les parties comme si elles l'avaient voulu. L'ampleur du rôle imparti au juge apparaît cette fois antinomique de la possibilité de maintenir la qualification contractuelle » *in commission ouverte Famille « une fiducie judiciaire pour les majeurs vulnérables ? »* Mercredi 7 janvier 2015.

³⁴⁶ S. LEBRETON, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes : étude particulière aux contrats de distribution*, préf. M. PEDAMON et J. MONÉGER, Litec, 2002, p. 4.

distribution, il n'est pas rare de voir des situations de quasi-monopole ou d'abus de position dominante en particulier dans la problématique de la détermination du prix. C'est dans ce contexte que le détournement de la bonne foi par le juge judiciaire est constaté. La bonne foi est dans ce cas une grille de lecture ouverte permettant une nouvelle interprétation du contrat et par là même une certaine autonomie de l'exécution.

2) La bonne foi par le juge judiciaire : un relais légal

337. Il est intéressant de partir des arrêts qui ont utilisé la bonne foi pour régler les éventuelles modifications par l'écoulement du temps imposé par la durée du contrat afin de comprendre les enjeux de l'utilisation de la bonne foi dans le contrat.

338. En effet, la bonne foi est un mécanisme qui permet de déjouer en quelque sorte les prévisions des parties, la bonne foi serait alors un instrument de contrôle de la justice contractuelle dans la mesure où le contrat serait évalué la possible poursuite de l'exécution du contrat aux vues de nouvelles circonstances. L'analyse du contrat au moyen de la bonne foi permet d'avoir un certain prisme sur le contrat, à savoir de reconsidérer le contrat à la lumière des nouvelles circonstances. Poursuivre le contrat au vu des nouvelles conditions peut-être considéré comme de la mauvaise foi.

339. Il est intéressant de noter dans la pratique contractuelle que se développe le recours aux « clauses de bonne foi³⁴⁷ ». La portée de ces clauses est imprécise et conduit le juge à rechercher la réalité de l'engagement des parties dans le contrat. Comme nous l'avons déjà souligné dans le rôle insuffisant des clauses d'adaptation dans l'issue qu'elles vont donner au contrat, il est pertinent de relever que ces clauses d'adaptation sont des clauses qui ne comportent que des obligations de moyens et dans cette perspective ces clauses sont susceptibles d'avoir une force obligatoire insuffisante : « chaque partie s'engageant à faire des propositions sérieuses, constructives, mais ne promettant pas d'aboutir³⁴⁸ ». En pratique, comme le souligne Bruno Oppetit, « la condition de succès de telles clauses est le fait que les parties soient animées d'une

³⁴⁷ CA Paris 1^{er} févr.1993, Crédit commercial de France c. Consorts Chatin, *JCP* 93, éd.E.II.489, note A Couret et F. Peltier ; *RTD civ.*1994, obs. J. Mestre, p. 348.

³⁴⁸ Précis Dalloz, *Les obligations, op.cit.*, n° 178.

volonté commune d'aboutir et de maintenir le contrat »³⁴⁹. Dans cette perspective, l'on voit surgir notamment dans les contrats de durée une volonté commune qui se détache en quelque sorte de la volonté individuelle et qui a pour conséquence la reconnaissance d'une certaine émancipation du contrat lors de l'exécution.

340. En pratique le recours à des clauses de bonne foi permet un encadrement plus fin par rapport à un encadrement par la loi. Cette réalité se vérifie d'autant plus que pour les contrats de longue durée. Un exemple pratique illustre parfaitement notre propos dans une décision du Crédit commercial de France contre consorts Chatin où la Cour en appelle à la fois à « la clause de collaboration franche, effective et intégrale » stipulée dans l'article 1134 du Code civil aux termes duquel « les conventions doivent être exécutées de bonne foi ». Autrement dit, le relai légal est pris par l'article 1134 lorsque les clauses sont insuffisantes à faire passer un certain message. Que les parties aient prévu une clause de bonne foi ou non, le relai légal de 1134 peut être pris.

341. La question est alors de savoir dans quelle mesure le juge peut imposer cette exécution de bonne foi. Cette réelle immixtion du juge dans le contrat témoigne de la réalité de l'étendue des pouvoirs du juge dans le contrat et concrétise la réalité d'une certaine admission de l'imprévision dans le contrat sur le fondement de la bonne foi. Il y a bien par cette réalité un certain détournement du concept de bonne foi pour admettre et surtout justifier l'admission de l'imprévision. Mais selon le Professeur Bihl³⁵⁰, le juge n'est pas investi d'un pouvoir modérateur par l'article 1134, alinéa 3, il ne peut donc modérer les obligations contractuelles des parties si ce n'est en vertu d'une disposition spéciale de la loi. Également, selon le professeur Aubert, « l'exigence du respect de la bonne foi dans l'exécution du contrat autorise sans doute le juge à aménager les conditions d'exécution de telle ou telle stipulation contractuelle, elle ne lui permet pas de méconnaître purement et simplement celle-ci. En bref, l'article 1134 alinéa 3 habilite le juge à organiser la mise en œuvre des obligations contractuelles de manière à assurer une exécution loyale, elle ne l'autorise pas à réviser le contrat en privant d'effet [...] »

³⁴⁹ B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de "hardship" », *JDI* 1974, p.807.

³⁵⁰ B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats, Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, préf. Fr. FERRAND, Dalloz, 2001.

quoi qu'il en soit une chose est sûre : c'est que cette interprétation active de l'article 1134, al. 3, à la supposer effectivement opportune, ne saurait en aucun cas permettre une révision du contrat par le juge. Plus généralement, elle devrait être cantonnée dans une fonction de sanction des comportements déloyaux dans l'exécution du contrat. À défaut, le rôle régulateur et de fixation qui appartient au contrat, se trouverait compromis, et le contrat lui-même gravement déstabilisé »³⁵¹.

342. L'application de la règle de la bonne foi a donc pour but la recherche de la justice contractuelle. Cette terminologie un peu vague désigne en quelque sorte une possible intervention du juge qui va remettre en cause le principe de sécurité et d'intangibilité contractuelle en proposant un raisonnement en équité. C'est en cela que la bonne foi peut être un moyen de correction ce qui induit la jurisprudence autour de l'imprévision. En effet, l'un des rôles classiques et des moins contestés de la bonne foi est son influence sur l'exécution des clauses contractuelles³⁵².

343. Dans ce contexte, la jurisprudence civile de la Cour de cassation a tenté de contourner la règle du rejet de l'imprévision en offrant aux parties contractantes la possibilité de renégocier le contrat en cas de modifications importantes des circonstances postérieures à la sa conclusion. Le juge facilite la révision du contrat en reconnaissant la validité des mécanismes contractuels anticipés et, si aucune prévision n'a prévu la nouvelle circonstance, il favorise le dialogue entre les parties toujours dans le même but : pérenniser le contrat. Même si une majorité des auteurs souhaite que soit ouvertement reconnue la révision judiciaire pour imprévision, il est remarquable de voir dans le nouvel avant-projet de réforme la tentative de consécration de l'imprévision en tant que telle.

344. En effet, dans la plupart de contrats de longue durée, des circonstances plus ou moins prévisibles peuvent venir bouleverser le contrat et l'on remarque que dans ce cas les clauses dites de *hardship* ou clauses de force majeure régissent le contrat dans sa

³⁵¹ J.-L. AUBERT, note sous Civ. 3^e, 13 avr. 1998, Mme Bianchi c/. Mme Meyer, *D.*1989, p. 334- 335.

³⁵² *Ibid.* : « l'exigence de respect de la bonne foi dans l'exécution du contrat autorise sans doute le juge à aménager les conditions d'exécution de telle ou telle stipulation contractuelle [...] en bref l'article 1134 alinéa 3 habilite le juge à organiser la mise en œuvre des obligations contractuelles ».

globalité. Ce type de clauses a pour objet d'assurer l'équilibre contractuel sur du long terme en organisant une procédure de révision³⁵³ et en prévoyant dès l'origine les difficultés à venir.

345. La validité de ces clauses semble n'avoir jamais posé de problème dans la mesure où elles contraignent les parties à procéder à une révision du contrat conformément à leur propre volonté et la force obligatoire des conventions. Ces clauses permettent une constante adaptation du contrat au contexte extérieur. L'intervention du juge n'est pas nécessaire lorsque ce mécanisme préventif est suffisant pour lutter contre les déséquilibres éventuels du contrat. Cependant, le cas d'une circonstance nouvelle inattendue révèle les limites de ce système. Le rôle du juge consiste alors à faciliter le dialogue entre les parties et à imposer une obligation de renégocier indépendamment de la prévision de départ. Il revient alors au juge de débusquer cette obligation derrière les notions de bonne foi et de loyauté contractuelle. La bonne foi introduit un mécanisme de révision implicite. Le juge ne révisé pas à proprement parler le contrat, mais contribue à faciliter sa renégociation qui aboutira à sa révision et son changement.

346. Plusieurs décisions semblent amorcer un mouvement tendant à l'admission de l'imprévision dans le contrat sur le fondement de la bonne foi. L'arrêt Huard illustre cette tendance en permettant au juge d'imposer une renégociation en cas de changement de circonstances³⁵⁴. En l'espèce, Monsieur Huard avait conclu avec une compagnie pétrolière, la société BP, un contrat de distributeur agréé pour une durée de quinze années, prorogé jusqu'au 31 décembre 1988. Jusqu'en 1982, les prix de vente des produits pétroliers au détail étaient fixés par les pouvoirs publics. Un arrêté du 29 avril 1982 fixant le régime des barèmes d'écart ainsi qu'un autre du 9 novembre 1983, relatif au prix de vente au détail, imposèrent aux compagnies pétrolières d'appliquer le même

³⁵³ R. FABRE, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ.* 1983, p. 7.

³⁵⁴ Cass. com., 3 nov. 1992, *JCP G* 1993, II, 22164, note G. Virassamy ; *RTD civ.* 1993, p. 124, note J. Mestre. Les juges du fond acceptent cette demande en paiement de dommages et intérêts formée contre le fournisseur de produits pétroliers par le distributeur agréé. Ils considèrent qu'il n'a pas exécuté le contrat de bonne foi en ne proposant pas un accord de coopération commerciale, permettant de tenir compte des nouveaux prix pétroliers. Le fournisseur a formé un pourvoi qui est rejeté par la Cour de cassation.

tarif de vente au détail et autorisèrent les distributeurs de consentir un rabais à la pompe de 16 centimes par litre d'essence, et de 17 centimes par litre de supercarburant. Afin que monsieur Huard, le distributeur, puisse faire face à la concurrence résultant de cette nouvelle réglementation, la société BP lui proposa d'adopter un statut de commissionnaire pour la vente de carburant. Il devint mandataire de la société et percevait un taux de commission sur le nombre de litres vendus. Le coût des rabais indispensables pour résister à la concurrence était pris en charge par la société pétrolière. Pourtant, le distributeur refusa ce nouveau statut et se plaignit qu'en dépit de l'engagement de la société BP de l'intégrer dans son réseau, celle-ci ne lui avait pas donné les moyens de pratiquer des prix concurrentiels. Il l'assigna donc en paiement de dommages et intérêts.

347. Après avoir été débouté de sa demande en première instance, monsieur Huard interjeta appel et la juridiction du second degré accueillit favorablement sa prétention en lui accordant des dommages et intérêts. Cette décision consacrait une obligation d'adapter le contrat et de renégocier en cas de changements de circonstances sur le fondement de la bonne foi. Cette dernière reconnaît et prolonge le devoir de coopération entre les parties³⁵⁵. L'idée d'imposer cette obligation aux parties est une conséquence logique de ce devoir. En effet, les juges français ont commencé à invoquer des notions-cadres, telles que la bonne foi ou la loyauté, pour élaborer un remède à l'imprévision. Cet arrêt sanctionne le manquement à l'obligation de coopération d'une partie au regard de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil dans la mesure où « la société BP n'avait pas exécuté (le contrat) de bonne foi ».

348. La société française de pétrole avait privé son cocontractant, l'exploitant d'une station-service, des moyens de pratiquer des prix concurrentiels lorsque le changement de circonstances avait provoqué la fragilité financière de ce distributeur. En 1998, la Cour de cassation a réitéré, toujours en matière de distribution commerciale, la même solution en reprochant au mandant d'avoir manqué « à son obligation de loyauté et à son devoir de mettre son cocontractant en mesure d'exécuter son mandat, la mandant qui informé des difficultés de son agent commercial, ne prend pas de mesures

³⁵⁵ Ph. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision, vers une souplesse contractuelle de droit privé français contemporain*, préf. R. BOUT, PUAM, 1994, n° 157, 162 et 245.

concrètes pour permettre à celui-ci de pratiquer des prix concurrentiels proches de ceux produits vendus dans le cadre des ventes parallèles pour les opérateurs concurrents³⁵⁶ ».

349. À la lecture de ces arrêts, certains auteurs produisent des analyses divergentes. La première hypothèse serait de s'interroger sur une inégalité de départ dans le contrat qui provoquerait des comportements abusifs lors de son exécution. En effet, certains auteurs y ont décelé l'existence d'une dépendance économique entre les parties, une certaine domination entre les deux parties donnant lieu à un abus : « les difficultés rencontrées par les contractants n'étant pas dues à un bouleversement imprévu des circonstances économiques, qu'à l'attitude des cocontractants³⁵⁷ ».

350. Comme le souligne un auteur avisé sur cette question : « ces arrêts ne s'inscrivent pas dans la théorie générale, mais s'inscrivent dans un contexte spécifique celui des contrats de distribution marqués par le déséquilibre des forces entre partenaires contractuels³⁵⁸. » Cependant, si au départ ces arrêts étaient considérés comme isolés, depuis quelque temps il semble se dessiner une tendance plus nette qui innove le droit positif des contrats. En droit social, un arrêt remarqué de la chambre sociale avait ainsi jugé que « l'employeur était tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, et il a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi³⁵⁹ ».

351. En 2007, la cour d'appel de Nancy a rendu un arrêt audacieux qui repose sur la théorie solidariste et sur les fondements de l'article 1134, alinéa 3, et 1135 du Code civil. Elle réaffirme une obligation de renégociation en cas de changement imprévisible de législation, sous peine de responsabilité contractuelle en cas d'abus éventuel dans la

³⁵⁶ Cass. com., 3 nov. 1992, Bull. civ. 1992, IV, n°338 ; *Defrenois* 1993, art. 35663, obs. J.-L. AUBERT ; *JCP G* 1993, II, 22164, obs. G. Virassamy ; *RTD civ.* 1993, p. 124, obs. J. Mestre ; Cass. com., 24 nov. 1998, Bull. civ. 1998, IV, n° 277 ; *Defrenois* 1999, art. 36953, n° 16, obs. D. Mazeaud ; *JCP G* 1999, I, 143, obs. Ch. Jamin et II, 10210, note Y. Picod ; *RTD civ.* 1999, p. 98, obs. J. Mestre et p. 646, obs. P.-Y. Gautier.

³⁵⁷ L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. Aynès, Economica, 2011, n° 348 ; v. égal. N. MOLFESSIS, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *LPA* 5 mai 2000, p. 41.

³⁵⁸ L. THIBIERGE, th. préc., n° 348.

³⁵⁹ Cass. soc., 25 févr. 1992, *Bull. civ.* V, n° 121, p. 74 ; *D.* 1992, p. 390.

renégociation. Le juge du fond se réserve aussi un pouvoir d'interprétation des clauses obscures en cas d'échec des renégociations. Dans cette affaire, le changement imprévisible du droit de l'environnement sur l'établissement d'un système d'échanges de quotas d'émission de gaz à effet de serre a extrêmement troublé l'économie du contrat de vente vapeur, car les profits tirés de la vente des quotas ne sont pas, selon le contrat initial, équitablement partagés par les parties. Il existe alors un déséquilibre manifestement excessif de bénéfices, mais non de coûts d'exécution du contrat. Dans ces différentes affaires, contrairement à l'arrêt précédent, il ne s'agit pas de contrats de distribution. On voit apparaître progressivement une théorie de l'imprévision qui commence à imprégner l'ensemble des contrats, étant donné la progressive mutation sociale des analyses contractuelles.

B) L'élargissement du spectre de la bonne foi, source de dispersion

352. L'élargissement du spectre de la loyauté découle du principe de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil selon lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Seul l'article 1134, alinéas 1 et 3, paraît justifier la présence de la loyauté contractuelle en cours d'exécution. En son nom, on peut corriger, suppléer ou ajouter au droit. Un auteur va même jusqu'à considérer que la loyauté a pour but d'humaniser le juste juridique³⁶⁰ en complétant ou modérant ce que l'application stricte des règles de droit aurait d'insuffisant ou de trop dur³⁶¹. C'est dans ce contexte qu'émergent de nouveaux devoirs pour les contractants **(1)** et qui contribue à développer un esprit d'ouverture et d'adaptation dans le contrat comme la notion même d'équité qui apporte aussi nécessairement une certaine flexibilité au contrat **(2)**.

³⁶⁰ Classiquement elle a un triple rôle : « *adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civiles* c'est-à-dire qu'elle ajoute, supplée ou corrige le droit ».

³⁶¹ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, 2^e éd., Paris, 1972, t. 1, n° 127.

1) Les nouveaux devoirs de loyauté et de coopération

353. Face à l'incertitude du futur, il nous faut préciser les moyens que les dispositifs du droit privé mettent à la disposition du droit privé pour les acteurs qui s'engagent dans les contrats de longue durée. La bonne foi comme le concept de loyauté contractuelle répondrait aux exigences de l'article 1134 et 1135 et ferait découler des devoirs positifs variés comme la coopération, l'obligation d'information, le conseil³⁶².

354. La généralisation du recours à la bonne foi dans la régulation de la force obligatoire du contrat apparaît comme une des métamorphoses les plus notables du droit contemporain. Alors que l'autonomie de la volonté a influencé pendant des années la matrice contractuelle en imposant ses vues, on constate de nos jours que cette conception individualiste et volontariste est remplacée par une conception plus loyale des intérêts des parties, fruit du courant solidariste³⁶³. La jurisprudence française a progressivement consacré une obligation de coopération entre les parties ayant pour corollaire l'obligation d'informer son cocontractant de tout ce qui peut lui être utile pour profiter pleinement de la prestation qu'il reçoit.

355. Nous avons pu constater que depuis quelques années, notre droit national présente le contrat comme « un mécanisme instantané et accorde une place démesurée aux problèmes de formation du contrat par rapport aux règles d'exécution, la *lex mercatoria* sous l'influence du droit anglais s'intéresse de façon primordiale à l'exécution des conventions³⁶⁴ ». L'auteur insiste sur la propension des contrats internationaux et commerciaux de durée à développer des obligations secondaires qui dépassent largement ses dispositions spécifiques. L'éloignement ou encore la durée des contrats rend nécessaire une obligation de coopération accrue qui est ni plus ni moins que le prolongement d'un devoir de loyauté dans le contrat.

³⁶² Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. Couturier, LGDJ, 1998.

³⁶³ Cette philosophie est une utopie selon certains auteurs : v. not. L. AYNÈS, « Le devoir de loyauté », *Arch. phil. dr.*, Dalloz, 2000, t. 44, p. 195 et s.

³⁶⁴ Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. COUTURIER, LGDJ, 1998, p. 103.

356. Certains auteurs vont même jusqu'à dire que le dynamisme des contrats internationaux et des contrats de durée impose une possible négociation à tout moment. Cette conception, peut-être un peu radicale, tranche avec celle des juristes classiques qui considèrent que la phase de négociation concerne seulement la formation du contrat. Or, ne faut-il pas intégrer les notions de durée et de dynamisme dans le contrat si l'on veut rendre possible une renégociation tout au long du contrat ? Cette possibilité serait un remède tangible à toutes les difficultés contractuelles qui peuvent se poser et consacrerait la théorie de l'imprévision implicite, et c'est l'objet de nos travaux de recherche.

357. Le contrat organisation est également un remède pour les contrats internationaux qui se méfient des droits nationaux et en particulier du droit français qui serait trop souvent statique. On distingue les contrats échange des contrats organisation, qui suppléent l'État et le juge, dans la mesure où les parties sont au cœur du contrat ainsi que leur volonté de coopérer et de négocier tout au long du contrat³⁶⁵.

358. Dans la plupart des contrats de longue durée et des contrats internationaux, le recours à l'arbitrage est monnaie courante. L'absence de prise en compte des problématiques de négociation met en péril la plupart des contrats longue durée. L'obligation de coopération dans ces types de contrats est alors utile pour dépasser la stricte exécution fidèle des prévisions contractuelles. C'est le sens des contrats organisation, et notamment du contrat de société, qui sont animés par cette volonté de collaboration constante. L'arrêt de cette collaboration est patent lorsque la relation avec le cocontractant est d'une certaine gravité et est de nature à justifier l'arrêt de la relation contractuelle. Pour la pratique, il y a une création d'une sorte d'*affectio contractus*.

359. C'est pour cette raison que certains auteurs considérant le contrat comme statique et ne pouvant s'adapter en cas de changements de circonstances ont vu dans le concept de *solidarisme contractuel* un moyen de contourner la règle intangible pour permettre des négociations. Les contrats qui se maintiennent dans le temps sont des contrats où la possibilité d'introduire une certaine imprévision est possible. Dans les contrats de durée, ou encore pourrait-on dire dans les contrats relationnels selon la

³⁶⁵ P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », *Mélanges Fr. Terré*, Dalloz, 1999, p. 635.

théorie de Mac Neil, il serait difficile de ne pas admettre une certaine dose d'imprévision dans le but d'assouplir l'intangibilité du contrat. Mais cette solution n'est pas nouvelle et permet de constater que la négociation et l'imprévision sont prégnantes dans ce type de contrats.

2) L'équité de l'article 1135 du Code civil : le complément de la bonne foi

360. Le renvoi à l'équité est une mesure classique qui trouve son fondement à l'article 1135 du Code civil énonçant que « les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage et la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Cet article est supplétif et ne saurait en aucun cas soustraire l'un des contractants à l'accomplissement des engagements clairs et univoques auxquels il a librement souscrit et qu'il doit assumer. Voilà une première limite à cette équité. Elle s'est exprimée très clairement dans une décision de la Chambre sociale qui avait censuré un arrêt d'appel pour violation de l'article 1134 du Code civil. La juridiction du second degré avait en effet substitué des considérations d'équité pour détourner les engagements du contrat. La bonne foi ou l'équité est l'un des moyens de faire pénétrer la règle morale dans le droit positif ainsi qu'une certaine part de réalité. C'est précisément cette possibilité d'ouverture vers un contrat plus juste et plus réel qui pousse notre réflexion à aller plus loin dans l'analyse des contrats de durée fortement soumis aux fluctuations et nécessitant parfois des aménagements. Il ne s'agit pas de remettre en cause le contrat, mais au contraire de l'exécuter de façon plus juste.

361. La plupart des auteurs considèrent l'équité comme une notion vaste qui ne permettrait pas de corriger profondément les excès du contrat et serait impraticable. En effet, l'équité est une valeur qui ne peut s'ériger en fondement, car ce n'est pas une technique, mais un principe, une valeur attachée au contrat. On peut s'y référer, mais pas chambouler le contrat par son intermédiaire. De plus, le rôle de l'équité, tout comme son efficacité, est remis en cause dans la mesure où cette notion est trop large pour être un moyen efficace d'aménager le contrat. En revanche, le devoir de loyauté pourrait avoir une place non négligeable dans le contrat si on le complétait par le motif légitime. En effet, un moyen de contrôler l'abus de droit et de le rendre moins abstrait est de recourir à la notion de motif légitime. L'acte sera ou ne sera pas abusif en fonction du

motif légitime de la partie en cause. L'abus de droit est à la frontière entre l'équité, la bonne foi et la loyauté et c'est le fondement utilisé pour justifier l'intervention du juge dans le contrat.

Paragraphe 2 : Le nouveau sens de la bonne foi : vers le détachement de l'intention

362. La bonne foi est d'abord un moyen de prendre en compte à la fois la réalité de l'équilibre dans le contrat **(A)**. Ensuite, ce principe est un moyen d'aménager le contenu du contrat en cas de changements de circonstances ultérieures **(B)**. Mais cet équilibre est fragile et sonne peut-être le glas des trois piliers de la conception contractuelle classique : liberté, prévisibilité et stabilité.

A) La bonne foi au secours de l'équilibre contractuel

363. Certains auteurs rattachent le principe d'équilibre contractuel à la bonne foi³⁶⁶. Cette dernière garantit l'équilibre du contrat. C'est un standard du bon comportement apprécié au moment de l'exécution contractuelle³⁶⁷. Il s'agit d'instaurer un « esprit de loyauté, d'honnêteté, de sincérité dans la formation et l'exécution du contrat ou encore de faire preuve d'une diligence normale, utile et raisonnable dans la sauvegarde de ses intérêts ainsi que *« the maintenance of a degree of proportionality between the advantages and the disadvantages which any actions can cause the parties involved, determining the rights and obligations of the parties taking into account their reciprocity [...] the fair allocation of risk »*.

364. La bonne foi protège l'exécution et le maintien du contrat. Son équilibre est tributaire de cette bonne ou mauvaise foi qui est un indice de mesure de la bonne santé du contrat. Les principes d'Unidroit font, à plusieurs reprises, implicitement référence à

³⁶⁶ F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, LGDJ, 1992, p. 27-29.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 22.

la bonne foi³⁶⁸. L'étude du rôle de la clause *rebus sic stantibus* (1) précédera celle de son évolution vers une imprévision implicite (2).

1) Le rôle de la clause *rebus sic stantibus*

365. La clause *rebus sic stantibus* s'oppose à la notion de *pacta sunt servanda*. Elle provient d'une doctrine juridique considérant que les éléments d'un contrat ne restent applicables que pour autant que les actes demeurent en l'état et que leur changement n'altère pas radicalement les obligations initialement acceptées. Cette clause permet donc de rendre les contrats inapplicables à raison d'un changement fondamental de circonstances. C'est bien dans cette perspective que cette clause se sert implicitement du fondement de la bonne foi dans la mesure où si ce sont les éléments qui ont déterminé le consentement qui ont changé il s'agit peut-être de tenter de rétablir l'équilibre. En effet, dans le traitement de l'impact de la modification des circonstances sur le contrat, on retrouve la question de la relation entre l'équité, la bonne foi et la force obligatoire.

366. L'enjeu de la question réside dans l'interprétation de cette « loi des parties ». D'une part, elle n'est pas aussi intangible et immuable qu'il y paraît puisque les parties peuvent l'adapter. D'autre part, le contrat se doit d'être la concrétisation de l'équité contractuelle comme le sous-entend Aristote³⁶⁹. En cas de désaccord entre les parties, la question est de savoir si le juge peut perfectionner le contrat et à quel point. La notion d'implicite enjoint la morale, le bon sens et la logique. Cela permet de donner toute sa valeur et son expression au contrat. L'implicite rejoint une certaine forme d'incomplétude qui correspond de près ou de loin à la place de l'interprétation dans le contrat, interprétation qui correspond aux attentes des parties. Ni l'incomplétude ni le

³⁶⁸ Art. 3.10 : « l'autre partie a profité de manière déloyale de l'état de dépendance, de la détresse économique, etc. » le juge peut adapter le contrat ou la clause afin de la rendre conforme aux exigences de la bonne foi en matière commerciale. Les articles 6.2.2 et 6.2.3 prévoient la possible révision du contrat de *hardship* au nom du même principe de bonne foi. Aucune allusion n'est faite directement au principe de bonne foi, mais il est sous-entendu dans l'article. Il impose une collaboration dans l'exécution du contrat.

³⁶⁹ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Livre V partie II, n° 1130b-1131a.

perfectionnement ne correspondent à de nouvelles obligations. C'est le sens de notre recherche. L'implicite comme l'incomplétude doivent faire partie intégrante du contrat.

367. La première fonction de l'implicite est de comprendre le contenu du contrat au sens large. Or, le contenu du contrat révélé par les stipulations peut être très différent de la volonté des parties. Cette volonté implicite côtoie ainsi la morale. Elle est une sorte de référent objectif propre à contrecarrer les caprices et bouleversements du temps. Prendre en compte ces normes implicites des parties permettrait de réviser le contrat au nom de la volonté elle-même. Ce fondement est donc respectueux de la volonté des parties contractantes. Cette possibilité est consacrée par la clause *rebus sic stantibus*³⁷⁰ qui donne à l'admission de l'imprévision de portée générale. Une personne ne peut être tenue de faire plus que ce que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle : « en pareil cas, on voit bien que l'on est dispensé de faire ce que l'on a juré. Mais on est tenu de faire ce qu'on peut comme nous l'avons dit au sujet de l'obligation du vœu³⁷¹ ».

368. L'immutabilité et l'intangibilité de la convention sont trop simplistes pour garantir le contrat de toute insécurité juridique. Au rebours d'une stricte conformité des stipulations contractuelles, censée assurer une sécurité juridique absolue, la révision devient le nouveau garant possible de cette sécurité juridique. Il apparaît que pour permettre de conserver une certaine suprématie au contrat intangible et à ses principes il est tentant d'admettre un certain nombre d'exceptions qui ne répondent pas à une logique d'ensemble en fournissant une explication particulière à chaque situation, car que ce soit comme on l'a vu dans le cas d'une généralisation de l'admission de la cause au stade de l'exécution ou bien une généralisation de la bonne foi ou encore de l'attente légitime. Ce qui est intéressant, de noter c'est que l'ensemble de ces concepts ne sont

³⁷⁰ H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec 1999, p. 767 ; et A. CERMALOCCE, *Cause et exécution du contrat*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2001 p. 229 et s.

³⁷¹ Th. AQUINAS, *Secunda secundae, quaest. 89, art. 7* : « *Tunc enim videtur excusatus esse a faciendo quod iuravit, licet teneatur facere quod in se est, sicut etiam supra circa obligationem voti diximus* ». « À moins que la chose possible au moment du serment, soit par la suite devenue, soit par la suite devenue impossible par n'importe quel événement ; vous aviez juré de payer une somme d'argent, et on vous l'a arrachée par violence ou volée. En pareil cas, on voit bien que l'on est dispensé de faire ce que l'on a juré » (traduction libre).

légitimes qu'à partir du moment où ils proviennent du contrat lui-même. L'originalité de cette thèse est qu'elle ne se base pas sur une volonté explicite, mais implicite déduite du contrat lui-même et qui suffit à fonder la révision du contrat bouleversé par l'imprévision. Le contrat est adapté aux nouvelles circonstances sans que soit pour autant portée atteinte à la volonté des contractants. Ce fondement respecte le contrat et se retrouve dans la notion de clause *rebus sic stantibus*. L'implicite permet d'introduire la notion d'imprévision dans le contrat pour une révision sans perturbations du contrat. Cette révision intègre à la fois des idées morales et économiques. Permettre une révision du contrat en cas de bouleversement des circonstances qui entourent sa conclusion c'est passer « d'une sécurité statique trompeuse, à une sécurité dynamique authentiquement protectrice des prévisions contractuelles³⁷² ». Il s'agit de remettre en cause l'exécution du contrat aux conditions initialement prévues au nom d'une certaine lecture de la bonne foi en phase avec la réalité.

2) De la clause *rebus sic stantibus* à la reconnaissance d'une imprévision implicite

369. La bonne foi est sous-entendue dans les contrats que ce soit par l'intermédiaire de l'article 1134 ou 1135 du Code civil. La bonne foi est une notion qui permet l'ouverture du contrat à des obligations non exprimées. Tout contrat intègre en lui la notion de bonne foi et une certaine forme d'imprévision licite. La règle puise son fondement aussi dans les contrats de durée. Certains auteurs ont démontré que l'exigence de bonne foi peut obliger les parties à l'adapter lorsque son exécution est confrontée à un problème épineux ou à des circonstances nouvelles. La bonne foi permet l'intrusion du temps dans le contrat. Un auteur précise en ce sens que ce comportement de bonne foi englobe l'acceptation de la prise en compte des changements des circonstances survenant postérieurement à la formation du contrat³⁷³. L'article 1134, alinéa 3, est une base textuelle à la clause *rebus sic stantibus*.

³⁷² P. VOIRIN, *De l'imprévision dans le rapport de droit privé*, thèse Nancy, 1922, p. 55.

³⁷³ A. CERMALOCCE, th. préc., p. 229.

370. Le fondement moral de la règle de bonne foi s'explique par le fait que les parties ne se seraient pas engagées sans la possibilité d'une certaine flexibilité. L'évocation de la bonne foi permet aux parties contractantes d'introduire l'implicite dans le contrat et donc une certaine flexibilité. Un auteur³⁷⁴ estime pourtant qu'il est dangereux de reconnaître une clause de révision implicite qui contreviendrait directement aux principes d'intangibilité du contrat.

371. Pour qu'un changement de circonstances puisse être pris en compte, il faut qu'une condition soit réunie : l'effet du changement est important et qu'il porte directement atteinte à l'économie du contrat. Cette dernière sert à identifier « la finalité du contrat dans l'esprit et donc dans l'accord des parties³⁷⁵ ». Le débat sur la notion d'économie du contrat a été relancé par la crise de 2008. Les analyses économiques et morales ont un objectif commun qui est celui d'exécuter « à fond »³⁷⁶ le contrat. Sous cet angle un peu excessif du contrat, il est tenté de faire resurgir l'ensemble du contrat, c'est-à-dire le contrat dans sa plus stricte expression. Ressortent à la fois le contrat explicite et son contenu implicite. Il faut y voir une prise en compte suffisante destinée à dévoiler les pratiques contractuelles qui pourraient avoir lieu dans l'accomplissement des activités connexes. Les deux analyses dévoilent une obligation implicite. En effet, Ghestin³⁷⁷ a bien affirmé que l'analyse économique et ses conséquences aboutissent au même résultat que l'analyse morale. Ainsi, la clause *rebus sic stantibus* est légitime sur les fondements précités économiques et moraux.

372. Les inexécutions licites³⁷⁸ ont été admises progressivement et constituent désormais un instrument au service de la pérennité du contrat³⁷⁹. Cette inexécution ne

³⁷⁴ L. AYNÈS, « L'imprévision en droit privé », *RJC* 2005, p. 397 et spéc. p. 400.

³⁷⁵ M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF, 2004, p. 387.

³⁷⁶ *Id.*, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ 1992, n° 74.

³⁷⁷ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, éd. LGDJ /DELTA, 1996, p. 188 et 189.

³⁷⁸ C. CHABAS, *L'inexécution licite*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2002.

³⁷⁹ *Id.*, th. Préc.

porte pas atteinte à la force obligatoire et constitue au contraire un moyen d'assurer la pérennité du lien.

373. Certaines décisions rendues sur le fondement de la bonne foi ont reconnu l'obligation d'offrir à l'autre contractant la possibilité de modifier le contrat³⁸⁰. C'est le signe de l'existence d'une obligation d'adaptation pesant sur l'un des contractants. Par l'intermédiaire de la bonne foi, on observe une autonomisation de l'exécution ainsi que l'intrusion dans le contrat d'une logique d'adaptation qui semble s'affirmer progressivement. Il s'agit d'une imprévision qui ne dit pas son nom, mais qui est bien réelle dans les contrats de durée.

374. Face à un bouleversement des circonstances économiques à un moment particulier de l'exécution d'un contrat, la position classique est de rejeter tout changement par crainte de toucher à la sacro-sainte intangibilité du contrat. Pourtant, dans certaines décisions les juges découvrent une obligation implicite de renégociation en cours d'exécution. Plusieurs paramètres rentrent en jeu dans l'analyse de la situation du contrat et la notion d'économie du contrat permet une meilleure prise en compte du contrat dans sa globalité. La malléabilité de ce standard permet de valider des opérations contractuelles atypiques, justifiées par des situations de crises que le droit contractuel traditionnel a du mal à appréhender.³⁸¹ En ce sens, le champ d'études de cette notion d'économie du contrat paraît assez large et permet d'avoir une approche plus complète et plus réelle du contrat.

³⁸⁰ Cass. soc., 25 févr. 1992, *D.* 1992, p. 294, obs. Lyon-Caen et p. 390, note M. Defossez.

³⁸¹ L. IDOT, « La liberté de concurrence en France », *LPA* 23 mars 2000, p. 4.

B) La recherche d'un aménagement du refus de la théorie de l'imprévision

375. L'idée n'est pas tant de contourner la jurisprudence de canal de Craponne que d'aménager l'imprévision en tentant de responsabiliser les parties. Cependant, certains contrats sont plus propices que d'autres à la flexibilité (2) d'après la jurisprudence qui axe sa réflexion depuis plusieurs années sur la tentative de conciliation entre le contrat et son environnement (1).

- 1) L'axe de la jurisprudence : une tentative de conciliation entre le contrat et son environnement

376. C'est le sens de la jurisprudence depuis quelques années qui se détourne de la révision judiciaire du contrat pour responsabiliser des parties. C'est ce qu'il faut comprendre à travers les différentes théories éparses qui se sont développées depuis quelques années : devoir de loyauté dans l'exécution du contrat et attente légitime. La théorie du solidarisme contractuel peut être rattachée à ce mouvement puisqu'elle propose une synthèse de toutes ces notions afin d'adapter le contrat aux circonstances dès lors que le contrat participe à une activité commune et concrète et se détache de l'initiative purement individuelle.

377. La jurisprudence ne consacre pas de révision judiciaire à proprement parler, mais plutôt la capacité des parties contractantes à renégocier. Même si la Cour de cassation maintient sa position originaire, il n'en reste pas moins que certaines décisions éparses ouvrent une brèche pour une possible admission de la théorie de l'imprévision, comme nous l'avons déjà souligné. On pense notamment au fameux arrêt Huard du 3 novembre 1992³⁸². Dans un contrat de distribution, l'exploitant d'une station de service reprochait au pétrolier de ne pas lui avoir permis de pratiquer des prix concurrentiels en dépit de son engagement. La Cour de cassation estima qu'« en l'état de ses circonstances la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi ». D'après cette décision certains auteurs ont pu y voir une obligation de loyauté poussée à son extrême. Dans ce

³⁸² Cass. com., 3 nov. 1992, *Gaz. Pal.* 14 juin 2009, p. 2, note M.-L. Cartier-Marraud et O. Akyurek.

type de contrats qui s'inscrivent dans la durée appartiennent à la catégorie des contrats « relationnels ». On demande et attend beaucoup de la relation entre cocontractants. Certains auteurs ont cru percevoir dans ces contrats une révolution contractuelle en germe et une admission générale de la théorie de l'imprévision³⁸³ au nom d'une certaine solidarité.

2) Une catégorie contractuelle propice à la révision

378. Dans certaines matières, comme le droit de la distribution, le droit de la concurrence ou encore dans des types mêmes de contrats organisation qui se distinguent des contrats échanges, la jurisprudence a tendance à autoriser un amendement du contrat. On remarque que ce tempérament est accordé pour des contrats dans lesquels le rapport de forces parfois inégal rend parfois nécessaire un rééquilibrage. Dans ce cas, c'est un déséquilibre prévisible qui autorise la correction. Ce qu'il est important de noter, c'est que la correction vient du cocontractant en situation d'abus. On pousse le cocontractant à avoir un comportement loyal. Certains auteurs considèrent donc qu'il faut se montrer prudent quant à tirer des conclusions hâtives sur certains contrats. Il y a des contrats qui, par essence, engendrent un déséquilibre et qui incitent donc la théorie litigieuse à entrer dans le contrat.

³⁸³ D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur “Le nouveau monde contractuel” », *LPA* 7 mai 2004, p. 47 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « changement de circonstances », *RDC* 2004, p. 67. ; Ch. JAMIN, « Révision et intangibilité ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Dr. & Patrimoine* 1998, p. 46.

CONCLUSION DE SECTION 1

379. La bonne foi est un instrument qui se déplace de la formation à l'exécution et qui permet de relire le contrat dans un mode plus objectif en fonction des circonstances réelles. Il y a comme une réévaluation du contrat sous le contrôle de la bonne foi. Mais la manière dont ce contrôle s'opère a peut-être un peu dénaturé le contrat et surtout il va à l'encontre du modèle contractuel classique et contribue ainsi à la persistance de son éclatement.

SECTION II : LA PERSISTANCE DE LA BONNE FOI PROTÉIFORME DANS LA TENTATIVE DE RATTACHEMENT DE LA BONNE FOI A UNE VOLONTÉ OBJECTIVE

380. L'appréhension de la bonne foi par la confiance légitime permet de regrouper la variété des comportements stigmatisés par les tribunaux sous le sceau de l'ancien article 1134 alinéa 3, du Code civil. Le terme de bonne foi est très lié au terme de confiance, mais c'est l'adjectif de légitime qui sous-tend le recours à l'article 1134 alinéa 3. La bonne foi a trait à l'intention interne des parties, elle serait la marque de « l'intériorité incommensurable de l'homme³⁸⁴ ». Il sera démontré dans cette partie le passage d'un vouloir intime à un vouloir plus objectif. La bonne foi est une norme de conduite qui engage donc les contractants à l'adoption d'un comportement conforme à la confiance réciproque. Être de bonne foi, c'est adopter un comportement de nature à préserver l'alliance, elle ne peut consister en un simple état d'esprit, être de bonne foi c'est adopter un comportement de nature à perpétuer la force obligatoire du contrat³⁸⁵.

381. Pour montrer son caractère objectif, il est nécessaire de disjoindre la bonne foi de l'élément psychologique. En effet, dès lors qu'on accepte le postulat non pas du vouloir intime de celui qui s'engage, mais de la confiance réciproque, il convient de prolonger le raisonnement en considérant que l'objectivisation passe par la rencontre de deux volontés puis par l'épreuve de l'exécution.

382. Au cours de la relation contractuelle, il n'est pas rare de considérer la prérogative unilatérale comme un droit subjectif exclusif de toute considération de bien commun, de contrat commun ou de consentement au contrat. Il s'agit, à travers ce pouvoir exprimé, de le comprendre comme une nouvelle volonté. A l'épreuve de cette prérogative, il est question de l'aptitude de certains mécanismes à effectuer ce contrôle

³⁸⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats »

³⁸⁵ R. DESGORCES, « la bonne foi dans le droit des contrats : rôle et perspectives »

uniquement sur cette prérogative. En effet, « le contrôle de la mise en œuvre de la prérogative, par exemple changer de lieu de travail du salarié, n'est pas un contrôle de conformité au contrat. C'est la prérogative créée par le contrat qui est contrôlée et non le contrat lui-même [...] il s'ensuit qu'introduire le bien commun au stade du contrôle de l'exercice de la prérogative plutôt que dans la définition même du champ contractuel présente l'avantage de ne pas opérer un forçage du contrat³⁸⁶ ».

383. Le contrôle de la cohérence du contrat s'inscrit de plus en plus dans le contrat afin de permettre à la dimension unilatérale du contrat de s'exprimer lors de l'exécution tout en maintenant un contre-pouvoir objectif susceptible de remettre en cause toute initiative d'abus dans le contrat. Ce contrôle se fait à plusieurs niveaux et son extension est révélatrice de la prise de conscience du danger de la montée de ce pouvoir unilatéral dans le contrat. Face à ce danger de pouvoir, on trouve le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (**Paragraphe 1**) dont l'origine revient au droit anglais et qui est de nature à opérer un changement de perspective au sein du contrat (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La recherche d'un principe de cohérence dérivé non repris dans la réforme

384. Dans l'état de nature, l'homme est libre de dire et de se dédire. Spinoza écrivait : « admettons que, quelqu'un ait donné verbalement sa parole d'accomplir telle ou telle action dont du point de vue de l'exercice de son droit personnel il pourrait s'abstenir. Ou au contraire qu'il ait donné sa parole de s'abstenir d'une action, qu'il pourrait accomplir. Cette parole reste valide seulement tant que la volonté de celui qui s'engageait ne change pas en vérité, du fait qu'il détient la puissance de reprendre sa parole il n'a nullement aliéné son droit, mais n'a engagé que des mots. Par conséquent, il suffit que cet homme demeuré en vertu du droit de nature seul arbitre de ses actions considère la parole donnée comme plus désavantageuse qu'avantageuse. Peu importe que cette appréciation soit ou non erronée, car l'être humain est faillible. Néanmoins si

³⁸⁶ P. LOKIEC, *Contrat et Pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 2004, n^{os} 236 et 239.

quant à lui il estime que sa parole doit être reprise, il la reprendra d'un plein droit de nature³⁸⁷ ».

385. En morale ou en droit il en va différemment, car, dans le cadre d'un engagement la parole donnée ne saurait être reprise. Loysel à travers sa maxime exprime cette notion de respect de la parole donnée : « on lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles ». Ce n'est pas tant la volonté, mais son consentement qui aura placé toute sa confiance dans la communication de la volonté à autrui. Par essence la volonté est interne et c'est lorsqu'elle devient externe qu'elle engage. La notion de *reliance* l'exprime davantage encore que la simple confiance. Tous ces concepts comme la confiance, la *reliance*, les attentes légitimes et l'*estoppel* sont présents implicitement dans le droit positif de nombreux pays et expriment une confiance dans la cohérence contractuelle.

386. En droit français il n'est pas toujours aisé de les identifier de manière spécifique dans la mesure où la bonne foi tente d'englober l'ensemble du processus. En effet, la bonne foi est une notion protéiforme : « c'est la juste opinion et croyance ferme qu'à le possesseur qu'il a acquis le domaine de propriété de la chose qu'il possède ; c'est l'ignorance du droit d'autrui c'est la croyance légitime [...] c'est une croyance pleine et entière de l'acquéreur dans le droit de propriété à lui transmis [...] c'est la conviction, découlant de l'ignorance de tout droit contraire³⁸⁸ ». La bonne foi aurait plusieurs fonctions : interprétative, limitative, complétive et adaptative.

387. Le droit anglais révèle par défaut la distinction entre la prérogative unilatérale et le contrat et contribue à clarifier la démonstration. Ce droit est dépourvu d'un principe général de bonne foi et a donc recours à une clause implicite de prise en considération de l'attente de l'autre partie de manière à contrôler l'exercice de la prérogative unilatérale. En effet, ce n'est ni la bonne foi, ni le contrôle de l'abus, mais un mécanisme implicite d'objectivisation du contrat et de cohérence. Ainsi, le droit anglais ne contrôle pas directement par l'abus, il intervient dans la définition du contrat

³⁸⁷ B. SPINOZA, *Traité de l'autorité politique*, in *Spinoza Œuvres complètes*, éd. La Pléiade, 1654, p. 928.

³⁸⁸ W. RODYS, *Traité de droit civil du Québec*, éd. Wilson et Lafleur, t. 15, 1958.

et contrôle la cohérence de l'acte unilatéral par rapport au contrat. Le contrôle se fait donc par l'interprétation du contenu du contrat par rapport à l'acte unilatéral. Loin d'aboutir à un morcellement, le droit anglais par ce mécanisme implicite contribue à rendre la prérogative unilatérale compatible avec le contrat, elle se contractualise implicitement par des compléments possibles **(A)**. Le droit anglais recourt à différentes techniques d'interprétation pour contrôler l'exercice du pouvoir contractuel. L'*estoppel* permet de sanctionner le comportement par lequel un cocontractant se contredit au détriment d'autrui. Il est à noter que l'importation de ce mécanisme en droit français est vivement discutée en matière contractuelle. Un arrêt de la Cour de cassation de 2011³⁸⁹ consacre un principe³⁹⁰ selon lequel « nul ne peut se contredire au détriment d'autrui ». Les racines substantielles de ce principe sont à la fois fournies et dispersées. L'intérêt doctrinal en faveur de cette notion démontre l'identification de certains mécanismes comparables dans le droit français comme le devoir de loyauté³⁹¹ et le principe de cohérence³⁹² **(B)**.

³⁸⁹ Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-22.888, *D.* 2011, p. 2345, obs. X. Delpéch ; *JCP G* 2011, p. 1250, note D. Houtcieff ; *RTD civ.* 2011, p. 760, obs. B. Fages.

³⁹⁰ N. MOLFESSIS, « La notion de principe dans la jurisprudence de la cour de cassation », *RTD civ.* 2001.

³⁹¹ Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. Couturier, LGDJ, 1998 ; M. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, 2003, n°s 413 et s. ; S. GUINCHARD, *Droits fondamentaux du procès*, 6^e éd., Dalloz, n° 542.

³⁹² L. WEILLER, *La liberté procédurale du contractant*, PUAM, 2004, n° 142 consacrés au principe de cohérence ; D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001, spéc. n°s 954 et s.

A) L'estoppel, l'attente légitime et la bonne foi : des compléments possibles dérivés de la bonne foi

388. Alors qu'en droit anglais utilise spécifiquement l'*estoppel* en tant que procédure spécifique, le droit civil français³⁹³ utilise une protection plus globale autour de la notion bonne foi. Il faut donc distinguer donc entre la confiance de celui qui s'engage et la confiance qui est perçue par l'autre cocontractant.

389. La doctrine de l'*estoppel* fait appel à deux facteurs qui sont la contradiction dans l'attitude de la partie soumise à l'*estoppel* et la confiance faite à l'auteur de l'*estoppel* par celui qui l'invoque. Insister sur la contradiction, c'est favoriser le rapprochement avec des concepts civilistes tels que la bonne foi, l'abus de droit ou encore *venir contra factum proprium*. D'après la doctrine majoritaire sur cette question mettre en exergue la confiance trompée c'est rapprocher l'*estoppel* de la théorie de l'apparence. Les pays de tradition civiliste utilisent des notions comme la théorie de l'apparence et la bonne foi afin de protéger la confiance des parties dans le contrat. Avant d'être un principe d'influence aux plus larges conséquences (2), l'*estoppel* était un principe procédural (1).

- 1) Origine de la notion d'*estoppel* : un principe de procédure, une fin de non-recevoir

390. Littéralement, l'*estoppel* est un principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. Il y a une sorte de résistance en droit français pour recevoir l'*estoppel* dans la mesure où il ferait doublon avec les principes généraux allant déjà dans le même sens. Mais ce serait se méprendre, car pour certains auteurs l'*estoppel* n'est qu'une technique de procédure dans sa forme primitive. Il s'agit dans les faits d'attendre d'être attaqué, l'*estoppel* reste une technique.

³⁹³ B. FAUVARQUE-COSSON, *Electronic Journal of comparative Law*, vol. 11.3, déc. 2007 dans les pays de droit civil la protection de la confiance est souvent assurée de manière peu spécifique et très flexible à travers des principes généraux, mais pas toujours. Il en va différemment dans les pays de common law où par delà les termes de reliance ou de legitimate expectations se déploie une doctrine spécifique aux multiples visages aux contours plus ou moins cernés : l'*estoppel*.

391. L'*estoppel* porte un nom familier aux juristes civilistes, car il provient du vieux français *étoupe* qui aurait traversé la Manche avec Guillaume le Conquérant en 1066. Garnir d'étoupe ou étouper signifie boucher d'où l'expression étouper les fentes d'un tonneau ou encore s'étouper les oreilles³⁹⁴. L'auteur de cette première thèse sur l'*estoppel* relève que de même qu'on utilise un tampon d'étoupe pour obstruer une voie d'eau, ainsi le plaideur emploie-t-il le moyen de l'*estoppel* au cours d'un procès judiciaire, comme il mettrait un bâillon aux lèvres de son adversaire, pour lui interdire péremptoirement d'alléguer telle prétention qui serait en contradiction flagrante avec certains faits. L'idée est de ne pas profiter de ces propres contradictions, d'affirmer d'un côté et de dénier de l'autre. Ce qui est sous-jacent dans cette notion est le principe de cohérence. À l'origine il s'agissait d'un mécanisme de blocage, une technique de procédure qui fonctionne comme une fin de non-recevoir. L'*estoppel* ne consacre pas une interdiction générale de ne pas se contredire, il faut avoir créé une attente légitime dans la tête du cocontractant. Le principe de confiance légitime fait déjà partie de l'ordre juridique communautaire, tel que l'a affirmé la CJCE dans l'arrêt *TOP er. Commission* du 3 mai 1978.

392. Tous ces concepts de *confiance légitime*, *attentes légitimes*, *reliance*, *legitimes expectations*, *estoppel* sont présents dans le droit positif de très nombreux pays, mais ils se parent de tant de mécanismes différents qu'il n'est pas toujours aisé de les identifier³⁹⁵. Dans les pays de droit civil, l'*estoppel* est vu dans une conception plus large du principe global de la cohérence. C'est pourquoi notre propos est de mener une réflexion globale sur ces principes qui ont tendance à assouplir la relation contractuelle ou en tout cas lui permettre d'introduire une plus grande flexibilité en tentant de circonscrire le pouvoir unilatéral d'un des cocontractants afin de rétablir un équilibre contractuel.

393. La notion d'*estoppel* a considérablement évolué si bien qu'il y a autant d'*estoppels* que de principes de bonne foi. La jurisprudence comme la doctrine ont du mal à s'y retrouver. Le fait de conférer un rôle à la confiance légitime, notamment à

³⁹⁴ J. DARGENT, *Une théorie générale du droit anglais en matière de preuve : « La Doctrine de l'Estoppel »*, thèse Grenoble, 1943.

³⁹⁵ B. FAUVARQUE-COSSON, art. préc.

travers un principe d'interdiction de se contredire³⁹⁶ au détriment d'autrui, a fait naître un sentiment de méfiance³⁹⁷ au sein de la doctrine classique. Le droit français n'est pas prêt à accueillir des concepts flous et flexibles pour remettre en cause le contrat. Plusieurs notions concourent à démontrer que la cohérence en droit des contrats est une notion phare et est sous-entendue dans la plupart des notions.

2) L'influence de l'*estoppel* sur la confiance légitime et obligation essentielle

394. Que ce soit l'inexécution d'une obligation essentielle ou bien une absence de cause, la Cour de cassation à de multiples reprises remet en cause l'ensemble de ces notions sur le même fondement qui serait le manque de cohérence. En effet, en relisant l'arrêt Chronopost rendu le 22 octobre 1996, on s'aperçoit que c'est le principe de cohérence qui est sous-entendu dans la décision de la Cour de cassation. En l'espèce, la Haute juridiction a réputé non écrite une clause qui remet en cause l'exigence essentielle du contrat à savoir une ponctualité irréprochable. La clause contredisait l'engagement pris. Ainsi, la Cour de cassation impose une certaine cohérence au contrat. Cette clause devait être effacée du contrat, car elle le dénature en remettant en cause l'obligation essentielle de ponctualité souscrite par le transporteur.

395. Dans cette affaire plusieurs concepts peuvent rentrer en jeu comme la cause, la bonne foi, mais c'est avant tout le principe de cohérence qui est sous-entendu et recherché. L'obligation essentielle de ponctualité était, d'après la Cour de cassation, une obligation essentielle du contrat de Chronopost. Dans la mesure où les produits Chronopost sont plus chers que ceux de la Poste, la différence de prix réside dans cette obligation essentielle qui serait alors une certaine garantie de ponctualité. En rejetant la

³⁹⁶ Principe consacré par les principes relatifs aux contrats du droit international (Unidroit). Nouvelle version 2004 : article 1.8 intitulé « Interdiction de se contredire », qui dispose qu'« une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu'elle a suscitée chez l'autre lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage. »

³⁹⁷ D. MAZEAUD, « La confiance légitime et l'*estoppel* », *RIDC* 2-2006.

clause de ponctualité du contrat, on assiste alors à une contradiction radicale avec l'économie du contrat : « elle contredisait la portée de l'engagement pris³⁹⁸ ».

396. Que ce soit l'*estoppel* ou le principe de cohérence, en droit français ou anglais, les doctrines françaises comme anglaises ont toujours refusé d'introduire des principes susceptibles de remédier aux déséquilibres contractuels. Le droit se méfie des concepts flous³⁹⁹ et mous, ou de ce que l'on peut appeler en droit anglais le *soft law*. L'idée est de sanctionner l'incohérence comportementale dans le droit contractuel. Le contrat serait un instrument de dissuasion des contradictions illégitimes.

397. En droit des contrats, l'autocontradiction révèle la mauvaise foi d'un contractant, il s'agit donc de sanctionner un certain manquement à la bonne foi, concrétisé par exemple par un changement brutal d'attitude de sa part⁴⁰⁰. Le pouvoir unilatéral de l'une des parties se doit d'être en totale adéquation avec le projet commun visé, à savoir le contrat. Dans la mesure où cette prise de pouvoir détourne et plus encore contredit le projet et est de nature à remettre en cause sa cohérence, il est certain que ce principe trouve à s'appliquer.

398. Dans l'hypothèse où le fournisseur entend rompre le contrat et qu'il a pourtant contraint ou fortement incité le distributeur à réaliser d'importants investissements en fin de contrat ; il doit attendre le bon moment, le meilleur instant pour mettre fin à ce contrat. Ce cas a été ignoré pendant longtemps, mais cette question trouve toute sa légitimité dans la recherche de cohérence dans le contrat. En effet, on ne peut pas vouloir rompre le contrat et dans un même temps avoir demandé au

³⁹⁸ Cass. com., 22 oct. 1996, *Contrat Conc. Consom.* 1997, comm. n° 24, obs. L. Leveneur ; *D.* 1997, p. 121, note A. Sériaux et somm. comm., p. 175 obs. Ph. Delebecque ; *Defrenois* 1997, p. 333, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 1997, I, 4002, obs. M. Fabre-Magnan et 4025, obs. G. Viney et II, 22881, obs. D. Cohen, *RTD civ.* 1997, p. 418, obs. J. Mestre.

³⁹⁹ L. GRYNBAUM, « De la règle morale à une morale sociale : vers un nouvel ordre moral ? », *RDC* 2004, p. 853. En ce sens le critère de l'équité est employé par de nombreuses clauses de *hardship* « séduisant par sa souplesse et fuyant par sa substance » il est alors question d'éviter des conséquences inéquitables, une charge inéquitable, « *undue hardship* » ou encore « *unfairness* ».

⁴⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 16 févr. 1999, *Bull. civ.* I, n° 52 ; *D.* 2000, p. 360, obs. D. Mazeaud.

distributeur⁴⁰¹ de faire de lourds investissements. Ces investissements sous-entendaient une bonne et durable relation. La rupture pouvait être considérée comme une rupture abusive et contradictoire. C'est justement sur cette contradiction que les systèmes ne répondent pas de manière uniforme. Alors qu'en droit comparé anglais et allemand, les investissements engagés peu avant la rupture sont source d'un éventuel préjudice, ce n'est que timidement que le droit français consacre cette idée de cohérence.

B) Vers la consécration du principe de cohérence

399. La bonne foi et l'attente légitime cachent un principe de cohérence **(1)** dont le respect doit aboutir à l'équilibre contractuel **(2)**.

1) Bonne foi et attente légitime des moyens d'accès à la cohérence

400. Avant de prendre en compte le critère spécifique de distinction de l'*estoppel* avec les concepts d'attente légitime et de bonne foi **(b)** il convient de faire une présentation générale des différentes réponses possibles en cas d'incomplétude du contrat de longue durée **(a)**.

a) Présentation générale des différentes réponses possibles

401. Le raisonnement qui sous-tend la réflexion sur les attentes en droit anglais et américain paraît être en rupture avec les justifications acquises en droit français sur la notion même de force obligatoire. Tandis que le fondement consacré de la force obligatoire réside plutôt dans l'article 1134 du Code civil, texte dont l'objet même est la force obligatoire pour le droit français, pour les Anglo-saxons le point de départ de leur réflexion réside dans une analyse qui partirait de la réparation du dommage pour en déduire ce qui justifie la force obligatoire. En droit français, un autre article pourrait servir de référence à la théorie des attentes, il s'agirait de l'article 1150 du Code civil donnant la définition du dommage prévisible et par conséquent le contenu même du contrat.

⁴⁰¹ F. VENTURI, *La protection des investissements du distributeur intégré en droit interne et communautaire*, (dir.) L. BOY, thèse Nice, 2005.

402. L'ancien article 1150 du Code civil introduit dans le contrat la notion de prévisibilité qui contraste avec la notion d'intention des parties. En effet, cette notion irait de pair avec la notion de bonne foi au sens où selon la cour d'appel de Lyon il s'agit d'« une disposition protectrice de la bonne foi : l'harmonie risquerait d'être rompue au préjudice de l'une des parties si elle avait à supporter les charges qu'elle n'a pas entendu assumer en s'engageant et que l'équité se refuserait à lui imposer⁴⁰² ». Il est cependant intéressant de noter qu'à travers cette notion il s'agit de réaffirmer l'adéquation du contrat à la volonté. Mais cette adhésion aux attentes est une relecture nécessaire de la volonté, en tant que mise en exergue de la prévision, le créancier ne peut dignement exiger du débiteur une conséquence qui ne serait pas entrée dans le champ contractuel⁴⁰³. À partir du moment où les parties ne peuvent prévoir l'ensemble des effets du contrat, il faut tenter de le trouver dans le droit des solutions et des principes susceptibles de pouvoir compléter le contrat sans remettre en cause l'ensemble de la notion.

403. La volonté des parties est parfois difficile à trouver en droit et son appréciation ne dépend pas seulement de considérations juridiques, mais davantage de considérations sociologiques, économiques et psychologiques. Le juge peut définir une volonté par rapport à l'intérêt. Ainsi, la volonté des parties diverge parfois de l'intention réelle des parties. L'admission de cette réalité invite à rechercher la volonté réelle ailleurs : « à l'insaisissable "intentionnalité juridique", il est proposé d'opposer un critère strictement différent par lequel l'acte juridique tirerait son caractère obligatoire non pas de l'intention, mais de leurs attentes⁴⁰⁴ ». À la différence de la volonté interne qui est dans le for interne des parties, les attentes sont essentiellement externes. Elles ne se puisent pas dans l'intention interne des contractants, mais dans la compréhension externe de l'intention des contractants. En ce sens, un auteur poursuit cette démonstration en considérant que « la reconnaissance s'inscrit en quelque sorte dans le processus d'objectivisation de l'intention réelle des contractants et par la même dans le

⁴⁰² CA de Lyon, 8 mai 1950, *Gaz. Pal.* 1950, 2, p. 314.

⁴⁰³ Ph. Le TOURNEAU et L. CADIET, « Droit de la responsabilité et des contrats », *Daloz action* 2000/2001, p.255.

⁴⁰⁴

processus de montée en généralité par lequel le droit ne saisit pas l'intention réelle du cocontractant, mais ce qu'il a pu croire au regard d'un standard de normalité. L'attente est en effet une normalité, ce qu'exprime le vocable d'attente de référence utilisé par la Cour de justice des Communautés européennes à propos du consommateur⁴⁰⁵ ».

404. La référence à l'attente légitime apparaît aujourd'hui de manière explicite en droit français. Ce phénomène est essentiellement dû à l'influence exercée par le droit communautaire précise un auteur⁴⁰⁶. C'est à la lecture des textes internationaux et du droit comparé. En effet, l'intégration de ce concept d'attente légitime change certaines caractéristiques du contrat. Cette notion permet de mettre en exergue une nouvelle tendance en droit des contrats qui iraient dans le sens d'une tendance toujours plus objective de la relation contractuelle. Dès l'échange de consentements, les parties peuvent avoir une idée ce qu'ils sont en droit d'attendre légitimement et objectivement compte tenu des circonstances lors de l'exécution.

405. L'attente légitime nous rappelle l'auteur précité n'est pas sans rappeler la notion de *reasonable expectations* présente en droit anglais. Ce qui est important de préciser à l'aune de ce que l'on disait précédemment est que cette notion fait rentrer dans le contrat une perspective objective. En effet, l'expectation correspond au comportement du créancier qui agit sur la foi du contrat.

⁴⁰⁵ P. LOKIEC, *Contrat et Pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 2004, n° 180.

⁴⁰⁶ H. AUBRY, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *RIDC* 2005, p. 627.

b) La distinction de l'estoppel avec les autres concepts

406. La notion d'attente légitime est très proche de la *reliance*⁴⁰⁷. Ce qui peut être raisonnablement attendu constitue le critère pour déterminer sur quel contractant pèsent les conséquences de l'inexécution d'une obligation contractuelle. La référence aux attentes légitimes présente dans certains textes communautaires, visés dans certains arrêts, est une notion qui permet de justifier pleinement certaines évolutions en droit des contrats sous l'influence du droit communautaire. La notion d'attente en tant que telle appartient à la *vie* intérieure de l'individu. Mais l'auteur précise que cette attente devient juridique parce qu'on lui rajoute le mot légitime, c'est à travers cette notion de légitimité que l'attente passe du statut de vie intérieure à celui de vie extérieure. On passe de l'attente du débiteur qui peut être subjective à l'attente raisonnable, l'attente légitime. On passe d'une attente subjective à une attente objective. La notion de *reliance* exprime davantage que la simple confiance ou expectative. Elle renvoie au comportement du créancier ayant agi sur le fondement d'une promesse ou d'un contrat. Elle peut être traduite par la notion de confiance légitime ou d'attente légitime. Il est remarquable que les concepts de confiance légitime, d'attente légitime, de *reliance*, de *legitimate expectations* ou d'*estoppel* sont présents dans le droit positif de très nombreux pays. Mais ils se parent de mécanismes et doctrines un peu différents si bien qu'il est difficile à identifier. Dans les pays de droit civil, la protection de la confiance est souvent relayée par la notion de bonne foi au sens large. Il en va différemment dans les pays de *common law* où par-delà les termes de *reliance* ou encore de *legitimate expectations* se déploie un domaine spécifique qui est celui de l'*estoppel*. L'*estoppel* évoque la cohérence avec soi-même et la loyauté envers les autres. Mais l'*estoppel* ne s'applique pas de la même manière en fonction des tendances de chacun des deux droits. En droit anglais la doctrine de l'*estoppel* s'avère impuissante, seulement la notion de considération en tant que contrepartie. Deux axiomes sont présents qui sont l'autonomie de la volonté qui reste encore très ancrée dans les fondamentaux du contrat alors que l'autre axiome qui serait la confiance légitime les attentes raisonnables ou encore la

⁴⁰⁷ D. TALLON et D. HARRIS (dir.), *Le contrat aujourd'hui Comparaison franco-anglaise*, LGDJ, 1987, p. 87 : « La notion d'attente en droit français est probablement très proche de celle de *reliance*, davantage que celle de pure et simple espérance ».

cohérence contractuelle. « En outre, la confiance légitime et l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui sont envisagées avec circonspection parce qu'elles feraient double emploi avec des notions déjà éprouvées en droit français référence ». L'interdiction comportementale de se contredire au détriment de son cocontractant dans une vision moraliste du rapport contractuel dans la doctrine française trouve bien souvent son fondement dans la bonne foi.

407. L'*estoppel* serait une notion primitive et procédurale, contrairement aux autres théories qui seraient la théorie de l'apparence, le consentement implicite, la prévision contractuelle ou encore la solidarité contractuelle, le but est de sanctionner l'incohérence d'un autre. L'*estoppel* est une technique de procédure qui aurait pour vocation de sanctionner l'incohérence contractuelle de l'autre. Certains auteurs ont voulu introduire une base plus large en tentant de lui donner une possibilité non de riposte comme c'est le cas dans la forme primitive, mais d'attaque. L'*estoppel* serait donc plutôt un moyen de défense créé lorsqu'une personne modifie de bonne foi ses droits et obligations. L'*estoppel* est strictement défini permet à une partie à un procès de s'opposer à ce que son adversaire dénie devant le tribunal ce qu'il a précédemment allégué comme étant vrai en essayant d'établir l'existence d'un état de fait différent en apportant des preuves contraires constitue de toute évidence un moyen de défense.

408. Avant de rentrer dans le détail de cette notion, nous nous interrogerons sur la notion de confiance. En *common law*, le terme est celui de *reliance* que l'on va traduire comme le respect des prévisions légitimes du créancier. La confiance est une attente ou une croyance légitime dans les mots du débiteur. En droit anglais, australien et américain, la *reliance* trouve à s'exprimer dans le concept d'*estoppel* qui attache des effets de droits à des comportements de nature à affecter autrui et à trahir la confiance légitime des parties. L'idée est qu'une personne qui a donné sa confiance ne peut plus se renier, cela relève de l'obligatoire. Selon Horacia Muir Watt « à la recherche de la portée de l'engagement voulu par son auteur est préférée celle de la perception de

message par son destinataire dont la protection est assurée dans la mesure exacte de la confiance acceptée⁴⁰⁸ ».

409. L'*estoppel* interdit à une personne de se contredire lorsque la confiance a été suscitée. Les développements de la *reliance* et de l'*estoppel* sont liés aux caractéristiques propres du contrat qui nécessite, pour devenir obligatoire, l'existence d'une *consideration*. Toutes ces notions se tiennent donc pour fonder le contrat. La consécration du concept de confiance légitime et de cohérence contractuelle serait un gage donné à ceux qui prêchent depuis plusieurs années pour l'introduction de davantage d'éthique en droit français. Cette consécration de la confiance légitime introduirait une atteinte dans une perspective économique laquelle doit s'entendre aussi de la liberté de changer d'avis et d'attitude dans la recherche de ses propres intérêts que le contrat a vocation à satisfaire. L'exigence de cohérence contractuelle comme nous dit un auteur et l'interdiction de changer de cap en cours de rapport contractuel contraindraient les opérateurs à une continuité stérilisante, brideraient tout esprit d'initiative et conduiraient à un système juridique qui sacrifierait une flexibilité indispensable à son effectivité et au dynamisme de l'environnement économique qu'il encadre au profit d'une rigidité⁴⁰⁹.

410. Il existe bien une distinction entre le principe de bonne foi et l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international. La distinction se fait donc à travers deux conceptions du contrat. À travers la notion d'*estoppel*, c'est tout un pan du droit qui est soulevé du côté du cocontractant. Les auteurs français ont décelé dans cette notion la version anglaise des principes aussi divers que ceux de cohérence, de confiance légitime, qu'ils l'aient rapproché des théories de l'apparence, de l'abus de droit et des maximes bien connues comme *nemo auditur* ou encore *fraus omnia corrumpit*. Mais même si l'*estoppel* tente de rendre compte d'une notion spécifique il n'en demeure pas moins qu'il existe une multitude d'*estoppels* alors qu'en France on considérerait l'*estoppel* comme une notion spécifique et

⁴⁰⁸ H. MUIR-WATT, « Reliance et définition du contrat », in *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999.

⁴⁰⁹ D. MAZEAUD, « La confiance légitime et l'*estoppel* », *RIDC* 2006, p. 363.

encadrée, l'estoppel reste à multiples formes afin de répondre à la multitude de cas soulignés dans le contrat.

411. L'examen de la jurisprudence conduit à réfléchir sur cette notion de conduite illégitime. Tel est le cas du distributeur dans son réseau qui a effectué de lourds investissements financiers. Si le concédant résilie unilatéralement ou refuse de renouveler le contrat de distribution il engage sa responsabilité sur le fondement de la responsabilité contractuelle et pour rupture déloyale. Il a commis un abus dans l'exercice de sa résiliation unilatérale. Le concédant a créé dans l'esprit du cocontractant une confiance légitime dans le maintien du contrat. Cette confiance légitime déçue par cette conduite illégitime permet de faire entrer ce concept dans le contrat.

412. La prise en compte des paramètres ci-dessus énumérés permet d'attester de la confrontation qui existe entre la confiance légitime et le respect de la parole donnée. Le problème qui se pose est de trouver un fondement à cette règle visant l'assouplissement de la rigueur de la règle *pacta sunt servanda* qui indique que les conventions doivent être respectées. En effet deux grilles de lecture s'opposent, et cela pour des raisons différentes. La règle stricte du respect de la parole donnée paraît être la règle qui compte le plus en droit des contrats. En effet, pourquoi s'engager sans avoir la garantie du respect de l'engagement. Nous ne devons cependant pas perdre de vue l'existence, en matière de contrats de durée de l'ouverture possible d'une révision en cas d'imprévision. Afin de résoudre cette problématique, il est tentant d'avancer les fondements suivants à savoir qu'il existe une volonté implicite et une volonté explicite, dans certains cas c'est la volonté implicite qui éclaire la problématique de départ.

413. Dans le cas de la prise en compte de la volonté implicite, le contrat trouve à s'adapter dans de nouvelles circonstances sans porter atteinte à la volonté des contractants. La volonté implicite serait une volonté malléable, mais toujours dans une juste proportion. Mais le respect de l'engagement remonte à Saint Thomas d'Aquin qui déclarait que ne pas tenir sa promesse c'est mentir, mais seulement si les circonstances qu'on a pu prévoir lors du contrat se sont maintenues. Si au contraire les circonstances

sont profondément changées, celui qui a promis quelque chose ne commet aucune faute s'il refuse d'exécuter⁴¹⁰.

414. En utilisant le concept de volonté implicite, on rend le contrat révisable si les conditions et les circonstances ont changé. Des idées à la fois morales et économiques fondent cette notion de volonté implicite. Le but de ce concept est d'allier à la fois la possible révision du contrat tout en respectant la parole des parties. En analysant de plus près cette notion morale, il est intéressant de noter la notion de bonne foi dans le contrat. Cette notion doit être exploitée dans le sens qui favorise deux choses : la mutabilité du contrat et une certaine pérennité.

415. La théorie de l'imprévision pousse les parties à percevoir en toute bonne foi une possible obligation de renégociation imprévue au départ et qui serait valable au bon vouloir du juge. Toutefois, comme nous l'avons vu précédemment nous considérons que cette théorie pourrait tout à fait être retenue et encadrée alors qu'elle est niée. En réalité d'après nos différentes recherches elle serait compatible avec le système de droit français et permettrait de remettre de l'ordre et d'adopter cette possible compatibilité de la théorie de l'imprévision.

416. Au lieu de la nier et de la couvrir de doublons comme la bonne foi et la cause qui sont autant de support de cette théorie, mais qui dans les faits ne permettent pas toujours d'assurer la mission de la théorie c'est-à-dire la pérennité du contrat. Nous allons alors explorer l'impact de l'exécution sur la formation voir quels sont les différents supports qui sont aménagés pour permettre au contrat de survivre à l'épreuve difficile parfois de l'exécution. Ce sera le sens de certaines décisions récentes en la matière de l'arrêt Huard⁴¹¹ à l'arrêt Chevassus Marche⁴¹². « Ces décisions ont fourni de la matière à une partie de la doctrine pour exciper une consécration implicite de la

⁴¹⁰ Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 9^e éd., Dalloz, 2005.

⁴¹¹ Cass. com., 3 nov. 1992, pourvoi n° 90-18547, aff. société française de pétrole BP c/ Michel Huard

⁴¹² Cass. com., 24 nov. 1998, *JCP E* 1999, 1242, note Ch. Jamin ; *JCP G* 1999, 2151, note Y. Picod.

théorie de l'imprévision⁴¹³ ». Ces arrêts semblent vouloir insuffler dans certains contrats un vent d'adaptation conduisant à une relecture complète des enjeux de l'imprévision⁴¹⁴.

2) Du respect de la cohérence contractuelle à l'économie du contrat

417. « Le besoin de cohérence reste un élément majeur de la rationalité juridique dans le cadre des ordres juridiques étatiques contemporains⁴¹⁵ ». La logique commande de respecter une exigence de cohérence. L'implicite impose de remettre en ordre le contenu contractuel. Elle s'adresse également au comportement du contractant. L'effet produit par l'implicite concerne ce qui est exprimé par les parties.

418. À partir du moment où la notion d'implicite s'inscrit dans le rapport contractuel, il est certain que c'est au nom de l'apparence. En effet, il est constaté que la théorie de l'apparence complète la théorie de l'implicite. L'implicite est ce qui s'impose dans le cadre d'un contrat si l'on mesure le bon père de famille. En fait, la notion d'implicite est en quelque sorte le prolongement de la théorie de l'apparence. La notion d'*estoppel* tient compte de deux facteurs suivants : la contradiction dans l'attitude de la partie soumise à l'*estoppel* et la confiance faite à l'auteur de l'*estoppel*. Mettre en valeur la confiance trompée, c'est rapprocher l'*estoppel* de la théorie de l'apparence. Les pays de tradition civiliste utilisent tour à tour chacune de ces notions afin de protéger les attentes légitimes. L'idée qui est sous-jacente est de permettre un changement de cap en cours de contrat en rendant d'une certaine manière la parole de l'autre objective.

419. Dans les pays de droit civil, la confiance légitime et la notion d'*estoppel* sont réceptionnées telles quelles sans traduction. Elle rejoint les notions d'abus, de bonne foi et d'apparence. Elle ne consacre pas l'interdiction générale de se contredire. À l'origine il s'agit simplement d'une fin de non-recevoir. Puis le concept s'est élargi en intégrant la notion d'attente légitime. La clause *rebus sic stantibus* n'est pas spécifique au droit

⁴¹³ L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. Aynès, Economica, 2001, p. 218.

⁴¹⁴ H. LEMAIRE, « La révision pour imprévision : un rejet prévisible ? », *JCP N* 2007, 1457 : « la révision pour imprévision m'apparaissait comme étant une remise en cause de la force obligatoire du contrat, ce qu'elle n'est finalement ».

⁴¹⁵ F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA* 1999, p.729.

des traités internationaux, elle relève d'un principe de droit naturel selon lequel toute obligation résultant formellement des échanges de consentement entre les parties n'est viable que si les choses restent en l'état.

420. Autrement dit, les parties ne s'engagent dans des rapports mutuels que dans la stricte mesure des stipulations exprimées lors de la conclusion du contrat. Or, ces engagements s'inscrivent dans une situation de fait ou de droit qui a pu être déterminante dans l'expression du consentement des parties ou de l'une d'entre elles. Il résulte de ceci qu'en cas de changements de circonstances bouleversant l'équilibre initial et rendant inéquitable pour l'une des parties le maintien de l'application des engagements, celle-ci doit être en mesure de solliciter la suspension ou la terminaison de ses engagements selon ce que lui imposent les circonstances nouvelles. La clause *rebus sic stantibus* contribue à éclairer la jurisprudence administrative, notamment l'arrêt Gaz de Bordeaux du Conseil d'État de 1916. Cette consécration de la théorie de l'imprévision n'en demeure pas moins précédée d'un rappel de l'attachement au principe de force obligatoire⁴¹⁶ « en principe le contrat de concession règle de façon définitive, jusqu'à son expiration, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant [...] la variation du prix des matières premières à raison des circonstances économiques constitue un aléa du marché qui peut, suivant le cas être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans le calcul des prévisions qu'elle a fait avant de s'engager⁴¹⁷ ».

421. Le Conseil d'État a appliqué ce principe en reprenant la jurisprudence administrative sur la problématique de l'imprévision. Cette théorie impose à l'administration d'aider le contractant à exécuter le contrat lorsqu'un événement imprévisible et extérieur à la volonté du cocontractant provoque le bouleversement de l'économie du contrat. Le contractant ne pouvant plus faire face à ses obligations peut recevoir un complément de prix. Dans cette hypothèse, c'est la visée pragmatique et économique qui est consacrée. Ce qui est sous-jacent dans ce système c'est la volonté de

⁴¹⁶ L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. AYNÈS, Economica, 2011, p. 211.

⁴¹⁷ Principes similaires dans les propositions de codifications privés en particulier dans les Principes d'Unidroit art 6.2.1, et les Principes européens (articles 1 : 106 et 6.111) ou encore la clause de *Hardship* CCI.

continuité du service public. On peut dire que le droit administratif réalise la synthèse entre la rigidité du service public et la flexibilité du contrat. Ce qui nous paraît intéressant dans cette distinction entre le contrat public et le contrat privé c'est cette notion de continuité du service. L'argument premier qui distingue le contrat administratif du contrat de droit privé est l'exigence de continuité de service pour accepter la révision pour imprévision. Mais cette exigence n'est pas unique et certaines décisions comportent en leur sein une prémisse de décision dans le sens d'une certaine généralisation à plusieurs types de contrats y compris en droit privé. La théorie a vocation à s'appliquer à tous les autres contrats à longue période d'exécution, tels que les grands marchés de travaux publics ou de fournitures dont la bonne exécution est nécessaire au fonctionnement des entreprises publiques. L'idée est de reconsidérer cette exigence de continuité au regard des entreprises qui concourent à la réalisation d'un service public. Mais aussi la théorie de l'imprévision pourrait être reconsidérée comme pouvant s'aménager autour de contrats de longue durée comme des contrats de grands travaux et des contrats de fournitures.

422. La démarche est de se demander si l'on ne peut pas ouvrir cette catégorie à des contrats de longue durée qui ne seraient pas publics qui verraient la survenance d'un bouleversement de l'économie du contrat. La perturbation doit être telle que cela aggrave les charges du cocontractant de telle manière que la situation soit devenue extracontractuelle. En effet, c'est alors qu'il est constaté que la formation de départ est bien distincte de l'exécution. Ne voyons-nous pas ici poindre les prémisses d'une acceptation de l'imprévision dans le cas d'un certain bouleversement de l'économie ? Il est remarquable que les difficultés rencontrées dans le cas de la jurisprudence Huard et de l'arrêt Chevassus- Marche⁴¹⁸ ou par le garage Schouwer n'était pas tant dues à un bouleversement imprévu des circonstances économiques que de l'attitude de l'un des cocontractants. On retrouve cette analyse dans la doctrine autorisée⁴¹⁹. Dans l'arrêt Chevassus- Marche, un mandataire reprochait à son mandant de ne pas lui avoir permis de pratiquer des tarifs concurrentiels. Faisant état de difficultés économiques, le

⁴¹⁸ Cass. com., 3 nov. 1992, *Gaz. Pal.* 14 juin 2009, p. 2, obs. M.-L. Cartier-Marraud et O. Akyurek ; Cass. com., 24 nov. 1998, *Gaz. Pal.* 14 juin 2009, p. 2, obs. M.-L. Cartier-Marraud et O. Akyurek.

⁴¹⁹ N. MOLFESSIS, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *LPA* 5 mai 2000, p. 41.

mandataire dénonçait les ventes parallèles par des centrales d'achat tolérées par son mandant. La chambre commerciale censura les juges du fond pour n'avoir pas recherché « si informées des difficultés commerciales du mandataire en raison des ventes parallèles de produits venant des centrales d'achat qui s'approvisionnent en métropole, les sociétés ont pris des mesures pour permettre à leur mandataire de pratiquer des prix proches des mêmes produits vendus dans le cadre de ces ventes parallèles et de la mettre en mesure d'exercer son mandat ». »

423. Dans cet arrêt, nous pouvons voir les signes d'une admission implicite de la théorie de l'imprévision même si ces contrats sont de nature spécifique puisqu'il s'agit de contrats de distribution. Les juges du fond n'admettent pas que les ventes tolérées par le mandant puissent être de nature à remettre en cause les ventes du mandataire et mettent en danger le contrat. En tolérant ces ventes parallèles, le mandant dénaturait et vidait de sa substance l'obligation principale du mandataire. Dans ce cas-là, le mandant ne mettait pas son mandataire en mesure de réaliser un bon chiffre d'affaires. C'est donc l'attitude du cocontractant et non un bouleversement imprévu des circonstances économiques qui est constaté. En d'autres termes, le bouleversement des circonstances économiques n'est pas le fruit du hasard, puisque dans la plupart des contrats de distribution c'est l'attitude du cocontractant qui est visée et qui serait à l'origine du bouleversement économique. En effet, le cocontractant est à l'origine de l'abus. Même si une partie de la doctrine avait cru en la possibilité d'admettre dans ce cas l'imprévision, les cas soumis ne présentent pas les bons critères pour permettre l'acceptation de la révision pour imprévision.

424. Ces arrêts émanant de la Chambre commerciale n'ont pas engendré de séquelles judiciaires d'après la doctrine autorisée⁴²⁰. D'après la plupart des auteurs, la théorie de l'imprévision ne semble pas avoir éclos dans ces arrêts. Pourtant, une distinction entre la formation et l'exécution semble poindre dans la mesure où on s'autorise à voir une certaine volonté de cohérence du contrat. Si le mandant dépouille son mandataire en créant sa propre perte, il est important de remettre de l'ordre et de la cohérence dans le contrat. Il se rend responsable d'une imprévision provoquée. L'incohérence est confirmée. Sous couvert de l'exigence de bonne foi, l'article 1134,

⁴²⁰ L. THIBIERGE, th. préc.

alinéa 3, du Code civil impose aux parties une obligation de coopération qui peut confiner à l'obligation d'adaptation. La Cour de cassation laisse penser que le juge judiciaire peut déceler dans les contrats un devoir de renégocier qui serait alors implicite. La Cour de cassation fait en sorte de vérifier dans quelle mesure le cocontractant le plus puissant prend en compte son rôle pour contribuer au succès du cocontractant. En résumé, il s'agit d'observer pour le juge si le cocontractant est de bonne foi dans son comportement et souhaite la réussite du contrat. Il s'agit donc d'une question implicite de cohérence du contrat et de parole donnée. Plus précisément, dans l'arrêt Huard la Cour de cassation a approuvé la cour d'arrêt d'appel d'avoir considéré qu'en cas de changements de circonstances exposant un fournisseur et un pompiste à une concurrence renforcée, le fournisseur était contraint de négocier avec celui-ci un accord de coopération commerciale afin de lui permettre de s'aligner sur ses concurrents. Dans l'arrêt Chevassus Marche, la Cour de cassation observe un manquement à l'obligation de loyauté et au devoir « de mettre son contractant en mesure d'exécuter son mandat⁴²¹ ».

425. La théorie de l'imprévision pourrait peut-être s'appliquer dans la mesure où ce serait un bouleversement de l'économie provoqué par le cocontractant. Ce bouleversement est imprévisible est causé par le cocontractant. Cependant, compte tenu de la spécificité des dernières décisions, la doctrine officielle s'opposa à y voir une révolution et maintint le rejet de la théorie de l'imprévision en refusant d'y voir la consécration d'une obligation de renégociation des contrats.

⁴²¹ Cass. com., 24 nov. 1998, arrêt préc., le comportement de mauvaise foi du cocontractant : le mandant au courant des difficultés financières de son agent commercial ne prend pas des mesures concrètes pour permettre à celui-ci de pratiquer des prix concurrentiels.

Paragraphe 2 : Les excès du solidarisme, traduction d'une généralisation de la bonne foi

426. La doctrine solidariste soutient la généralisation de la bonne foi et érige en principe une loi des parties réelle confrontée à un environnement susceptible de changements. Cette tendance contribue à déstabiliser l'édifice contractuel : « prendre comme point d'appui d'une réflexion sur le contrat cette devise, matrice d'un droit vertueux et généreux, conduit nécessairement à s'exposer au reproche de contribuer à l'entreprise de déstabilisation qui ébranle les colonnes du temple contractuel, et de promouvoir le déclin de la liberté contractuelle et l'affaïssement de la sécurité juridique⁴²² ». Le solidarisme traduit un devoir général de bonne foi (A), mais l'étendue du pouvoir qu'il accorde au juge reste à déterminer (B).

A) Le solidarisme, traduction d'un devoir général de bonne foi

427. La devise du solidarisme est : « loyauté, solidarité, fraternité ». Empreinte de moralisme et sentimentalisme, cette devise traduit le nouveau champ d'application de la bonne foi. Elle interroge le contrat à travers un nouveau prisme⁴²³. Le créancier est autorisé à réclamer le respect des prévisions des parties, mais rien que les prévisions des parties. La force obligatoire ne gouverne que les prévisions et la sécurité juridique est bornée par cette force obligatoire. Il en ressort un contrat aux multiples facettes, mais qui doit garantir une certaine autonomie en particulier dans la spécificité des contrats de durée.

428. Depuis plusieurs décennies, nous constatons une attirance de la doctrine contemporaine pour le solidarisme contractuel. En effet, ce mouvement s'interroge sur le rééquilibrage des impératifs et des principes qui fondent le modèle contractuel sans le remettre profondément en cause. Le constat de départ de cette théorie est le suivant : « si depuis deux siècles, la liberté, l'égalité, et la stabilité contractuelles constituent les

⁴²² D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », *Mélanges Fr. TERRÉ*, Dalloz, 1999, p. 604.

⁴²³ *Ibid.*

mamelles de notre droit des contrats, la part laissée à la loyauté et à l'équité, notamment réduites à une peau de chagrin jusque dans ces, trente dernières années reste encore très déficitaire en droit positif⁴²⁴ ». Or, comme le relève la lettre du Code civil dans ses articles les plus emblématiques ainsi que nombre de constructions jurisprudentielles depuis deux siècles, la force du modèle contractuel français réside dans l'alliance harmonieuse – et donc équilibrée – de ses différents principes fondateurs. Il s'agit donc de conjuguer harmonieusement les idées de liberté et de loyauté, d'égalité et d'équité, de sécurité et de solidarité, lesquelles peuvent doivent être réconciliées, plutôt qu'appréhendées dans une logique conflictuelle et d'irréductible opposition. D'après un auteur, « il ne s'agissait pas donc de modifier de fond en comble le droit des contrats, mais simplement d'accoupler les principes traditionnels et des valeurs nouvelles⁴²⁵ ». Ce sont ces valeurs nouvelles que nous tentons d'utiliser dans cette étude afin de répondre aux attentes des parties. Toutefois, les solidaristes n'ont pas déterminé de manière assez précise le domaine spécifique dans lequel les idées solidaristes pouvaient se développer en distinguant les différents types de contrats. Or, la solidarité n'irrigue pas avec la même intensité les contrats à exécution instantanée et ceux de durée.

429. Selon certains auteurs⁴²⁶, le solidarisme peut se développer dans des contrats dits de sujétion qui s'inscrivent dans la durée et non dans l'échange immédiat. Parce qu'ils mettent aux prises des parties de force inégale, ces contrats peuvent donner à l'une d'entre elles la prérogative de fixer les règles du jeu en cours d'exécution. Ces contrats ont pour particularité de faire de l'un des contractants le sujet de l'autre. C'est dans ce genre de situation que le solidarisme contractuel se déploie dans des relations inégales de dépendance et dans des situations de durée.

430. Un triple critère s'impose pour déployer cette théorie dans des contrats de durée caractérisés par la présence d'un intérêt commun et la dépendance d'un cocontractant à l'égard de l'autre. Certains contrats spéciaux, dont les contrats de

⁴²⁴ D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat, variations optimistes sur un couple illégitime », in *Mélanges J.-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 235.

⁴²⁵ *Ibid.*

⁴²⁶ Ch. JAMIN, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in *Le solidarisme contractuel*, (dir.) L. GRYNBAUM et M. NICOD, Economica, 2004.

distribution ainsi que les contrats de matière première, appartiennent à cette catégorie. L'idée serait d'instiller dans ces contrats un surcroît de moral et de justice. Il s'agirait d'adapter la théorie générale du contrat à ce type de relations contractuelles en y intégrant des valeurs telles que la transparence, la cohérence, la proportionnalité et la dignité. Le juge est alors autorisé à s'immiscer dans le contrat lorsque la situation l'exige, c'est-à-dire en cas de bouleversement de l'économie générale du contrat. Selon le principal auteur et partisan de cette théorie, il s'agira donc dans ce cas d'intensifier l'exigence d'éthique contractuelle afin que le contrat puisse s'adapter à la réalité de son environnement.

431. La théorie du solidarisme n'a pas pour but de remplacer les principes contractuels exigeants, mais de répondre efficacement à une situation contractuelle de crise. Dans ce cas, le législateur ou le juge sont fondés à imposer une certaine modification en tenant compte des exigences du partenaire en péril. Il ne s'agit pas d'angélisme⁴²⁷ et le but n'est pas de généraliser le principe de bonne foi et par là même de rendre l'ingérence du juge systématique. Au contraire, il s'agirait d'anticiper une certaine inexécution en modifiant le contrat afin qu'il sorte de l'esclavage du temps⁴²⁸. Le législateur a tenté de répondre à cette problématique d'ambivalence temporelle en tentant d'assouplir les règles du contrat. C'est dans cet état d'esprit qu'il tente depuis quelques années de résoudre les difficultés inhérentes au contrat de durée.

432. Dans certains contrats types, une partie de la doctrine s'est interrogée sur le point de savoir si la généralisation de solutions types pour des contrats aussi différents était une bonne chose. En effet, la durée d'exécution du contrat ainsi que son mode d'exécution n'apparaissent pas dans le Code civil. Appliquée au contexte de l'exécution, elle ne permet pas d'appréhender le changement de paradigme qu'induit une exécution inscrite dans la durée. Pour répondre à cet impératif du temps, la théorie solidariste contractuelle considère qu'il faut sortir le contrat de durée d'un mode simplement exécutoire pour lui donner une dimension satisfaisante. C'est en confrontant les deux

⁴²⁷ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », *Mélanges Fr. TERRÉ*, Dalloz, 1999.

⁴²⁸ M. MEKKI, « L'inexécution dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *Journal des sociétés*, avr. 2014.

approches temporelles que la doctrine souligna la nécessité de reconsidérer la réalité du contrat dans un contexte positif et concret. Loin de la fiction de départ de l'instantanéité interdisant tout changement postérieur.

433. Le contrat de vente de matière première est un contrat instantané, mais il peut introduire de la durée dans son exécution lorsqu'il est assorti d'un terme. Dès lors, le contrat peut être frappé par un changement de circonstances, comme une hausse du prix de la matière première.

434. La doctrine solidariste a revisité la force obligatoire et la bonne foi. Il s'agit d'un moyen de soutenir une certaine flexibilité au service de davantage de cohérence juridique. La sécurité juridique doit – au nom de certains principes comme la loyauté et la justice – s'accommoder d'une certaine flexibilité. Elle ne peut plus s'entendre d'une rigidité absolue du lien contractuel dans l'intérêt exclusif du créancier. L'idée sous-jacente est de dénoncer les déséquilibres flagrants imposés par la parole donnée et l'impératif de sécurité juridique. Il est proposé une lecture moins étriquée de l'article 1134 du Code civil afin de reconnaître et traiter les déséquilibres que peut apporter le temps qui passe.

435. Le législateur et les tribunaux doivent sortir du carcan de l'intangibilité contractuelle pour être plus à même de comprendre le droit contemporain dans son ensemble. Le solidarisme semble apte à surmonter l'épreuve des contrats de durée en introduisant un peu d'éthique et de souplesse dans le contrat. L'idée était d'instiller à tous les stades du contrat un surcroît de morale et de justice contractuelle en adapter la théorie générale du contrat. Par l'intermédiaire de la bonne foi, la doctrine solidariste trouve un contrepoids formidable à la force obligatoire souvent perçue comme une fermeture. Or dans le cas de la doctrine solidariste, on reconsidère la force comme étant une force légitime de pression sur le contrat pour qu'il continue à se mettre tout le long du contrat à avoir une ligne de bonne conduite. En principe le contrat doit être respecté parce que l'article 1134 du Code civil, héritage romain, y contraint les parties.

436. Lorsque la doctrine analyse l'impact de l'article 1134 du Code civil, elle est conduite à dire que la force obligatoire résulte de la création par le contrat d'une nouvelle norme juridique qui va s'imposer aux parties de la même façon qu'une norme

légale et qui va servir de référence tout au long du contrat, y compris au juge qui sera chargé de trancher les litiges entre les parties⁴²⁹. C'est une forme de délégation de pouvoir de la loi sans laquelle les parties ne s'obligeraient pas. L'idée est qu'il y a une certaine abdication du pouvoir des parties au moment du consentement, quand un acte de volonté en rencontre un autre. L'échange des consentements implique une certaine renonciation et une acceptation des conditions de l'autre. La loi des parties émerge de cette problématique. C'est à travers cette promesse que les parties vont faire vivre le contrat dans toutes ces dimensions. Longtemps, la doctrine s'est réfugiée derrière la force obligatoire pour lutter contre l'imprévision dans le contrat. Or, cette force obligatoire naît précisément de la confiance mise par les parties dans le contrat. Cette confiance légitime sera prise en compte dès la formation afin de faire perdurer le contrat tout au long de son exécution avec la même force.

437. Tout au long du contrat, la confiance légitime perdure et on peut dire qu'il est obligatoire à raison de la confiance légitime que les parties lui accordent. Dans un contrat synallagmatique, c'est l'activité de l'un qui inspire confiance à l'autre. La force obligatoire apparaît donc comme le vecteur du respect des attentes légitimes des parties. Or, ces attentes ne seront considérées comme légitimes que si elles sont nées des prévisions des parties. En effet, les attentes légitimes sont mesurées à l'aune des prévisions des parties. Ainsi, la force obligatoire née de cette confiance légitime des parties doit être le plus adaptable possible, ce qui inscrit le contrat dans un contrôle permanent de légitimité.

438. La vie dépend de l'adaptation du sujet à son environnement. D'après un auteur, on peut comparer la naissance du contrat à celle d'un être humain⁴³⁰. Ce contrat va vivre d'une vie propre tout en gardant ses caractéristiques. Il est certain que le déclin de la volonté en tant que seul fondement de la force obligatoire paraît amorcé depuis longtemps. La notion d'intérêt semble convenir pour exprimer à la fois l'attachement à la notion d'acte de volonté qui forme le contrat tout en apportant une solution de

⁴²⁹ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*1999, p. 771.

⁴³⁰ J. HAUSER, th. préc.

continuité qui en serait la synthèse. La notion d'intérêt serait la synthèse de la volonté et des éléments objectifs qui se présentent en permanence.

439. Depuis longtemps, on observe que dans sa phase d'exécution l'acte juridique s'objectivise. Ce n'est pas parce qu'elle s'objectivise que la disparition de la volonté est consommée. Il n'est pas question de donner le rôle essentiel à l'exécution et à l'acte mû par l'exécution. On ne peut passer de la volonté omnipotente créatrice de tout à une exécution qui nierait l'acte créateur. C'est ce subtil mélange entre le refus de l'ultra-subjectivisme et de l'ultra-objectivisme que l'on recherche. Il serait inacceptable de consacrer l'un à l'exclusion de l'autre. En réalité, et c'est un postulat bien connu d'Hauriou, « les éléments subjectifs sont les forces créatrices, l'action alors que les éléments objectifs sont des éléments de réaction de durée et de continuité⁴³¹ ».

440. Si la distinction entre la formation et l'exécution du contrat semble être une distinction suprême, elle n'apporte pas forcément une clarté à l'analyse. Il n'est pas question de nier les intérêts de cette distinction, mais d'en limiter les conséquences. Il n'est pas non plus question de méconnaître qu'à un moment donné l'acte juridique est dans une phase de transition, mais seulement de dire que ce passage n'est pas aussi marqué que l'on veut bien l'entendre. Ce passage n'entraîne pas de complications extraordinaires et cette division est en partie artificielle et pas vraiment utile.

441. « En faisant du contrat un monde à part soumis à l'influence essentielle de deux volontés qui en constituent la substance unique, la thèse classique ne pouvait qu'être hostile à l'admission d'une institution qui ouvrirait une brèche dans cet organisme isolé du monde extérieur. Il ne pouvait que paraître dangereux de peser sur l'équilibre du contrat avec une balance et des poids qui lui étaient extérieurs, et niant l'évidence même qui imposait de faire de la lésion un vice objectivement apprécié, les rédacteurs du Code civil pour respecter le principe de l'autonomie de la volonté ont préféré un vice du consentement. Le cadre dans lequel s'est posé le problème était déjà nettement subjectif⁴³² ».

⁴³¹ M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1925, n° 23, p. 1-10.

⁴³² J. HAUSER, thèse préc.

442. La lésion, comme l'imprévision, établit une comparaison entre le voulu et l'attendu et enfin ce qui est possible en réalité, c'est-à-dire le contrat comparé dans ces circonstances objectives. Ces notions n'apparaissent donc que dans la recherche de comparaison avec les éléments objectifs du milieu. Le paradoxe existe avec ces deux notions c'est au contact du contrat et de l'exigence objective attendue que naissent la plupart des difficultés elles ne naissent que parce s'interpose à ce moment et modifie le jeu normal du vice du consentement un élément objectif contradictoire en lui-même qui contient l'idée d'intervention du juge dans le jeu contractuel pour rétablir l'équilibre au nom de la justice, mais aussi en corrélation le principe contraire au nom de la sécurité juridique qui serait la non-intervention⁴³³.

443. Cependant, comme l'imprévision qui pourrait se manifester dans l'acte, la lésion paraît être une déficience objective qui pourrait être considérée comme un vice objectif de l'acte. La recherche sur les notions d'imprévision et de lésion ne serait-elle pas susceptible de trouver un facteur commun implicite à même de constituer une trame permettant d'adapter le contrat dans une mesure objective, tout en assurant le minimum de sécurité juridique ?

444. Le contrat solidaire dans la droite ligne des écrits de Demogue où l'échange de services doit l'emporter sur l'opposition des intérêts⁴³⁴. Il est solidaire, car il est au service du lien pour former un microcosme dans lequel chacun doit travailler dans un but commun. Cependant, il y a maintes distinctions entre les actes et certains n'ont pas tous vocation à être des contrats organisations⁴³⁵. En effet, on oppose traditionnellement le contrat échange et le contrat organisation. Tout contrat ne peut être ramené à un contrat de société et certains contrats ont une irréductible opposition d'intérêts qui résistent à l'idée de communauté d'intérêts et de société en général.

⁴³³ *Ibid.*

⁴³⁴ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 4, 1931, éd. A. ROUSSEAU, p. 9.

⁴³⁵ P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », *Mélanges Fr. Terré*, Dalloz, 1999, p. 635.

B) Les excès du solidarisme

445. L'idée d'un contrat de plus en plus judiciaire fait son entrée depuis quelque temps dans le droit des obligations : « la jurisprudence ou la loi [...] obéissant à la même préoccupation d'aménager le contrat dans un esprit d'équité, de justice, d'équilibre contractuel [...] ce ne sont plus les parties à elles seules, qui édictent la loi contractuelle ; une autorité supérieure à leurs volontés vient en contrôler l'exercice et en fixer le rendement : dans le fond du droit contractuel, comme dans sa forme, comme dans l'élaboration de l'accord, on retrouve la main des pouvoirs publics et on assiste à la décadence de la souveraineté des volontés particulières, dominées et dirigées par la volonté générale et réglementaire⁴³⁶ ». En introduisant cette nouvelle devise contractuelle à savoir la loyauté, la solidarité et la fraternité comme des normes fondamentales, on consacre parallèlement une mainmise du juge sur le contrat.

446. Pour certains auteurs, le recours à la logique de l'adaptation dans le contrat engendrerait un interventionnisme du juge trop prégnant. Sous les coups de la loyauté, de la solidarité et de la fraternité, le contrat deviendrait de moins en moins prévisible, ce qui fragiliserait le socle contractuel. En effet, au nom de la justice contractuelle : « le contrat devient de moins en moins obligatoire pour le débiteur et de moins en moins prévisible pour le créancier⁴³⁷. » Selon Carbonnier « ce qui fonde la force obligatoire du contrat c'est l'attente du créancier, qui ne doit pas être déçue. Corolaire : le débiteur n'est obligé que dans la limite de ce qu'attendait le créancier, de ce à quoi il pouvait s'attendre raisonnablement⁴³⁸ ».

447. C'est pourquoi certains auteurs considèrent que la bonne foi est un alibi dont le juge use et abuse pour réviser le contrat et substituer à la volonté des contractants son sentiment d'équité et de justice. Cette méfiance est justifiée dans la mesure où le contrat, en tant que projet, n'est viable qu'avec l'adhésion des parties. Devant un grand

⁴³⁶ « La publicisation du contrat », in *Mélanges É. Lambert*, p. 143, spéc. n° 12.

⁴³⁷ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », *Mélanges Fr. TERRÉ*, Dalloz, 1999, p. 625.

⁴³⁸ J. CARBONNIER, *Le droit contemporain des contrats*, PUF, 1987, spéc. p. 35.

nombre de difficultés contractuelles et d'inexécutions permises en vue de préserver le lien contractuel, la doctrine s'interroge sur cette généralisation du droit à l'adaptation du contrat aux circonstances nouvelles. Il convient alors de réfléchir à cette imprévision qui se généralise à tous les niveaux⁴³⁹. Cette adaptation ne se cantonne d'ailleurs pas seulement aux changements économiques et monétaires⁴⁴⁰, mais s'inscrit dans une vision humaniste⁴⁴¹ du droit des contrats et inquiète une grande partie des commentateurs. Certains auteurs déplorent l'accroissement des pouvoirs du juge sur le contrat : « le contrat révisé n'a plus de contrat que le nom, et c'est au milieu des décombres que vient s'établir la réglementation du juge⁴⁴² ». Pourtant, on peut considérer que cette possibilité d'intervention assure la pérennité du contrat. En effet, contrairement à ce que pensent la plupart des auteurs, le Professeur Mazeaud estime que cette menace n'est pas réelle et que le juge exerce son pouvoir de contrôle au nom de la bonne foi avec circonspection.

448. Si le débiteur a des difficultés pour exécuter le contrat, différentes solutions s'offrent au juge afin de prendre en compte la circonstance nouvelle. En effet, nous souhaitons démontrer qu'il existe déjà de nombreux cas où le contrat est réaménagé pour sa survie. Notre propos est de considérer que même si le principe de force obligatoire commande de n'apporter aucune modification, en pratique une nouvelle forme de force obligatoire⁴⁴³ prenant en compte la réalité contractuelle s'affirme. En tenant compte de l'économie contractuelle, la jurisprudence fait le départ entre les changements justifiant un aménagement du contrat et les autres. Paradoxalement, l'adaptation du contrat

⁴³⁹ R. RODIÈRE et D. TALLON, *Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison des circonstances nouvelles*, éd. A. Pedone, 1986.

⁴⁴⁰ M. EI-GAMMAL, *L'adaptation du contrat face aux circonstances économiques : étude comparée de droit civil français et de droit civil de la République arabe unie*, préf. A. TUNC, LGDJ, 1967, p. 1.

⁴⁴¹ D. MAZEAUD, *ibid.*

⁴⁴² J.-P. NIBOYET, « Rapport général », in *La révision des contrats par le juge*, éd. Société de législation comparée, 1937, p. 1 et s., spéc. p. 11.

⁴⁴³ H. LECUYER, « Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », *LPA* 6 mai 1998, p. 44 et s., spéc. p. 45.

réaffirme la force obligatoire et redonne vigueur au contrat⁴⁴⁴. Comme le souligne un auteur, cette adaptation moralement obligatoire est en même temps économiquement utile, voire indispensable. L'adaptation du contrat dans les contrats de durée est toujours préférable à sa disparition. Cette prise de conscience induit une volonté de faire perdurer le lien contractuel et tend vers une acceptation générale d'une imprévision raisonnable. Il est intéressant de noter que la doctrine affirme toujours que l'imprévision est rejetée en droit civil⁴⁴⁵ alors même que la cause, comme la bonne foi, contourne aisément l'obstacle du rejet de la théorie de l'imprévision au nom de l'équilibre contractuel.

⁴⁴⁴ P. DURAND, préface in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, (dir.) P. DURAND, LGDJ, 1960, p. IV.

⁴⁴⁵ A. BÉNABENT, *Droit civil : les obligations*, 11^e éd., Montchrestien, 2007, n^o 292 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil, les obligations*, PUF, 1998, t. 4, n^o 144 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. L'acte juridique*, 9^e éd., Armand Colin, 2000, t. 1, n^o 404 et s. ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 1993, n^o 169 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Obligations, contrats et quasi-contrats*, 11^e éd., Cujas, 2001, t. 2, p. 205 ; Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, 9^e éd., Litec/Lexis Nexis, 2005, n^o 46.

CONCLUSION DE SECTION 2

449. La bonne foi fut victime de son apparente simplicité à être utilisée. En effet, cette simplicité a participé à son éclatement. En effet, la bonne foi reste un instrument pour le juge privilégié a priori pour contrôler la période d'exécution et surtout contrôler le comportement des cocontractants dans l'adhésion qu'ils ont au projet contractuel. La bonne foi est le vecteur nécessaire entre la formation et l'exécution pour faire un pont entre la promesse et son accomplissement. En effet, dans son appréhension positive, la bonne foi permet d'accompagner les parties dans la réalisation de l'objectif posé par le contrat, mais dans son appréhension négative le risque d'une bonne foi multiforme peut vite devenir déstabilisatrice et source d'insécurité juridique. Ainsi, de nombreuses controverses sont nées d'une bonne foi éclatée et qui n'ont pas pris le chemin d'une réconciliation du contrat vers une plus grande coopération du contrat en l'utilisant en marge de la réalité contractuelle.

450. Alors que cette bonne foi pourrait en tant qu'avatar en quelque sorte de la cause et être susceptible de garantir une évolution sereine du contrat, propre à réguler l'accord de volontés. Que ce soit l'attente légitime, l'économie du contrat ou la notion d'estoppel, ces différentes notions sont des moyens pour le juge d'appréhender cette montée en puissance de l'unilatéralisme dans le contrat par une recherche de cohérence et un contrôle de l'abus. C'est ce même contrôle de l'abus qui est prégnant dans la volonté actuelle du législateur de reconnaître un statut particulier pour ces contrats emportant une rupture d'égalité. La reconnaissance de l'admission du législateur du développement de l'unilatéralisme emporte des conséquences qui remettent en cause les principes classiques du contrat et opère une certaine mutation du modèle influencée par les contrats spéciaux. Et cette montée de l'unilatéralisme a renforcé en quelque sorte le besoin de réfléchir à un modèle alternatif ouvert qui est susceptible d'ouvrir le débat sur la remise en cause du principe d'égalité entre les parties et le principe d'intangibilité du contrat.

CONCLUSION DE CHAPITRE 1

451. Le développement d'une bonne foi protéiforme et sa persistance invite à se poser la question du recours systématique à ce concept pour tenter de neutraliser les excès d'un modèle contractuel inadapté. En effet, malgré sa grande simplicité d'accès la bonne foi reste un concept controversé. En effet, en dépit de son apparente évidence, la bonne foi a fait l'objet d'interprétations diverses acquérant une portée distendue qui va jusqu'à bien souvent déstabiliser le contrat et qui pourrait même être vectrice d'instabilité et d'insécurité juridique aux yeux des contractants. Mais, au-delà de cette analyse linéaire du concept de bonne foi, c'est le recours au solidarisme contractuel qui semble être visé. Or, cette notion de solidarisme contractuel ouvre malgré ses excès, qui furent bien souvent dénoncés, la perspective à une alternative de choix vers une nouvelle acception du contrat. En effet, en ouvrant la voie vers une généralisation du principe de bonne foi, le solidarisme a traduit une volonté de protéger le contrat dans le temps, plus exactement dans la durée. À rebours d'une vision dépréciatrice de ce concept, la bonne foi au contraire pourrait protéger la relation contractuelle et permettre une relation de confiance plus unifiée.

452. C'est la bonne foi qui devrait raviver les couleurs de la confiance entre les parties tout le long de l'exécution du contrat en œuvrant pour réguler les forces et les faiblesses de celui-ci u contrat. La bonne foi permet de bâtir un pont entre le contrat à la formation et son accomplissement réel à l'exécution.

CHAPITRE II : LA RECHERCHE DE L'ADAPTATION DU CONTRAT DANS LE TEMPS PAR LA CAUSE

453. « N'enseigne-t-on pas, en effet, traditionnellement et à la lumière de l'article 1108 du Code civil que toute l'énergie de la cause a vocation à se cristalliser au stade de la formation du contrat et que, passé l'instant fatidique, cette condition de validité de l'acte est inéluctablement frappée d'obsolescence. Soit mais à l'heure où les circonstances personnelles, économiques et sociales qui ont présidé à la conclusion d'un acte évoluent souvent très vite, et parfois même en corrélation avec d'autres opérations juridiques, peut-on encore raisonnablement s'en tenir à ce constat d'indifférence ? Un contrat qui naît bardé de certitudes initiales pour vivre, ensuite, de manière aseptisée a-t-il encore vraiment un sens ? [...] la cause réconciliera fort justement formation et exécution, en assurant la pérennité des attentes contractuelles et en donnant finalement à la loi contractuelle sa juste mesure »⁴⁴⁶.

454. C'est dans cette perspective que le juge contemporain réécrit constamment la théorie de la cause au fil de ses décisions. Il a tenté en effet de mobiliser la cause pour censurer les déséquilibres flagrants par exemple quand l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties se révèle impossible⁴⁴⁷, ou aussi en présence d'une

⁴⁴⁶ J. MESTRE, in préface de *Cause et exécution du contrat*, thèse de A. CERMALOCCE, PUAM, 2001.

⁴⁴⁷ Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1996, n° 94-14.800, *D.* 1997, p. 500, note P. Reigné ; *RTD civ.* 1996, p. 901, obs. J. Mestre ; *RTD com.* 1997, p. 308, obs. Bouloc.

clause limitative de réparation du dommage consécutif à l'inexécution d'une obligation essentielle⁴⁴⁸.

455. Selon le vocabulaire juridique de Cornu, la cause est polysémique et donc peut être utilisée à des fins variées. La cause du latin *causa* signifie raison, cause, procès. En un sens matériel ou physique, élément générateur, source, facteur, origine ; se dit relativement à un fait pris comme conséquence ou effet du fait antérieur qui peut être retenu comme ayant produit ce résultat. Mais la cause est aussi un fondement, un motif, une raison se dit relativement à un effet de droit du fait auquel la loi attache la vertu de produire cet effet et qui justifie l'application d'une règle (cause juridique). La cause est également l'intérêt de l'acte pour son auteur (cause finale) et c'est aussi en cas d'absence de cause, le contrat est imparfait et peut même entraîner la nullité absolue qui tient dans les contrats synallagmatiques pour l'obligation réciproque de chacun des contractants.

456. La cause est un fondement juridique qui peut fournir une solution juridique cohérente et autonome dans le cas du rejet de la théorie de l'imprévision et dans le cadre de la mutation ou encore de la réalité d'un autre modèle contractuel permettant de comprendre les nouveaux enjeux de certains contrats comme les contrats qui s'inscrivent dans le temps et ceux qui sont structurellement déséquilibrés. En effet, la cause en pénétrant l'exécution du contrat permet de palier le rejet de la théorie de l'imprévision. Cette nouvelle acception est considérée comme un détournement de la finalité de cette notion pour admettre une imprévision implicite. Cependant, au risque d'heurter de front la force obligatoire et ses conséquences, il serait bon de réaménager son principe.

457. « Il n'est pas possible notamment de déterminer les effets produits par un contrat si l'on ne détermine avec soin le but juridique poursuivi par les contractants [...] La preuve en est que la jurisprudence qui pourtant reste cantonnée dans la solution des

⁴⁴⁸ Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *D.* 1997, p. 121, note A. Sériaux, p. 145, chron. C. Larroumet et p. 175, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1997, p. 418, obs. J. Mestre, et 1998, p. 213, obs. N. Molfessis ; *RTD com.* 1997, p. 319, obs. Bouloc ; *JCP* 1997.I.4002, obs. M. Fabre-Magnan, 4025, obs. G. Viney, et II.22881, obs. D. Cohen ; *Defrenois* 1997, p. 333, obs. D. Mazeaud ; *CCC* 1997, p. 24, obs. L. Leveneur. *Adde* Cass. com., 17 juill. 2001, n° 98-15.678 ; 29 juin 2010, n° 09-11.841, *D.* 2010.1707, obs. X. Delpech ; *RTD civ.* 2010, p. 555, obs. B. Fages.

conflits portés devant les tribunaux fait constamment appel à cette notion pour éclairer et justifier les décisions qu'elle rend ». Ce constat dressé par Capitant en 1923 sur l'utilisation de la cause par les juges pour rétablir ou modifier le contrat est d'une rare actualité. Le nombre d'articles du Code civil relatifs à la cause révèle la complexité de la notion et son risque de dilution. La cause est une condition de validité du contrat selon l'ancien article 1108 du Code civil et à ce titre elle est aussi indispensable que le consentement, la capacité et l'objet. Les anciens articles 1131, 1132, 1133 lui étaient également consacrés sans davantage la définir. C'est donc à la doctrine qu'a incombé la tâche de sérier cette notion⁴⁴⁹. C'est pourquoi, plutôt de reconsidérer la réalité de la cause, l'ordonnance du 11 février 2016⁴⁵⁰ l'a totalement supprimée.

458. C'est à la question *cur debetur*, pourquoi la partie s'engage, à laquelle doit répondre le contrat. Elle complète la question *quid debetur*, à quoi la partie s'engage, quel est l'objet du contrat ? La cause rejoint la problématique de l'intérêt à s'engager au contrat. En faisant de la cause une condition de validité, on en déduit que le contrat ne serait pas valable sans intérêt d'y être lié, tant au moment de la formation qu'à celui de l'exécution.

459. Le droit privé distingue deux causes dans le contrat. La cause du contrat désigne l'opération économique qu'entendent réaliser les parties, c'est-à-dire le mobile

⁴⁴⁹ CAPITANT : « qu'est-ce donc que la cause ? Quel est son rôle au moment de la formation du contrat, ou même après, jusqu'à la complète exécution des obligations qu'il engendre ? Quand peut-on dire qu'une obligation est sans cause, ou a une cause illicite ou immorale ? Sur ces questions, les interprètes ne sont pas arrivés à se mettre d'accord, et l'on peut dire que cette matière, plus d'un siècle après le code civil, tout est encore sujet à discussion. On ne s'entend même pas sur la chose à définir. Les uns parlent de la cause des obligations, les autres de la cause du contrat. Les définitions proposées varient et presque toujours manquent de précision. En général, les commentaires réduisent la cause à quelque chose d'inconsistant, d'artificiel qui ne se distingue pas bien nettement, suivant les différentes sortes de contrats, soit de l'objet, soit de l'accord des volontés, soit des mobiles qui déterminent cet accord. Leurs explications sont les 3 articles 1131, 1132, et 1133 que le code civil consacre à la cause, ne sont guère satisfaisantes, ni plus substantielles. Sèches, théoriques, elles donnent l'impression que ces textes n'ont pas grand intérêt pratique et pourraient être supprimés sans inconvénient ».

⁴⁵⁰ Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve en droit des obligations, *JORF* n°0035 du 11 février 2016 texte n°26.

concret ayant déterminé chaque partie à contracter. La notion est parfois considérée comme équivoque⁴⁵¹. À la différence de cette première cause abstraite, depuis Domat⁴⁵² la cause du contrat s'apprécie de manière concrète eue égard à la finalité économique de l'opération envisagée par les parties⁴⁵³. On peut envisager la cause dans une autre acception : celle d'intérêt ou d'utilité⁴⁵⁴.

460. L'existence d'une cause pendant l'exécution du contrat permet de situer les rapports entretenus par les parties dans une perspective temporelle et dynamique avec un environnement qui évolue : « le devenir de la convention n'est pas insensible à la prise en considération de la cause, à ce stade de la relation contractuelle. La cause traduit en effet, un certain équilibre des intérêts en présence, que les parties ont initialement fixé et qu'elles souhaitent voir respecter tout au long du contrat. Or c'est précisément parce qu'elle doit exister dès la conclusion qu'elle introduit également l'idée de réalité dans le contrat en ce sens que sa présence continue assure une meilleure prise en compte de l'évolution des circonstances entourant son exécution. Mais la conséquence d'une plus grande souplesse des relations contractuelles, en partie grâce à la cause, présente corrélativement le risque de déstabiliser l'ensemble de ces relations, en altérant la prévisibilité sur laquelle les contractants et les tiers pouvaient compter jusqu'alors. En un mot l'admission d'une telle conception de la cause aboutirait à un anéantissement de la sécurité qui préside aux rapports contractuels et qui en ont fait son succès⁴⁵⁵ ». En effet, la notion de temps de la cause à l'exécution a pour conséquence d'introduire une plus grande souplesse dans son exécution. Cette nouvelle perspective permet d'ouvrir la

⁴⁵¹ J. ROCHFELD, « Cause », *Rép. civ.* 2012, spéc n° 11, jugeant que l'expression devrait être évité car elle est source d'ambiguïtés. Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 9^{ème} éd., Dalloz, 2005, les auteurs enseignent également que cette cause dite finale ne jouait qu'un rôle qu'un rôle secondaire en droit romain.

⁴⁵² M. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1695, part.1 Livre 1 Titre 1, section 1, n° 5 : « dans les conventions synallagmatiques, il se fait un commerce où rien n'est gratuit, et l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre [...] L'obligation qui se forme dans ce genre de conventions au profit de l'un des contractants a toujours sa cause de la part de l'autre ».

⁴⁵³ Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op.cit.*, n° 335.

⁴⁵⁴ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1999.

⁴⁵⁵ A. CERMALOCCE, thèse préc.

voie à la question de l'imprévision. Mais le risque d'une trop grande souplesse contredit l'idée de réaffirmer l'adhésion au contrat des parties et réactive la volonté initiale et le maintien de l'équilibre contractuel.

461. Le juge comme nous allons le voir cherche à mobiliser la cause pour censurer les déséquilibres flagrants de l'exécution. À travers la notion de cause du contrat c'est la recherche d'un réel équilibre dans le contrat au cours de l'exécution qui est présenté (**Section 1**) et qui contribue au rééquilibrage du contrat par la cause sans se perdre dans les causes à géométrie variable qui sont de nature à diluer la cause et lui faire perdre sa substance et son intérêt pour le contrat (**Section 2**).

SECTION 1 : LA RECHERCHE D'UN RÉÉQUILIBRAGE DU CONTRAT PAR LA CAUSE

462. Comme le souligne un auteur, « l'exigence du maintien de la cause pendant l'exécution ne contribue en aucune manière à provoquer une plus grande instabilité de la relation contractuelle⁴⁵⁶ ». Il poursuit son raisonnement en considérant que la cause correspond aux motivations initiales et déterminantes des contractants et que son prolongement dans l'exécution n'affecte en rien la volonté initiale. En effet, les différentes modifications à apporter au contrat s'inscriront dans le prolongement de la relation contractuelle et dans la volonté de préserver son équilibre. Il s'agit donc, grâce à l'utilisation de la cause, de réajuster en quelque sorte la volonté initiale à de nouvelles données et plus encore l'utilisation de la cause lors de l'exécution du contrat permet de maintenir une certaine équivalence entre les prestations des contractants.

463. La notion même d'effet voulu renferme sa propre critique. Comme la partie visible d'un iceberg, elle trahit la réalité en la réduisant. À travers le prisme de l'objet et de la cause, l'effet de l'obligation est réduit à l'effet attendu, celui voulu par les parties

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p.106.

au moment de la formation du contrat⁴⁵⁷. Cette anticipation comporte une part d'indétermination⁴⁵⁸. Les parties s'entendent pour régler leurs intérêts tels qu'ils se présentent lors de la formation du contrat ; leurs buts semblent figés dès l'origine et c'est à cette époque que l'on doit nécessairement se placer pour apprécier la portée du contrat. Le point de vue statique l'emporte ; le contrat se suffit à lui-même.

464. En cas de prévisions de contractants déjoués, la plupart des solutions palliatives utilisées par le juge contemporain reprennent en partie la théorie sur la cause de Capitant, qui considère que la cause doit assurer le maintien tout au long du contrat d'une certaine équivalence de prestations entre les contractants et qui en cas de disparition de la cause sanctionne la disparition du but de la cause (**paragraphe 1**) ou plus encore la disparition de la réalité de l'économie du contrat (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'émergence de la cause-but, réalité de l'économie du contrat

465. Alors que la plupart des analyses tendent à démontrer que la cause ne pourrait avoir aucune influence au stade de l'exécution du contrat, en dépit de cette opinion notre propos tend à démontrer que « la cause ne devait pas être conçue comme un simple élément constitutif du contrat, mais comme un élément permanent »⁴⁵⁹. La plupart des arrêts contemporains illustrent la propension de la jurisprudence à renouer avec les thèses de Capitant (**B**) en sanctionnant directement la disparition de la cause au moment de l'exécution (**A**).

⁴⁵⁷ N. RONCHEWSKI, *L'effet de l'obligation*, (dir.) A. GHOZI, thèse Université Paris-Dauphine, 1994.

⁴⁵⁸ J. PATARIN, *Le problème de l'équivalence des résultats*, Dalloz, 1954.

⁴⁵⁹ A. CERMALOCCE, *Cause et exécution du contrat*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2001.

A) Une intuition : l'exploitation insuffisante de la cause

466. Les déséquilibres contractuels d'une certaine importance pouvant intervenir pendant l'exécution du contrat justifient une modification de la convention et des obligations auxquelles elle a donné naissance. Il est injuste de contraindre, au nom de la force obligatoire des conventions, les parties à exécuter des obligations devenues déséquilibrées. Le risque d'arbitraire du juge a même été envisagé pour justifier un refus de prendre en compte l'imprévision⁴⁶⁰.

467. L'idée sous-entendue est de considérer comme absolument injuste le maintien du contrat au nom de la seule force obligatoire des conventions. Il paraît difficile aux parties d'exécuter les obligations qu'elles avaient souscrites alors même que les circonstances qui présidaient à la conclusion du contrat ont changé au point d'en rendre extrêmement difficile la poursuite de l'exécution. Pourtant, puisque notre droit des obligations considère comme un absolu le respect des obligations, il n'est pas possible de remettre en cause un contrat. L'objectif du maintien d'une certaine pérennité du contrat est-il ignoré du droit privé ? L'article 1135 du Code civil précise bien que « les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Ce texte pourrait justifier la remise en cause d'une partie de notre système actuel et paraît être un bon support pour l'introduction d'une réinterprétation du contrat en cours d'exécution.

468. Il apparaît que l'influence de la cause tout au long du contrat est très importante, tant au regard de la convention qu'au regard des principes juridiques. La présence continue de la cause apporte indéniablement au contrat une dimension plus ancrée dans la réalité et la place ainsi dans une perspective plus équilibrée et plus temporelle. La logique dictée par la reconnaissance de la cause met en évidence un résultat à atteindre et ne devrait pas être conçue comme un engagement figé. La cause comme la bonne foi paraissent être deux notions complémentaires justifiant une certaine autonomie pendant son exécution. Grâce à la cause, une adaptation est possible,

⁴⁶⁰ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, p. 61 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision, vers une souplesse contractuelle de droit privé français contemporain*, préf. R. BOUT, PUAM, 1994, n° 63.

précisément en raison de la volonté de pérenniser le contrat. Au stade de l'exécution, la cause propose une conception plus large et plus souple permettant de tenir compte des finalités du contrat et des attentes des parties contractantes et introduit une grande flexibilité.

469. Certains ont pu voir dans cette technique contractuelle une source d'imprévision et d'insécurité juridique⁴⁶¹. Pourtant, c'est en prenant en compte une nouvelle dimension du temps⁴⁶² que le contrat pourra être en phase avec les évolutions modernes. Comme certains auteurs le soulignent, on assiste à une remise en cause du caractère immuable de l'accord de volonté. Ce dernier est devenu le produit de la rencontre des volontés des parties. Le contrat qui en découle ne doit pas être figé. Il est nécessaire au contraire de maintenir une certaine souplesse pour que perdure un contrat utile aux parties. En effet, la sécurité n'est plus synonyme de fixité. Le présent n'est plus la représentation du passé : « l'insuffisance de cette conception absolue et passive éclate dans tous les secteurs, sous l'effort de la pensée moderne, qui fait apparaître les aspects protéiformes de la réalité où se découvrent, à la fois la variabilité du temps et sa liaison intime aux phénomènes qu'il supporte⁴⁶³ ». Ainsi, le temps biologique présente non pas un aspect linéaire, fléché et orienté, mais se caractérise au contraire par ses cycles et ses rythmes⁴⁶⁴.

470. Dans la conception classique, le droit se limite à l'artifice de l'unité de temps. Le nouveau défi du droit des obligations est désormais de réconcilier le contrat et le temps et de faire de la stabilité et de la souplesse les pré-requis du contrat dans un contrat qui s'étend dans la durée. Le droit a répondu en partie à cette question de la durée en développant de nouveaux instruments de mesure qui introduisent

⁴⁶¹ P. HEBRAUD, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in *Mélanges P. KAYSER*, PUAM, 1979, t. 2, p. 3.

⁴⁶² H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 1923

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ M. CHEMILLIER-GENDREAU, *Le rôle du temps dans la formation du droit international*, éd. Pedone, 1987, p. 16.

progressivement une conception plus réelle du temps. Le valorisme⁴⁶⁵ remet en cause le nominalisme. Cette politique passe par l'introduction de clauses d'indexation qui vont permettre de réviser, par exemple, les rentes viagères ou le montant des loyers. Le principe du nominalisme est considéré de plus en plus comme « une fiction [...] un artifice commode par lequel il est possible aux gouvernements de toute nature de régler leurs dettes en une monnaie dévaluée⁴⁶⁶ ». Dès lors, le droit se résout à prendre en compte une conception du temps moins figée.

B) La reprise de la théorie de Capitant : élément permanent du contrat

471. Il est certain que l'acte juridique, comme le souligne un auteur, ne consiste pas seulement dans le fait de provoquer la naissance d'une obligation dans le consentement, mais comprend également l'intention d'atteindre un but juridique déterminé, c'est-à-dire obtenir « l'exécution de la prestation promise en retour de la prestation contractée. Le but se confond avec la cause et fait partie intégrante de la volonté de chaque contractant⁴⁶⁷ ». La cause, lors de l'exécution du contrat, n'est autre que le prolongement de la volonté initiale à l'épreuve du temps. Les parties réaffirment au moyen du maintien de la cause leur volonté de poursuivre le contrat.

⁴⁶⁵ Vocabulaire juridique Cornu, Association Henri Capitant, 9^e éd., PUF. Définitions de la distinction entre valorisme monétaire et nominalisme monétaire : valorisme monétaire thèse selon laquelle celui qui doit une certaine quantité d'unités monétaires correspondant, à l'origine, à un certain pouvoir d'achat, doit à l'échéance, la quantité égale, inférieure ou supérieure d'unités monétaires correspondant au même pouvoir d'achat, c'est à dire, le plus souvent, une dette revalorisée du montant de la perte de valeur subie par la monnaie. À la différence le nominalisme monétaire : principe selon lequel une unité monétaire conserve tant qu'elle a le même nom la même valeur libératoire (son pouvoir d'achat) a changé et par application duquel le débiteur d'une certaine quantité d'unités monétaires doit toujours la même somme numérique sans revalorisation (C.civ., art. 1895). *Le franc vaut toujours le franc.*

⁴⁶⁶ L. BOYER, « À propos des clauses d'indexation : du nominalisme monétaire à la justice contractuelle », in *Mélanges G. MARTY*, éd. Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 96.

⁴⁶⁷ J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, préf. P. RAYNAUD, LGDJ, 1971, p. 238.

472. Il est possible d'expliquer la pénétration du temps dans le contrat par différentes théories ou artifices, mais il est certain que la cause s'impose comme un moyen cohérent et raisonnable de corriger les imprécisions de la formation. Il a été développé différentes théories pour rejeter et repousser l'influence de la cause au stade de l'exécution. La controverse repose sur la contradiction de l'admission de la cause dans l'exécution des contrats avec le respect du principe de la force obligatoire. En fait, reconnaître ces outils – que ce soit la cause, l'imprévision ou encore la bonne foi – serait de nature à bafouer la logique contractuelle de prévision. La distinction entre formation et exécution du contrat apparaît comme excessivement tranchée dans la mesure où elle ne rend pas compte de certains contrats spécifiques pour lesquels il conviendrait d'aménager la force obligatoire.

473. La cause est un élément permanent du contrat, elle est la contrepartie permanente d'une obligation. En effet, dans les contrats synallagmatiques où chacune des parties est créancière et débitrice de l'autre la cause de l'obligation de chaque contractant se trouve dans la satisfaction de l'obligation qui doit lui être procurée par l'autre. Dans le contrat de vente, si l'acheteur s'oblige à payer le prix, pour que le vendeur lui livre la chose, réciproquement, si le vendeur s'oblige à livrer la chose, c'est pour que l'acheteur paie le prix. En somme, la cause de l'obligation d'une partie réside dans l'existence et l'exécution de son obligation par l'autre. Il existe ainsi entre les obligations une interdépendance qui assure l'équilibre du contrat. Qu'une obligation vienne à manquer, l'équilibre est rompu et le contrat tombe. L'engagement ne se fait pas évidemment pas sans contrepartie. L'équilibre contractuel est inhérent à la notion de cause.

474. La cause comprend certains motifs que l'on peut qualifier de déterminants, il s'agit bien ici de la cause subjective. Selon Capitant, cette dernière ne devrait pas rentrer dans la notion de cause, car pour lui un motif n'est déterminant que s'il est commun aux parties. Or, par essence, la cause subjective n'appartient qu'à une seule partie. La cause du contrat désigne l'opération économique qu'entendent réaliser les parties, c'est-à-dire le mobile concret ayant déterminé chacune d'elles à contracter. La notion est parfois

considérée comme ambiguë⁴⁶⁸, voire vide de sens. « C'est ainsi que le Code civil de 1804 a entendu bannir toute recherche des motifs du contrat. Il n'a maintenu que la seule exigence de la cause de l'obligation⁴⁶⁹ ». Pourtant, il est remarquable de constater que, non sans paradoxe, cette cause niée et ambiguë permet un contrôle efficace de la licéité. Elle est destinée à vérifier la rectitude des mobiles des contractants. C'est en effet un moyen de corriger les aspirations des parties une fois confrontées à la réalité. À la différence de la cause de l'obligation, abstraite depuis Domat, la cause du contrat est appréciée de manière concrète. C'est la finalité du contrat en tant qu'opération économique qui est contrôlée au temps de l'exécution et qui permet de lutter efficacement contre les abus contractuels. Cette seconde cause serait un moyen de contrôler le contrat en laissant aux parties la possibilité de s'interroger sur leur réelle adhésion quand bien même quelques données auraient changé. Mais cette possible relecture du contrat au stade de l'exécution ne va pas sans risques. L'admission de la cause dans l'exécution du contrat permet de fournir une explication globale et de rendre compte des déséquilibres. En effet, la cause, conçue comme un élément permanent, entraîne un certain nombre de conséquences sur l'exécution du contrat et la force ferait alors office de garde-fou face aux velléités unilatérales des parties désireuses de reprendre leur liberté en invoquant la cause. « Le principe de la force obligatoire se présente comme un garde-fou aux conséquences éventuellement démesurées attachées à la notion de cause dont les développements pourraient exposer le sort du contrat à un double arbitraire au regard des volontés concordantes qui avaient présidé à sa conclusion⁴⁷⁰ ». Il heurte les principes d'autonomie et de force obligatoire attachés à tous les contrats. Certains auteurs considèrent même que cela contrarie l'engagement valablement souscrit et les principes d'intangibilité et de sécurité juridique. Toutefois, dans les deux cas, ne rien faire et refuser de modifier le contrat fait courir le risque d'une solution encore plus radicale. L'objectif est de permettre au contrat de perdurer malgré les contingences et les déséquilibres. En ne prenant pas en compte la réalité

⁴⁶⁸ J. ROCHFELD, *Rép. civ. Dalloz*, v^o « cause ». L'auteur estime que l'expression devrait être évitée, car elle est source d'ambiguïtés.

⁴⁶⁹ Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*

⁴⁷⁰ A. CERMALOCCE, *Cause et exécution du contrat*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2001.

nouvelle du contrat, on risque de le figer dans une tour d'ivoire puis de le voir disparaître.

475. La plupart des décisions jurisprudentielles sont d'ailleurs tout à fait nettes sur ce point. La casuistique des décisions laisse entrevoir la prise en compte de la réalité dans de nombreux contrats. Mais la crainte d'une généralisation du cas par cas et que la cause devienne un moyen de contourner les principes contractuels de force obligatoire et d'intangibilité est réelle.

476. La rénovation globale des principes d'intangibilité et de force obligatoire est justifiée et ouvrirait la porte à une certaine harmonie contractuelle. Une approche obtuse de la force obligatoire serait de nature à remettre en cause toute hypothèse de révision du contrat. Or, même si cette notion est importante dans la vie du contrat, il n'est pas possible de tout prévoir et toute tentative de maîtrise absolue de l'avenir demeure limitée. « Il serait illusoire de vouloir instaurer un système contractuel dans lequel tout serait prévisible, en raison de l'intangibilité des conventions régulièrement conclues, car nous avons vu de nombreuses circonstances postérieures à la conclusion du contrat pouvaient venir perturber les conditions de son exécution à un point tel qu'il est impossible de maintenir en l'état le déroulement du contrat. Nous touchons ici les limites du principe de force obligatoire⁴⁷¹ ».

477. Cette influence du temps et les bouleversements qui l'accompagnent sont les éléments les plus importants de la théorie de Capitant. En effet, cette influence extérieure des éléments du contrat se retrouve dans le problème des risques du contrat. Plus largement, le contrat perd son caractère immuable au profit d'une conception plus vivante. Demogue affirmait dès 1931 considérait le contrat comme une chose vivante qui ne peut être absolument rigide, il disait : « vivre c'est se transformer en restant dans une certaine direction générale⁴⁷² ». De même Ripert considérait qu'à une époque où les circonstances économiques changent vite, l'immutabilité du contrat apparaît comme un

⁴⁷¹ A. CERMALOCCE, *Cause et exécution du contrat*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2001.

⁴⁷² R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 4, 1931, éd. A. ROUSSEAU, p. 15.

anachronisme. Dans le même ordre d'idées, Lartigolle écrivait en 1957 qu'« il ne faut pas croire en effet que le contrat forme une entité qui se suffise à elle-même qui vive dans un monde à part, une tour d'ivoire où elle se trouverait à l'abri des contingences du monde extérieur. Le contrat, sous prétexte que la volonté des parties s'y trouve figée dans une expression définitive, ne constitue pas un bloc, inerte, isolé coupé du mouvement de la vie économique et sociale. Il baigne dans ce monde extrêmement vivant, fluctuant, de l'ensemble de l'économie. Celle-ci représente le milieu dont il subit l'action, le contexte dont il reçoit un sens⁴⁷³ ». La plupart des écrits d'aujourd'hui sur le contrat dénoncent sa rigidité absolue ainsi que son inadéquation à la réalité.

478. Désormais le contrat n'apparaît plus comme un phénomène absolument à part, sans aucun lien avec le reste des institutions juridiques. Une des explications est qu'il se détache des parties contractantes, qu'il s'autonomise. On lui reconnaît ainsi une certaine perméabilité au monde extérieur. Le maintien de l'équilibre économique des prestations guide l'adaptation du contrat. Alors que l'accord de volontés est en principe immuable, le concept d'équilibre permet d'expliquer la recherche d'un compromis entre stabilité et évolution. En conséquence, le concept d'équilibre contractuel justifie autant qu'il explique certaines évolutions et règles dérogatoires au droit contractuel.

479. L'utilisation du concept d'équilibre contractuel qui sous-tend l'idée de justice devient un élément central du débat. Il est important de souligner que notre démarche est de démontrer que l'admission de la révision pour imprévision existe déjà en pratique. L'analyse de la doctrine classique consistait à rechercher un fondement volontariste à de nombreuses règles dérogatoires comme la lésion et l'imprévision. Leur point commun était l'atteinte qu'elles portaient à la liberté contractuelle ou encore à la force obligatoire. Dans cette perspective, il y avait une certaine diabolisation de ces différents mécanismes. Le droit civil s'était focalisé sur ces mécanismes sans percevoir l'importance du concept d'équilibre contractuel qui pourrait en modifier les données. Le concept d'équilibre contractuel serait susceptible de se concrétiser dans la réalité et ainsi les notions d'imprévision et de lésion pourraient retrouver dans ce concept plus global et qui correspond davantage à la réalité. L'idée est que l'on utilise de l'imprévision avec des notions comme le concept d'équilibre contractuel.

⁴⁷³ J. LARTIGOLLE, *Justice commutative et droit positif*, éd. J. BÉCHADE, 1957, p. 109.

Paragraphe 2 : L'émergence de la cause économie du contrat

480. Si l'on prend en compte la cause de l'article 1131 du Code civil, un auteur⁴⁷⁴ considère que l'imprévu peut la faire disparaître du contrat : « Ainsi en irait-il d'une opération qui, licite lors de la conclusion du contrat, serait frappée d'illicéité en cours d'exécution par l'effet de la promulgation d'une nouvelle réglementation⁴⁷⁵ ». La cause est au cœur de la relation contractuelle et suit pas à pas l'exécution du contrat. Le rapprochement entre la formation et l'exécution passe par cette analyse bien comprise où la volonté initiale est respectée tout au long du contrat. La notion même de respect de l'économie du contrat contribue à clarifier le rôle de la cause. À chaque contrat type correspondrait une économie du contrat singulière. Cette notion contribue à comprendre les attentes concrètes des parties à l'endroit du contrat.

481. Il est dans ce cadre très intéressant d'observer que la Cour de cassation a progressivement admis la caducité du contrat pour imprévision sur le fondement de la cause. Ces décisions sont considérées par un auteur comme une fissure⁴⁷⁶ dans la jurisprudence canal de Craponne. Il est intéressant de noter que la cause de l'origine doit perdurer tout au long du contrat et que la disparition de la cause, en tant qu'élément permanent du contrat et élément essentiel, entraîne la caducité de l'acte. Cela conduit l'auteur à dire que l'adage classique serait « *cause à l'origine, cause toujours* ». En effet, lorsque le contrôle de l'existence de la cause n'avait lieu qu'au moment de la formation du contrat, celle-ci était considérée uniquement comme un élément constitutif de l'acte. Cependant, on assiste depuis quelques années à la prise en compte de la cause

⁴⁷⁴ L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. Aynès, Economica, 2011.

⁴⁷⁵ *Id.*, « La licéité de la cause peut s'apprécier au moment de l'exécution du contrat ou de la formation ? », *D.* 2000, p. 442. L'auteur considère que dans l'arrêt du 10 février 1998, *Mme Aze c/ Primersky* rendu par la Première chambre civile, la Cour aurait dû conclure à la licéité de la cause du contrat de présentation de successeur d'un astrologue, en vertu du principe de rétroactivité *in mitius* de la loi pénale. La Cour de cassation avait sanctionné le contrat sur le fondement de l'ancien Code pénal, loi inapplicable au moment où elle statuait. Dans ce cas d'espèce, la licéité de la cause est appréciée uniquement au moment de la formation du contrat en raison du principe de non-rétroactivité des lois et non en principe de la possible correction de la cause du contrat au moment de l'exécution.

⁴⁷⁶ D. MAZEAUD, « L'arrêt Canal "moins" ? », *D.* 2010, p. 2481.

lors de l'exécution, ce qui s'explique sans doute par les carences de la théorie classique en matière d'imprévision. Quelques arrêts rendus par la Première chambre de la Cour de cassation admettent la cause en tant qu'élément de l'exécution. Elle deviendrait un élément de contrôle objectif de la rationalité du contrat et introduirait une dimension nouvelle en permettant une imprévision implicite. Cette possible mise en cause de l'exécution est considérée comme une source d'insécurité. C'est ainsi que la nouvelle conception de la cause propose une alternative à l'arrêt Craponne **(1)**, elle pourrait rendre plus flexible le contrat en tenant compte de l'économie réelle du contrat **(2)**.

1) La compréhension du rôle de la cause par l'économie du contrat

482. Après avoir étudié l'émergence de la notion d'économie du contrat en droit privé **(a)**, nous verrons comment elle s'accommode du principe de force obligatoire des conventions **(b)**.

a) L'émergence de la notion d'économie du contrat

483. Dans un arrêt du 3 juillet 1996, la Première chambre civile de la Cour de cassation introduisait la notion d'économie du contrat dans le contrôle de la cause. Les faits concernaient un contrat relatif à la création d'un point vidéo et à la location de cassettes conclu entre une société et deux époux. Ces derniers en demandèrent l'annulation au motif que la cause avait disparu. La Cour de cassation approuve la décision de la cour d'appel, car s'agissant de la location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce, l'exécution du contrat était dépourvue de cause. L'exécution du contrat selon l'économie du contrat voulue par les parties était devenue impossible. C'est à bon droit que la cour d'appel considère le contrat dépourvu de cause à défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de la location des cassettes.

484. Dans un autre arrêt de la Haute juridiction du 27 mars 2007, il était également question de la création d'un point club vidéo. Dans cette décision, la cour d'appel, dont l'arrêt est confirmé par la Cour de cassation, affirme : « attendu en second lieu que l'arrêt retient que l'absence de cause ne se conçoit que si l'exécution du contrat

selon l'économie voulue par les parties est impossible en raison de l'absence de contrepartie réelle ».

485. La prise en compte de l'évolution des circonstances par l'intermédiaire de la cause dans les contrats de durée est une manière déguisée de considérer le temps tout au long du contrat. « Aujourd'hui, dans un monde où les choses changent souvent et rapidement, il serait en effet inapproprié de concevoir un contrat comme une relation figée entre-deux et plusieurs personnes dont les conditions immuables auraient été fixées à un moment donné [...] en s'abritant derrière le principe d'autonomie de volonté, l'erreur serait de ne concevoir le contrat que comme un accord de volontés irrévocable [...] alors que son exécution se déroule dans une réalité qui évolue et dont on aurait tort de vouloir exclure⁴⁷⁷ ». De manière indirecte l'utilisation de la cause offre la possibilité de prendre en compte le temps et conduit indéniablement à inscrire l'exécution dans un contexte plus global. Doit-on y voir le début d'une consécration de l'admission de la théorie de l'imprévision ?

486. La théorie de l'imprévision paraît être la « bête noire » du droit français. Toute modification du contrat en cours est suspecte que toute technique visant à modifier le contrat lors de l'exécution. Dans le cas de la cause, à la différence de l'imprévision, la raison de la modification est la disparition⁴⁷⁸ d'un élément essentiel du contrat qui entraîne sa modification. La cause étant l'élément indiscutable du contrat, sa disparition emporte inéluctablement sa caducité⁴⁷⁹. Pour le sauver, le juge a le choix entre mettre fin au contrat ou bien de lui redonner vie en le modifiant par l'introduction d'une cause en adéquation avec les obligations en présence.

⁴⁷⁷ A. CERMALOCCE, *Cause et exécution du contrat*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2001.

⁴⁷⁸ Cass. com., 6 juin 2007, *Dr. & patrimoine* sept. 2007, p. 82, comm. L. Aynés et Ph. Stoffel-Munck : censurant les juges du fond pour n'avoir pas prononcé la caducité de vente de matériel informatique en raison de la résiliation du contrat de bail et du contrat de maintenance afférents au matériel.

⁴⁷⁹ Avant projet Catala, art. 1131 : « la convention valablement formée devient caduque par disparition de l'un de ses éléments essentiels ou la défaillance d'un élément extrinsèque auquel était subordonnée son efficacité. La caducité produit effet selon les cas, rétroactivement ou pour l'avenir seulement ».

487. On refuse bien souvent l'imprévision en recherchant d'autres moyens de légitimer la révision. On en arrive au paradoxe que la révision pour imprévision est illégitime là où celle pour déséquilibre objectif ou disparition de cause serait au contraire légitime. Il s'agit pourtant de la même chose. C'est en imposant à notre esprit un détour par la cause qu'on découvre peut-être d'autres solutions pour répondre à notre problématique, à savoir toutes ces techniques qui tentent de légitimer la révision seraient en fait une admission déguisée de la théorie litigieuse de l'imprévision. Cette dernière est loin de faire exploser l'économie du contrat⁴⁸⁰ et elle peut s'avérer très utile à condition de lui permettre d'exister au-delà du stade de la formation. L'admission de la cause dans l'exécution des contrats s'inscrit donc dans une recherche de cohérence qui se suffit à elle-même et qui traduit une conception plus ouverte du contrat. Nous pouvons d'ores et déjà constater que l'importance de cette notion dans l'exécution traduit une volonté d'immiscer le temps dans le contrat en la considérant comme un élément permanent.

488. La prise de conscience de la permanence de la cause a souligné l'atteinte profonde au principe d'intangibilité des conventions, notamment sur les effets que son admission dans l'exécution du contrat est censée entraîner. Certains auteurs considèrent au contraire que l'intrusion de la cause dans l'exécution traduit le souhait d'ajuster le contrat aux contraintes et aux contingences⁴⁸¹. En somme, la disparition de la cause au cours du contrat concerne la cause de l'obligation et elle conduit aux trois remèdes relevés par Capitant⁴⁸² : la résolution, l'exception pour inexécution et la théorie des risques. Néanmoins, un arrêt récent de la Cour de cassation laisse entendre qu'elle serait prête à sanctionner de caducité le contrat du fait de la disparition de la cause de l'une de ses obligations. De même, le projet de réforme en cours frappe de caducité la disparition

⁴⁸⁰ A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, préf. D. TALLON, LGDJ, 1980.

⁴⁸¹ L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent : l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, préf. M. GOBERT, LGDJ, 2004.

⁴⁸² H. CAPITANT, *De la cause des obligations, contrats, engagements unilatéraux, legs*, 3^e éd. de 1927, éd. de la mémoire du droit, 2012.

de l'intérêt en cours d'exécution⁴⁸³. À travers cette notion de l'intérêt au contrat, c'est celle d'élément essentiel qui est visée. La disparition du consentement, c'est-à-dire de l'adhésion au contrat qui emporte alors avec cette notion la notion d'intérêt. La cause de l'obligation sa disparition peut entraîner à la caducité du lien contractuel⁴⁸⁴.

b) La force obligatoire par l'économie du contrat

489. Le contrat contient en son sein une force obligatoire, c'est-à-dire du lien entre les parties⁴⁸⁵. La prise en compte tout au long du contrat de la cause traduit le souci de maintenir un certain équilibre des intérêts en présence que les parties ont initialement fixés et qu'elles souhaitent préserver. La cause introduit une certaine part de réalité dès la conclusion du contrat. Sa présence continue assure une meilleure prise en compte de l'évolution des circonstances dans l'exécution. Ainsi, utiliser la cause comme prolongement de la volonté présente le risque de déstabiliser l'ensemble contractuel en altérant la prévisibilité sur laquelle les contractants et les tiers pouvaient compter jusqu'alors.

490. Cette analyse pessimiste du rôle de la cause démontre qu'il n'en est rien bien au contraire⁴⁸⁶. L'idée de la cause est de pouvoir faire perdurer la volonté initiale des parties tout au long du contrat. La cause correspond en effet, aux motivations initiales et déterminantes des contractants et c'est la raison pour laquelle les changements qu'elle pourra entraîner en cours d'exécution ne sont pas choquants, car ils ont en définitive, pour but d'accorder la poursuite du contrat aux nouvelles circonstances qui ont pu survenir, afin de rester fidèle aux volontés initiales des parties. C'est cette détermination de l'équilibre qui est au centre des préoccupations

⁴⁸³ Projet de réforme du droit des contrats (Ministère de la justice, juill. 2008), art. 102 : « le contrat valablement formé devient caduc par la disparition de l'un de ses éléments constitutifs ou la défaillance d'un élément extrinsèque auquel était subordonnée son efficacité ».

⁴⁸⁴ Cass. 1^{re} civ., 7 nov., *RDC* 2007, p. 259, obs. Y.-M. Laithier.

⁴⁸⁵ G. MORIN, « La désagrégation de la théorie contractuelle du Code », *Arch. phil. dr.* 1940, p. 7, spéc. p. 8 : « si l'homme n'est jamais obligé par la volonté des autres, il est obligé par lui-même ».

⁴⁸⁶ Dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 oct. 2013, l'éradication officielle est relayée par un maintien officieux. Il en sera question dans la deuxième partie.

contractuelles et c'est pourquoi l'utilisation de la cause permet d'accéder sans le dire à une certaine forme d'imprévision implicite, c'est-à-dire une capacité d'ouverture et d'adaptation au fur et à mesure de l'exécution du contrat. Comme le souligne le Doyen Ripert « l'immutabilité du contrat apparaît comme un anachronisme, son adaptabilité, au contraire est une force au service de sa pérennité⁴⁸⁷ ».

491. Les partisans du rejet de cette possible imprévision considèrent au contraire qu'il s'agit de faire perdurer la volonté initiale et que c'est dans le respect de cette liberté initiale, tout au long du contrat, que le contrat peut se développer. La présence continue de la cause facilite la détermination d'un certain équilibre. En effet, l'admission de la cause serait de nature battre en brèche une certaine manière de présenter le contrat et porterait atteinte au sacro-saint principe d'intangibilité. La sécurité des rapports juridiques résultant de la force obligatoire n'est plus garantie au moins en apparence puisque la personne qui conclut le contrat n'est pas assurée que son engagement sera exécuté dans les conditions initialement négociées. L'admission de la cause comme outil de correction du déséquilibre de l'exécution constituerait une faille dans l'arsenal des grands principes du droit français, alors qu'elle redonne une certaine réalité au contrat et l'éloigne de l'artifice. Cette logique causaliste se retrouve à travers des notions telles que l'exception d'inexécution et la lésion, mais plutôt que de parler d'imprévision, mot interdit au sein du droit contractuel, on privilégie l'expression d'équilibre objectif ou encore d'équité contractuelle. « Il nous paraît plus juste de parler à ce sujet d'équité contractuelle plutôt que d'équilibre contractuel dans la mesure où l'approche qu'il convient d'avoir, à notre sens du contrat doit être plus large et ne pas se limiter à des considérations exclusivement financières ou économiques au motif qu'elle revêtirait un caractère objectif. En effet, l'expression d'équité contractuelle traduit davantage l'ambivalence des considérations qui ont présidé à la conclusion du contrat et qui doivent guider son exécution : manifestations objectives, mais aussi nécessairement subjectives, à l'image des préoccupations de ceux qui se sont engagés dans une certaine relation⁴⁸⁸ ».

⁴⁸⁷ V.C. GUELFUCCI-THIBIERGE, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 561, spéc. n° 9.

⁴⁸⁸ A. CERMALOCCE, *Cause et exécution du contrat*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2001.

492. Dans cette thèse, nous cherchons à mettre en lumière la difficile compatibilité entre, d'une part, l'étanchéité de principe qui existe entre la formation et l'exécution et, d'autre part, la possible autonomisation de l'exécution afin d'assurer la prise en compte de l'évolution des circonstances pendant l'exécution. Cela correspond à un indéniable progrès dans les rapports contractuels, c'est la raison pour laquelle il paraît plus judicieux d'adapter le principe de la force obligatoire en l'assouplissant, tout en préservant la sécurité de l'engagement. La prise en compte de la cause permet d'introduire de la liberté dans le contrat et surtout un certain réalisme, sans s'opposer au principe de la force obligatoire.

493. À notre sens, le contrat ne doit pas être coupé des contingences matérielles et la reconnaissance d'un véritable statut de la cause contribue en quelque sorte à humaniser le contrat. Dans cette optique, on élargit la volonté qui exprime la poursuite d'une finalité par les contractants. Elle se prolonge tout au long de l'exécution du contrat et forme le cœur de la convention. À travers cette lecture compréhensive du rôle de la cause, la prise en compte d'une finalité commune aux cocontractants permet de distinguer la formation des attentes réelles au cours de l'exécution définies comme ce que chacune des parties est en droit d'attendre lors de l'exécution. Un auteur a souligné cette nouvelle tendance à regarder le contrat par le prisme de l'exécution et de la notion d'attente légitime. Cette proposition est largement inspirée d'un courant doctrinal souhaitant mettre de l'ordre dans les catégories juridiques en restaurant des notions pleinement efficaces afin que les parties et le juge soient à même d'évaluer correctement l'économie réelle du contrat. Recentrer le concept de cause permet de contrôler de manière efficiente la réalité du contrat et d'éviter une trop grande perte d'efficacité en brouillant le message et la réalité de la cause.

2) Les atteintes à la jurisprudence de Craponne sur le fondement de la cause

494. Un arrêt de 2010 de la Cour de cassation⁴⁸⁹ présente des faits similaires à ceux de l'arrêt canal de Craponne consacrant la théorie de l'imprévision sur le fondement de la cause et illustre parfaitement l'enjeu de l'imprévision revisité par le fondement de la cause. En l'espèce, les sociétés SEC et Soffimat ont conclu en 1998, pour une durée de 12 ans, un contrat de maintenance portant sur deux moteurs d'une centrale de production de cogénération moyennant une redevance forfaitaire annuelle. Avec le temps et l'évolution des circonstances économiques, la société Soffimat a été confrontée à de très graves difficultés en raison de l'augmentation très sensible du prix des pièces de rechange dont elle devait faire l'acquisition pour réaliser les travaux de maintenance lui incombant. Nonobstant ce bouleversement profond de l'économie du contrat survenu au cours de son exécution, la société SEC exigea en référé l'exécution scrupuleuse des engagements contractuels souscrits par son cocontractant. Le juge des référés condamna ce dernier à exécuter son obligation de révision des moteurs.

495. L'arrêt confirmatif d'appel a été cassé au visa des articles 1131 du Code civil et 873, alinéa 2, du code de Procédure civile aux motifs « qu'en statuant ainsi sans rechercher comme elle y était invitée si les circonstances économiques et notamment l'augmentation du cours des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution, la cour d'appel a privé sa décision de base légale. » D'après un auteur⁴⁹⁰, la Cour de cassation admet avec cet arrêt la caducité du contrat pour imprévision sur le

⁴⁸⁹ Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, *D.* 2010, p. 1832, note D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2010, p. 555, obs. B. Fages ; *JCP E* 2010, 1790, obs. P. Stoffel-Munck ; *LEDC* sept. 2010, p. 1, obs. O. Deshayes ; *LPA*, 8 sept. 2010, note C. Grimaldi ; *RDC* 2010, p. 1220, obs. Y.-M. Laithier, et p. 1253, obs. O. Deshayes.

⁴⁹⁰ D. MAZEAUD, note sous Cass. com. 29 juin 2010, *D.* 2010, p. 1832.

fondement de la cause et provoque une atteinte à la politique intangible de la théorie de l'imprévision. Ainsi, l'exploitation de la cause de manière détournée pour libérer un contractant, « victime d'un changement de circonstances imprévisible de circonstances, et qui rend excessivement onéreuse en raison du bouleversement de son économie interne nous paraît être une source de progrès pour notre modèle contractuel, qui refuse depuis 130 ans toute ingérence du juge sur le fondement de la théorie susvisée⁴⁹¹ ».

496. La prétendue responsabilisation des contractants et la volonté de mise à l'écart du juge dans le contrat, chose des parties, ont longtemps fait le lit du rejet de l'imprévision. Or, des arguments inverses peuvent tout à fait être soutenus. L'ingérence du juge paraît parfois plus que souhaitable officiellement pour en finir avec l'image irréaliste du contrat conçu comme une nature morte ou comme vivant en autarcie par rapport à la réalité du monde : figure abstraite déconnectée des réalités politiques, économiques et sociales. Il est donc souhaitable de l'envisager comme un organisme vivant et sensible à l'environnement qui l'entoure, susceptibles comme tel d'évolutions et de modification ». Il peut être octroyé au juge un pouvoir exceptionnel de révision en cas d'échec avéré de la renégociation conventionnelle. Sur le fondement de la cause et plus particulièrement de la notion d'économie du contrat, il n'est pas rare que le juge admette l'imprévision comme alternative à la rupture du contrat. Cet arrêt s'inscrit dans cette perspective et reconnaît une ouverture à de nouveaux positionnements nécessaires pour assurer une certaine pérennité du contrat. Cependant, comme Pascal Lokiec l'observe, l'économie du contrat est « l'une des évolutions les plus significatives du droit des contrats ces dernières années⁴⁹² » et constitue un doublon de la notion d'attente légitime. Mais « depuis que le contrôle de l'absence de cause dépasse la seule cause objective, pour s'étendre à la cause subjective⁴⁹³ », cette tendance réaffirme un certain éclatement des concepts et permet au juge de s'immiscer d'autant plus dans le contrat, c'est-à-dire dans le contrôle de l'équilibre interne du contrat, ce qui peut devenir discutable⁴⁹⁴. Il est indéniable que la notion d'économie du contrat a vraiment des

⁴⁹¹ *Ibid.*

⁴⁹² P. LOKIEC, « le droit des contrats et les attentes ».

⁴⁹³ *Ibid.*

⁴⁹⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 312 et 313.

avantages, mais elle concourt aussi à participer à une insécurité et peut devenir embarrassante⁴⁹⁵.

⁴⁹⁵ J. MOURY, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D.* 2000, p. 383.

CONCLUSION DE SECTION 1

497. La cause est un élément de la formation du contrat qui doit normalement se retrouver aussi en tant qu'instrument de contrôle de l'équilibre dans l'exécution. Cet instrument permet donc un certain contrôle de la prévision de la formation dans l'exécution. C'est le Professeur Capitant qui est le premier à avoir appréhendé le premier l'enjeu de la cause à l'exécution. En effet, ce pari résidait davantage dans la compréhension pertinente du but du contrat, sa finalité. Le professeur Capitant a considéré ainsi que l'élément pertinent du contrat à la formation comme à l'exécution était la cause et permettait d'entrevoir prématurément la réelle finalité ou la réelle économie du contrat. La cause participe à la meilleure intelligibilité du contrat dans une dimension plus globale du contrat. Cependant, l'analyse contemporaine de la cause a traduit plutôt une dilution de cet instrument plutôt qu'une clarification et a contribué à sa disparition en pratique tant la compréhension de son rôle heurtait les concepts et concourrait à vider de son sens le contrat échange qui servait de modèle à tous les contrats. Dans la mesure où un élément brouillait le message contractuel du contrat modèle, il ne pouvait ainsi être maintenu. Pourtant, le processus même de la cause en tant qu'instrument de recherche de l'équilibre contractuel, pourfendait déjà le système en considérant l'exécution comme étant susceptible de modifier le contrat prévu à la formation en cours d'exécution.

SECTION 2 : LA CAUSE CONTEMPORAINE : UNE CAUSE À GÉOMÉTRIE VARIABLE

498. Depuis plusieurs années la tendance est à supprimer la cause ou en tous les cas d'évincer le mot sans la supprimer tout à fait. Cette tendance contribue largement à diluer la notion de cause. Alors que le temps du contrat peut contribuer à faire éclater la cause première, est-ce que cette même cause subsiste lors de l'exécution ? C'est dans cette perspective que la recherche sur la cause non seulement aboutit à sa dilution, voire sa disparition (**Paragraphe 1**), mais soulève également de nombreuses incohérences (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La dilution de la cause

499. Face à cette absence de reconnaissance d'un objectif clair, le risque de dilution de la notion est grand et sert la thèse des anti-causalistes (**A**). C'est dans cette perspective que certains auteurs tentent de restaurer les fonctions premières des concepts afin de clarifier et de recentrer le contrat sur une analyse plus économique⁴⁹⁶. Nous verrons si cette critique doctrinale trouve un écho en pratique (**B**).

A) La dénonciation de la dilution par les anti-causalistes

500. Même si la majorité des auteurs se rallie à un anti-causalisme de façade, certains pensent que la disparition de la cause est un mauvais signal adressé à nombre de droits et de partenaires étrangers. Par ailleurs, les deux intérêts distincts de la cause contribuent largement à diluer l'efficacité de la notion. Le premier intérêt est la contrepartie immédiate que le débiteur reçoit en contrepartie de son engagement, la cause objective. Cette contrepartie immédiate sera toujours la même pour chaque type

⁴⁹⁶ É. SAVAUX, « La dilution des catégories », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations. Rétrospectives et perspectives à l'heure du bicentenaire du code civil*, G. PIGNARRE (dir.), Dalloz, 2005, p. 33-45.

de contrats⁴⁹⁷. Le second est davantage tiré des mobiles, il s'agit de la cause subjective. Dans chaque contrat la cause subjective diffère. Cette logique de la première cause, la cause contrepartie, est porteuse d'une « logique essentiellement formelle et linéaire⁴⁹⁸ ». Elle est restreinte et ne comprend pas l'opération économique globale. Ces différentes acceptions contribuaient à obscurcir la notion : « le mot cause a le privilège de porter avec lui l'obscurité ». En témoignent de nombreux travaux pour éclaircir cette notion⁴⁹⁹. Ce flou notionnel a longtemps servi les thèses anti-causalistes⁵⁰⁰. Différentes polémiques émergent de cette notion, à tel point que la doctrine s'interroge régulièrement sur sa pertinence. Certains auteurs sont d'ailleurs partisans de l'abandonner au profit de la notion d'économie du contrat. La question que l'on peut se poser est de savoir en quoi la cause, l'attente légitime et autres concepts comme la bonne foi, ne sont pas tout simplement des notions palliatives à la rigidité du contrat et au rejet de l'imprévision. Ces différentes notions ne fonctionnent plus comme source de notions uniques, on leur attribue plutôt des fonctions de concrétisation, de complémentarité, de limitation ou de correction. Ce sont des concepts qui sont dérivés de la bonne foi.

⁴⁹⁷ Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 9^e éd., Dalloz, 2005, n° 338.

⁴⁹⁸ G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels à l'heure des Principes de droit européen des contrats*, P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), Dalloz, 2003, p. 81-103, spéc. p. 152 : « Dès l'instant que sont réunies les quatre conditions posées à l'article 1108 du Code civil, l'art 1134, alinéa 1^{er} confère force obligatoire à l'engagement d'où procède alors l'obligation contractuelle. Or cette approche présente l'incalculable avantage qu'elle permet l'élaboration de règles précises, grâce à une formulation technique articulée sur des concepts rigoureux. De la sorte se trouve assurée une forte prévisibilité des solutions. On peut néanmoins reprocher à cette approche d'avoir favorisé un certain abus d'abstraction. Elle s'est en effet, traduite par une conception essentiellement abstraite du contrat dans lequel les données de fait ne pénètrent que très difficilement ».

⁴⁹⁹ P. LUCAS, *Volonté et cause, étude sur les rôles respectifs des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, éd. TENIN, 1918 ; J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, éd. Jouve, 1920 ; H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Dalloz, 1923 ; G. CHEVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, Sirey, 1929 ; P. REIGNE, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, B. AUDIT (dir.), thèse Paris II, 1993 ; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1999 ; S. PIMONT, *L'économie du contrat*, préf. J. BEAUCHARD, PUAM, 2004, n° 31 et s. ; V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, préf. G. PIGNARRE, LGDJ, 2007.

⁵⁰⁰ Planiol était le plus connu des anti-causalistes.

501. Le caractère excessivement tranché de la distinction ne rend pas compte de la différence entre les contrats à exécution successive et ceux dont l'exécution s'échelonne dans le temps. En effet, pour les premiers les deux étapes sont simultanées alors que pour les seconds l'étape de l'exécution suit la période de formation dans le temps. Si l'on distingue les contrats réels des contrats consensuels pour les premiers, c'est la rencontre des volontés, la formation du contrat qui donne naissance à des obligations qui seront ensuite exécutées alors que, pour les seconds, ce n'est que la remise de la chose qui correspond traditionnellement à l'exécution d'une obligation de délivrance qui permet de former le contrat. Toutes ces justifications, pour peu qu'on les estime suffisantes, nous conduiraient à affirmer que le principe d'intangibilité est malmené depuis plusieurs années, ce qui a pour conséquence de remettre en cause la distinction classique entre formation et exécution dans des contrats où l'exécution s'émancipe de la formation. Plutôt que de faire céder le contrat face à une certaine imprévision, il apparaît plus pertinent de l'adapter à cette nouvelle situation. Les praticiens et certains théoriciens savent bien qu'il n'y a pas que de bons rapports commerciaux dans la durée⁵⁰¹. Mais, le profit naît d'une relation continue de confiance qui se renouvelle de façon régulière. C'est pourquoi les droits spéciaux, comme le droit commercial, poussent la théorie générale vers plus de réalisme. Le souci de pérennité contractuel est également prégnant dans le droit international⁵⁰².

502. Les partisans de la cause estiment qu'elle est source de sécurité dans les rapports juridiques alors que les opposants de la notion pensent le contraire⁵⁰³. Il est important de comprendre que le modèle contractuel classique est tellement réducteur que les concepts qui tentent d'apporter une solution butent en permanence contre les principes du droit contractuel. C'est pourquoi le courant anti-causaliste a pris une telle ampleur et justifie les différentes critiques contre la cause. La cause passe pour une notion inutile, floue, inefficace et source de confusion. C'est pourquoi le courant

⁵⁰¹ D. PLANTAMP, « Le particularisme du remplacement dans la vente commerciale », *D.* 2000, p. 244.

⁵⁰² S. REIFEGESTE et G. WEISBERG, « Obligation de minimiser le dommage et le raisonnable en droit du commerce international », *RDAI* 2004, p. 181, spéc. p. 190.

⁵⁰³ B. FAGES et MALEVILLE, *Lamy droit du contrat*, n° 210-11.

doctrinal anti-causaliste⁵⁰⁴, représenté notamment par Baudry-Lacantinerie⁵⁰⁵, Barde et Planiol ainsi que le Code européen du droit des contrats n'ont pas repris ce principe et cherche un moyen de dissoudre le contrat. Comme la *consideration* du droit anglais, la cause ne figure pas au rang des concepts européens. Les principes de droit européen ne rendent hommage ni à la cause du contrat en tant que qu'instrument de contrôle de la licéité du contrat, ni à la cause de l'obligation en tant qu'outil d'évaluation de l'existence et de l'équilibre du contrat⁵⁰⁶. Cette analyse en réaction au courant anti-causaliste fut initiée par Jacques Maury qui considéra dans sa thèse que la cause objective est la finalité du contrat qui émerge de l'accord de volontés et qui a pour conséquence un possible réajustement constant du contrat en cours d'exécution⁵⁰⁷. Mais cette conception duale de la cause correspond à l'étude la plus contemporaine sur ce concept.⁵⁰⁸

⁵⁰⁴ Th. GENICON, « Théorie de la cause, les vraies raisons pour lesquelles on y revient sans cesse », *RDC* 2013 : « on ne peut qu'être frappé en effet par le contraste entre un certain discours anti-causaliste, nourri essentiellement par ceux qui entreprennent de réformer le droit français des contrats et la réalité judiciaire qui donne l'impression de faire de la cause un instrument d'usage quotidien. L'accumulation comme l'importance des décisions ici soumises à examen en portent une nouvelle fois témoignage. Au point de se demander si les juristes d'en haut ne pensent pas à des années lumières des juristes d'en bas, de leur pratique, de leurs besoins et de leurs habitudes bien établies ».

⁵⁰⁵ G. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, 1897, t. 1, n° 321 et s.

⁵⁰⁶ Principes de droit européen du contrat, art 2 : 1101 : « un contrat est conclu dès lors que les parties entendaient être liés juridiquement et sont parvenues à un accord suffisant sans qu'aucune autre condition soit requise » ; art. 1^{er}, al. 1, du Code européen des contrats : « le contrat est l'accord de deux ou plusieurs parties destiné à créer, régler, modifier ou éteindre un rapport juridique qui peut comporter des obligations et d'autres effets même à la charge d'une seule partie ».

⁵⁰⁷ J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, (dir.) Ch. CÉZAR-BRU, thèse Toulouse, 1920 : la cause objective ou la cause de l'obligation désigne la finalité contractuelle qui émerge de l'accord de volontés.

⁵⁰⁸ Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 334 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, 12^e éd., 2006, n° 254 ; A. BÉNABENT, *Droit civil : les obligations*, 11^e éd., Montchrestien, 2007, n° 178.

B) Les manifestations de la dilution de la cause

503. Les manifestations de la dilution de la cause ont généré un discours anti-causaliste et « on enseigne parfois que la théorie de la cause est d'une subtilité parfois inutile qui tourne parfois au verbalisme⁵⁰⁹ ». Les différentes manifestations de la dilution de la cause révèlent le flou notionnel qui l'entoure **(1)** et font apparaître sans les résoudre un certain nombre d'incohérences **(2)**.

1) Du flou notionnel à la disparition totale de la cause

504. Pour les opposants à la notion de cause⁵¹⁰, la reconnaissance de « son existence pendant l'exécution du contrat n'est pas admissible, car il s'avère qu'elle aboutit dans ses effets à nier l'existence de sécurité qui doit caractériser les rapports contractuels et donc de manière plus générale, le principe de force obligatoire des conventions ». À travers cette analyse, on voit que le concept de cause est incapable aux yeux des classiques de réfléchir sur la dimension dynamique de la cause et du contrat. Et cet état de fait contribue à mettre en exergue le trouble que procure la cause dans le contrat. Au lieu d'avoir une fonction libératrice, elle est à l'origine d'un brouillage. Mais ce n'est pas tant la cause qui est à l'origine d'un brouillage que son interprétation.

⁵⁰⁹ L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. AYNÈS, Economica, 2011.

⁵¹⁰ B. FAGES et M. MALEVILLE, *op. cit.*, n^{os} 210 et 211.

2) Les enjeux d'une disparition totale de la cause

505. Dans le cas de sa disparition, le juge admettrait la résolution du contrat sur un autre fondement et en visant notamment l'ancien article 1134 du Code civil. « Les exemples dans lesquels le contrat est anéanti sous la forme d'une résolution ne s'expliqueraient plus sur le fondement de la cause.

506. De nombreux exemples illustrent cette dilution de la cause. En effet, le juge a le choix dans les fondements à retenir pour admettre des modifications du contrat. La cause est ambivalente pour certains auteurs : elle est tantôt subjective tantôt objective⁵¹¹. Mais le flou notionnel est accentué dans la mesure où les arguments des anti causalistes et des causalistes divergent et mettent en lumière les incohérences juridiques à garder la cause comme étant à la fois subjective et abstraite c'est à dire en quelque sorte aussi objective.

507. L'argument de la dilution est un argument des anti causalistes pour rendre compte de l'incapacité de la cause à faire la synthèse des concepts dans le cadre du modèle contractuel retenu, celui du contrat à exécution instantanée. L'absence de la cause en tant qu'instrument de contrôle de l'existence et de l'équilibre du contrat suscite des interrogations. Selon Capitant, le but poursuivi par les parties se retrouverait dans tous les systèmes juridiques, y compris en droit romain. Cette notion de cause a dans un premier temps été confondue avec les mobiles des parties. Son émergence est liée à la disparition du formalisme, la cause devenait une sorte de contre-pouvoir. La réception du concept de la cause par le Code civil va progressivement en modifier la compréhension.

508. Capitant distingue la cause des motifs⁵¹². La cause est ainsi conçue comme le but contractuel voulu par les parties : un élément subjectif du fait de sa filiation avec la volonté. Si la notion de cause de l'obligation comme contrepartie est unanimement adoptée, la doctrine soutenant la subjectivité de la cause n'abdique pas complètement.

⁵¹¹ D. MAZEAUD, « La cause », in *Le Code civil : 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*, (dir.) Y. LEQUETTE et L. LEVENEUR, Dalloz, 2004, p. 451.

⁵¹² H. CAPITANT, *op. cit.*

La plupart des auteurs refusent de détacher la cause de la volonté, en cela elle serait subjective. Par ailleurs, certains refusent de détacher la cause d'un concept qui serait considéré comme abstrait. L'attachement au risque de la contradiction à une définition à la fois subjective et abstraite est encore perceptible dans les travaux de Capitant. Cet auteur réussit à s'éloigner du subjectivisme pur pour mieux consacrer la cause en la considérant comme le but des parties. L'auteur détache la volonté de la cause en l'inscrivant dans une certaine finalité qui peut, dans ce cas, être considérée comme objective.

509. Toutefois, en rejetant en quelque sorte cette conception un peu individualiste de la cause défendue par Demogue, le concept de cause a évolué de manière objective sur le fondement de l'article 1108 du Code civil. Elle serait une condition de validité à part entière distincte du consentement. Il existerait une cause type pour chaque catégorie de contrat⁵¹³.

510. Comme nous le verrons, la liberté contractuelle a un prix : il faut respecter les engagements auxquels on a librement souscrit. Mais nous constatons que cette contrepartie va de pair avec une prohibition générale de modification du contrat en cours d'exécution. L'interdiction est liée au maintien des conditions de départ du contrat lorsque la survenance d'un événement rendrait impossible la poursuite du contrat. Il apparaît que pour préserver une certaine suprématie au principe d'intangibilité, on serait tenté d'admettre un certain nombre d'exceptions au principe qui ne répondrait pas à une certaine logique d'ensemble. En fait, on se rend compte que la stratégie est de permettre un certain assouplissement de la règle sans toucher aux principes. Cependant, les cas et le nombre d'exceptions sont exponentiels et la logique d'ensemble est quelque peu éprouvée face à cette réalité.

511. Nous voyons bien les limites qu'il y a à présenter le contrat comme l'illustration du principe d'intangibilité en tant que tel. La bonne foi est en quelque sorte une sève qui va permettre au contrat de dépasser la rigidité du cadre pour s'assouplir au fur et à mesure du temps et permettre une adaptation progressive du contrat. Dès lors, nous percevons bien les limites qu'il y a à vouloir opposer systématiquement le principe

⁵¹³ J. ROCHFELD, thèse préc.

d'intangibilité et celui d'adaptation. Pour préserver un semblant de suprématie au principe d'intangibilité dans le contrat, on peut être tenté de laisser la place à de multiples exceptions sans réformer l'ensemble. On laisse émerger des apports épars de différents horizons qui sont autant d'arguments pour remettre en question ce principe qui innerve tout le droit des contrats. En conséquence, nous percevons bien les limites du principe. Nous considérons qu'à partir du moment où le principe devient résiduel, on est en droit de se poser la question de son assouplissement, en particulier dans les contrats de durée. C'est ainsi que le Code civil est en passe d'admettre la spécificité du contrat de durée et recherche un système plus cohérent⁵¹⁴.

Paragraphe 2 : La prise en compte de l'économie du contrat

512. L'apparition de la référence à l'économie du contrat constitue une remise en cause tant jurisprudentielle que doctrinale de la notion de contrat. Les éléments dégagés seront d'une grande utilité pour délimiter les frontières du contrat. Traditionnellement analysée en droit administratif des contrats comme le critère décisif d'appréciation de l'imprévision, la notion d'économie du contrat apparaît en droit privé à travers l'expression de bouleversement de l'économie du contrat. La référence à l'économie du contrat semble ouvrir une voie médiane entre objectivisme et subjectivisme. Elle est tout à la fois l'illustration de la volonté des parties et le but normalement attendu. C'est pourquoi la notion d'économie du contrat trouve son écho véritablement dans le but qui serait normalement attendu **(A)**. Cette notion serait à la frontière de la formation et de l'exécution du contrat et contribuerait à poser la notion dans un cadre évolutif susceptible d'adaptations en fonction des circonstances et qui serait un outil favorable pour le juge dans ces conditions **(B)**. Nous relèverons toutefois certaines incohérences inévitables **(C)**.

⁵¹⁴ L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. AYNÈS, Economica, 2011, p. 10 : « le Code civil voit dans le contrat synallagmatique qu'une somme d'obligations éparses qui s'agrègent et se justifient réciproquement [...] on a longtemps assimilé l'objet du contrat à celui de l'obligation principale » ; A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. FABRE-MAGNAN, LGDJ, 2005, n° 38, en ce sens le contrat n'a d'autre fonction que de donner naissance à un élan créateur.

A) Le concept à géométrie variable d'économie du contrat

513. Le concept d'économie du contrat est celui qui traduit le mieux la notion d'attentes des parties en droit français. Cette notion ne semble prendre en compte ni la volonté interne, ni la volonté externe qui seraient alors confondues avec la notion de consentement, mais qui correspond en tant que tel à une volonté objective, qui serait attendue objectivement⁵¹⁵. La pérennité du lien contractuel est une des préoccupations majeures du droit positif. De nombreux travaux ont démontré cette tendance⁵¹⁶. Le contrat dans une entreprise est considéré comme un trésor et le préserver implique parfois de le modifier.

514. Traditionnellement, le travail de définition est un préalable au maniement du concept, mais un auteur constate que celui d'économie du contrat sert la plupart du temps à caractériser d'autres concepts comme la cause et l'objet⁵¹⁷. Pour Ripert et Boulanger, la cause serait le motif déterminant tiré de l'économie du contrat et l'objet du contrat désigne la prestation à propos de laquelle s'ordonne l'économie du contrat. La cause serait l'engagement de chaque contractant comme résidant dans le contrat lui-même, c'est-à-dire dans l'avantage ou la fin qu'il recherche d'après l'économie du contrat. La question est alors de savoir si cette notion d'économie du contrat est opérationnelle et peut faire entrer la science économique dans le contrat. Mais par-delà cette question, c'est la réalité de la problématique de la cause qui est sous-jacente. En effet, est-ce qu'à travers la question de l'économie du contrat ce n'est pas la cause en tant que cause de l'engagement qui est avant tout recherchée ?

515. Un auteur a de façon très pertinente comparé la notion d'économie du contrat aux différentes définitions que l'on peut trouver pour la cause qui peut être

⁵¹⁵ P. LOKIEC, *Contrat et Pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. LYON- CAEN, LGDJ, 2004, n° 180.

⁵¹⁶ P. DURAND, préface in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, (dir.) P. DURAND, LGDJ 1960, p. 3 ; Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations. Les mécanismes des relations économiques*, 7^e éd., Litec, 2001.

⁵¹⁷ A. ARSAC RIBEYROLLES, *Essai sur la notion d'économie du contrat*, (dir.) D. PORACCHIA et J. MESTRE, thèse Lille III, 2005.

déclinée « sous sa forme abstraite ou sous sa forme concrète⁵¹⁸ ». Comme pour la cause abstraite ou concrète, la notion d'économie du contrat répondrait en fonction de son emploi à des considérations abstraites ou concrètes. L'abstraction fait référence à chaque type de contrat qui comprend une économie propre, par exemple, l'économie du contrat de vente ou celle du contrat de prêt. En fait, comme la cause répond à des types de contrats, la notion d'économie fait de même. La cause comme l'économie du contrat dans ce concept abstrait et qui correspond à des types précis de contrats ne sera pas envisagée dans notre étude⁵¹⁹. En effet, ce n'est pas dans l'acception abstraite que nous souhaitons développer notre propos.

516. La plupart des auteurs voient dans la notion d'économie du contrat « une finalité typique visée⁵²⁰ », c'est-à-dire qu'elle est déterminée à l'origine au regard de l'intérêt concret des parties. L'économie du contrat joue le rôle d'une véritable grille de lecture pour cerner l'enjeu global du contrat. Elle est en effet apparue comme une référence dans la détermination de la loi du contrat, qu'il s'agisse du contenu ou de son régime. Dans notre démarche, nous considérons que la notion d'économie du contrat correspond à une référence objective d'interprétation.

517. En général, les juges cultivent une certaine ambiguïté autour de l'économie du contrat en l'analysant de différentes façons. Soit l'économie du contrat est comprise comme le révélateur de la commune intention des parties, il s'agit dans ce cas du versant subjectif. Soit il s'agit du versant objectif et dans ce cas, c'est la réalité objective qui rend le contrat objectif. Mais est-ce que cette notion d'économie du contrat correspond à l'intention des parties ou à ce que peuvent réellement attendre les parties au contrat ? En fonction de l'une ou l'autre des réponses apportées, la dimension objective ou subjective du contrat sera soulignée sachant que c'est la dimension objective qui est à même de justifier une modification du contrat.

518. Entre objectivisme et subjectivisme, la référence à l'économie du contrat marque une rationalisation de la volonté des parties. À leur intention dans le contrat est

⁵¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 1989, *JCP* 1990, II, 21456, note Y. Dagne-Labbe.

⁵¹⁹ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1999, p. 42.

⁵²⁰ *Ibid.*

substitué une intention possible telle qu'elle émanerait de contractants rationnels. Le concept d'économie du contrat est un concept qui privilégie une vision plus qualitative que quantitative. On citera un auteur avisé⁵²¹ qui l'assimile à la finalité atypique visée. Ainsi, son rapport à la cause peut être tangible dans la mesure où on considère que l'économie voulue par les parties n'est autre que « la concrétisation de leur motivation à la conclusion du contrat litigieux⁵²² ».

519. Fort du constat de l'impuissance des concepts classiques à autoriser la révision du contrat par le juge en cas de modification des circonstances, un auteur a soutenu dans sa thèse que le « bouleversement de l'économie du contrat » pouvait servir à délimiter les changements de circonstances à prendre en compte lorsque la clause d'imprévision est lacunaire. Un autre auteur poursuit cette même idée en estimant que le recours au standard de l'économie permettrait non seulement de recevoir la théorie de l'imprévision en droit français, mais encore de permettre d'interpréter objectivement la déclaration de volonté. Selon cet auteur : « parce qu'elle représente la loi des parties sous la forme de l'opération que doit réaliser le contrat, l'économie du contrat peut aider à admettre la théorie de l'imprévision en droit français. Le constat de son bouleversement marque le point au-delà duquel l'adaptation du contrat est souhaitable et corrélativement cette adaptation doit être encadrée par un strict respect de l'économie originaire de l'accord. Selon cette approche, l'adaptation du contrat s'explique directement par l'effet obligatoire du contrat dont l'application est limitée à la réalisation de l'opération économique voulue. Par conséquent, l'économie du contrat conduit à exclure deux analyses radicalement opposées : d'une part le subjectivisme inhérent au modèle de contrat du code qui repose sur la promesse du débiteur ; d'autre part, l'objectivisme suggéré par l'application de certains principes qui s'érigeaient contre la loi des parties pour en rendre possible l'adaptation⁵²³ ». L'idée serait de substituer à la force obligatoire du contrat la force obligatoire de l'opération. Les répercussions d'une telle vision économique seraient très importantes et contribueraient

⁵²¹ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999.

⁵²² S. DRUFFIN-BRICCA et L.-C. HENRY, Anna droit 2000, *Droit civil : les obligations*, note sous Civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, p. 71.

⁵²³ S. PIMONT, *L'économie du contrat*, préf. J. BEAUCHARD, PUAM, 2004, n° 426.

à accepter une certaine imprévision⁵²⁴. Admettre que c'est en réalité l'opération contractuelle qui doit être considérée comme intangible, c'est faire tomber le dernier obstacle de la réception de l'imprévision. Le respect des prévisions des parties impose l'adaptation du contrat. Cela permettrait également au juge de reconsidérer le contrat à la lumière de l'objectivisme, il s'agira d'interpréter objectivement la volonté des parties et d'adapter la convention des parties à l'évolution des circonstances.

B) Un outil efficace pour le juge

520. Afin d'être un outil efficace au service du juge, la notion d'économie du contrat sous-entend la recherche d'un seuil de déséquilibre **(1)** permettant l'élaboration d'une grille d'analyse de l'action contractuelle **(2)**.

1) La définition d'un seuil de déséquilibre

521. C'est à partir de ce concept d'économie du contrat que le juge doit parvenir à trouver le seuil qui implique la qualification d'imprévision. Ce seuil sera donc le déclencheur du droit à l'adaptation. En d'autres termes, c'est à partir du critère de l'économie du contrat que l'interprète doit parvenir à trouver le point du déséquilibre impliquant la qualification de l'imprévision et entraînant l'adaptation du contrat.

522. L'immutabilité et l'intangibilité du contrat supposent sa rigidité, celle de l'opération contractuelle commande une plus grande souplesse. Le contenu prévu dès la formation n'est que le vêtement, le vernis contractuel. C'est bien davantage à la substantifique moelle que doit s'attacher la volonté des parties. La tendance doctrinale actuelle est de se placer désormais sur l'attente des parties et sur l'opération elle-même. C'est sur cette utilité attendue que doit se recentrer la théorie générale des contrats. La force obligatoire doit porter sur ce qui a été réellement voulu. Et c'est bien souvent cette réalité qui fait défaut.

⁵²⁴ A. ARSAC RIBEYROLLES, *Essai sur la notion d'économie du contrat*, (dir.) D. PORACCHIA et J. MESTRE, thèse Lille III, 2005.

523. Les précédents jurisprudentiels marquant l'évolution vers une imprévision implicite sont nombreux. Elles ont généralement trait aux contrats de longue durée. Dans un arrêt du 3 juillet 1996⁵²⁵, la Première chambre civile de la Cour de cassation a introduit la notion d'économie du contrat dans le contrôle de la cause. Elle a jugé qu'un contrat de location de cassettes vidéo pour l'exploitation est nul pour absence de cause dès lors que l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible. Les faits étaient les suivants : il était question d'un contrat de création d'un point vidéo et de location de cassettes conclu entre une société et deux époux. Les deux époux l'avaient annulée aux motifs que la cause, mobile déterminant de l'engagement de ces derniers était la diffusion de cassettes auprès de leur clientèle et que cette exploitation était vouée à l'échec dans une petite agglomération. Le moyen du pourvoi était fondé sur l'idée que la cause des exploitants du club était la mise à disposition des cassettes vidéo.

524. La Cour de cassation approuve la décision de la cour d'appel aux motifs « qu'ayant relevé que s'agissant de la location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce, l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible, la Cour d'appel en exactement déduit que le contrat était dépourvu de cause dès lors qu'était constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes ». Les juges dans cet arrêt ne se sont pas contentés de relever une cause abstraite, mais sont allés plus loin en dépassant le pur aspect de contrepartie abstraite pour apprécier pleinement la contrepartie avec la finalité concrète. En effet, le juge passe de l'abstrait au concret, c'est-à-dire de la volonté des contractants à l'attente légitime. D'après un avis autorisé, il est possible de lire cet arrêt : « comme une reconnaissance de cet élargissement possible de la cause vers le but entré dans le champ contractuel en effet cette cause a été mesurée et contrôlée par le juge. Si le but contractuel nous dit l'auteur qui est ici la rentabilité du vidéo club n'est pas possible ab initio, le contrat n'a pas de sens⁵²⁶ ». Un autre arrêt de la Chambre commerciale poursuit

⁵²⁵ Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1996 ; *D.* 1997, p. 500, note Reigne ; *JCP* 1997, I, 4015, obs. Labathe ; *Deffrénois* 1996, p. 1015, obs. Delebecque ; *RTD civ.* 1996, p. 903, obs J. Mestre.

⁵²⁶ J. ROCHFELD, « La cause dans le droit des obligations - droit public, droit privé : à propos de la réimpression de l'ouvrage d'Henri Capitant », *RDP* 2012, p. 827.

cette idée, il était également question de la création d'un point club vidéo. Dans cette affaire, la cour d'appel n'a pas retenu la nullité pour absence de cause. Cette décision de la Chambre commerciale est le signe annonciateur d'un changement de direction en ce sens que dans ce cas, ce n'est plus la volonté, mais le contrat confronté à sa réalité qui réécrit l'histoire⁵²⁷. Ce qui dérange dans ces deux arrêts par rapport aux solutions classiques, c'est l'analyse de la cause dont le prolongement est l'économie voulue par les parties. En présence d'un contrat synallagmatique, le juge ne constate pas uniquement l'existence d'une contrepartie. Dans cet arrêt, la Cour avait affirmé que s'agissant de la location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce, l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible, ce dont la Cour d'appel a exactement déduit que le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu'était constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix des locations de cassettes souscrites par M et Mme Piler dans le cadre de la convention de création du point club vidéo. Tel qu'il est motivé, l'arrêt ne peut que troubler. Il paraît être une menace pour la sécurité des conventions en introduisant implicitement le spectre de l'imprévision. D'après un auteur⁵²⁸, il est difficile de savoir comment la référence « à une économie voulue par les parties » a permis à la Cour de cassation de transformer « la location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce ». La Cour de cassation s'est référée certainement à la réalité du contrat et, en se ralliant l'expression d'économie du contrat, elle a permis une analyse plus approfondie de la question en sous-entendant un changement de circonstances objectif. Ce sont ces circonstances de fait qui n'apparaissent pas directement dans l'énoncé de l'arrêt.

525. Une lecture superficielle des arrêts que nous venons d'évoquer permet un premier constat : les juges cultivent une certaine ambiguïté dans les rapports de

⁵²⁷ Cass. com., 27 mars 2007, *D.* 2007, pan. p. 2970, obs. S. Amrani-Mekki ; *RDC* 2008, p. 231, note D. Mazeaud : « Attendu, en second lieu que l'arrêt retient que l'absence de cause ne se conçoit que si l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties est impossible en raison de l'absence de contrepartie réelle ; qu'il constate encore que monsieur Hoquet, sur lequel repose la démonstration d'une telle situation n'apporte que des éléments insuffisants à établir l'impossibilité qu'il allègue de pouvoir réaliser la location de cassettes vidéo à l'occasion de l'exercice de ses commerces sur des objectifs qu'il a lui-même fixés dans un contexte que sa situation de commerçant installé lui permettait de définir ».

⁵²⁸ Fr. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *GAJ civ.*, 11^e éd., vol. 2, p. 66.

l'économie du contrat avec la volonté réelle des parties. Ils peuvent avoir au cours de la renégociation un nombre infini de rôles⁵²⁹. La référence pourrait être liée à une notion plus subjective du contrat dans la mesure où c'est l'intention des parties qui serait recherchée. Dans l'arrêt du 15 juin 2000, l'on peut voir que la cour d'appel de Papeete a interprété un contrat par la recherche de la commune intention des parties, compte tenu de l'économie générale du contrat. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté. Dans cet arrêt, la notion d'économie du contrat est relative à une certaine subjectivité alors pour une partie de la doctrine ce serait au contraire un rappel à l'équilibre objectif du contrat. Certaines décisions font une analyse bien différente de cette notion d'économie du contrat et la distinguent de façon nette de la commune intention des parties pour inscrire le contrat dans un volet plus orienté vers la finalité du contrat.

526. La nature même de cette notion demeure un sujet à controverses. S'agit-il de découvrir la réalité de la volonté et de la commune intention des parties ou s'agit-il de s'attacher à des éléments plus objectifs ? La position de la doctrine tout comme la position de la jurisprudence remettent en cause en quelque sorte la traditionnelle réflexion sur le contrat. Les divergences s'expliquent par l'analyse qui existe entre la notion subjective de l'économie du contrat comme étant la substantifique moelle de la volonté des parties et d'autre part l'économie⁵³⁰ du contrat peut-être analyser comme une volonté réelle et objective et sous-jacente dans la mesure où elle se repose sur la physionomie du contrat en tant que typologie référente. Le concept d'économie du contrat reste une notion incertaine. Traditionnellement utilisée par le droit administratif, cette notion ne rend pas compte de toute la problématique des contrats de longue durée, mais permet une certaine intrusion par la notion de « bouleversement de l'économie du contrat⁵³¹ ». Ce qu'il est intéressant de noter, c'est que cette notion qui est à l'origine de

⁵²⁹ A. BENABENT, Intervention au colloque de la *Revue des contrats* consacré aux prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique, Paris 22 oct. 2009. Le juge sera chargé d'intervenir pour concilier les parties. En toute hypothèse le juge se rapprochera du rôle du conciliateur en ayant comme mission de favoriser un compromis.

⁵³⁰ L. AYNÈS, « L'imprévision en droit privé », *RJC* 2005, p. 397.

⁵³¹ CE, 30 mars 1916.

l'acceptation de l'imprévision en droit administratif. On note ainsi constamment des inspirations croisées entre le droit public et le droit privé.

527. On peut tenter une approche de solution fondée sur l'économie du contrat d'assurance⁵³² et le rôle joué par chacune des garanties contenues dans un contrat d'assurance. De la nature du contrat d'assurance, dépendra la qualification des garanties proposées. Pour les assurances multirisques habitation par exemple, contrat spécifique par excellence, il apparaît que les principales garanties concourent à l'économie générale de l'assurance et contribuent à la réalisation de l'objectif recherché, c'est-à-dire l'assurance d'un logement. Il s'agit d'une « assurance unique » divisée en plusieurs garanties puisqu'une habitation peut être l'objet de sinistres de diverses natures comme le vol, l'incendie, les dégâts des eaux et autres. Dans ce cas, l'ensemble des garanties constitue la prestation unique qui est l'assurance multirisque habitation. Pareillement, les différentes garanties contenues dans une assurance automobile – incendie, dommages aux tiers participent de la même prestation de services et concourent à l'économie générale de l'assurance souscrite. Aussi, toute autre garantie non comprise dans les garanties classiques des multirisques habitation ou des assurances automobile serait-elle constitutive d'une prestation autonome et ne saurait être qualifiée d'indissociable. En conséquence, à chaque fois que le problème se pose, il faudra se reporter à l'économie du contrat d'assurance et à la finalité des différentes garanties le composant.

⁵³² Pour une étude approfondie de la notion d'économie du contrat, v. S. PIMONT, th. préc.

2) L'élaboration d'une grille de l'activité contractuelle

528. L'apparition du concept d'économie du contrat en jurisprudence est une grille de lecture qui permet d'interroger le contrat à différents niveaux⁵³³. Grâce à cette notion, l'idée est de rationaliser l'approche contractuelle en insérant en quelque sorte une intention normale. Par cette notion il est fait appel au contractant « bon père de famille » qui serait dans une attente normale et légitime. Dès lors, il s'agirait d'une notion empreinte non de subjectivité, mais de réalisme.

529. L'activité contractuelle est une activité rationnelle, c'est la rencontre de deux volontés. L'économie du contrat est un outil à la disposition du juge et des parties afin de rendre compatible la volonté avec la réalité du contrat. Ce n'est pas tant la nature du contrat qui dicte les solutions fondées sur l'économie, que sa fonction telle que le juge et les parties peuvent la dégager d'une analyse matérielle de ses effets attendus. Cette notion et surtout son application au contrat permettent au contrat de dépasser l'autonomie de la volonté apparente pour s'ancrer dans la vraie vie du contrat et non pas un contrat abstrait. C'est ainsi que le Professeur Frison Roche a distingué la volonté du consentement⁵³⁴. Le second est un objet, conséquence de la volonté, symbole d'extériorisation de la volonté, mais distinct de celle-ci⁵³⁵. La différenciation entre volonté et consentement, que l'on ne retrouve pas généralement en droit civil, mérite cependant d'être retenue. La volonté est assimilée à la liberté de décider et d'agir, même si celle-ci n'est pas absolue alors que le consentement exprime la rencontre des volontés et la soumission de l'un et de l'autre. Consentir, c'est accepter, reconnaître, c'est dire

⁵³³ M. EL-GAMMAL, *L'adaptation du contrat face aux circonstances économiques : étude comparée de droit civil français et de droit civil de la République arabe unie*, préf. A. TUNC, LGDJ, 1967, n° 21 : « nous donnons donc à l'expression "économie du contrat" un sens large qui englobe le contenu matériel et non psychologique du contrat où l'opération d'échange que le contrat vise à réaliser. Dans ce sens, l'économie du contrat signifie l'équilibre, les droits et les obligations réciproques que le contrat engendrera, qu'ils soient établis sur une base de justice distributive, qu'ils soient réglementés par les volontés individuelles ou par voie autoritaire dans l'un ou l'autre de ses deux termes ».

⁵³⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995, p. 573 et s.

⁵³⁵ *Ibid.*

oui à l'autre. En ce sens, le consentement est une confrontation avec la réalité au sens de la phénoménologie d'Husserl. Ce qui est à l'intérieur de la volonté ne transparait pas et c'est par la confrontation avec la volonté de l'autre que naissent le consentement et la réalité du contrat. Husserl emprunte à son professeur Franz Brentano la notion d'intentionnalité.

530. L'intentionnalité serait le pouvoir de conscience d'exister comme conscience d'autre chose que soi. À partir du moment où la volonté s'exprime à l'extérieur, elle ne nous appartient plus et devient un consentement, c'est-à-dire l'échange de deux objets qui ont été externalisés et qui deviennent un objet distinct, fruit des deux volontés. Ce consentement doit être approprié et ajusté à la volonté des parties. Le consentement est un objet symbole de l'extériorisation de la volonté. Il faut aussi rappeler et tirer profit du fait que volonté et consentement ne peuvent se réduire l'un à l'autre, qu'échange et rencontre ne doivent pas s'assimiler. La volonté est au cœur de l'humanisme et marque l'intériorité incommensurable de l'homme tandis que le consentement est signe d'une sorte de capitulation. Il y a toujours de l'aliénation dans un consentement. C'est bien ainsi que le définit le vocabulaire philosophique de Lalande : consentir c'est admettre, donner son assentiment, c'est-à-dire baisser son pavillon devant une assertion ou devant une personne, tandis que la volonté consiste dans la force de pouvoir toujours ne pas admettre. En Occident, le pouvoir est toujours dans le non et la faiblesse dans le oui. La rencontre de ces deux contraires fait surgir une réalité ajustée qui aura pour objet le contrat. Le droit est à la recherche de cette rencontre objective qu'est le contrat.

531. La notion d'équité n'est pas, comme certains auteurs ont pu le concevoir, une référence au subjectivisme. Au contraire, elle est une référence objective et peut se retrouver dans l'analyse équitable que font les parties de leur contrat. Dans notre démonstration, l'équité n'est pas le résultat de deux volontés subjectives, mais la confrontation entre ces deux volontés qui fait naître alors une certaine objectivité, l'objet naît des deux volontés. C'est en cela que la volonté d'une partie unilatérale se distingue de l'expérience de la conscience. Comme intentionnalité la conscience est donc l'antithèse d'un for intérieur bien clos. La volonté est dans un for intérieur bien clos alors que l'expression de cette conscience sortie vers l'extérieur correspond à cette rencontre de volontés qui fait sortir la substantifique moelle des deux volontés.

532. On assiste aujourd'hui à une nouvelle tendance du droit des contrats consistant dans la prise en compte de l'attente du créancier au lieu de l'intérêt longtemps protégé et rehaussé du débiteur⁵³⁶. Dans le même ordre d'idées, le recours à la notion d'attente légitime et plus largement à la notion de confiance légitime qui sont des notions sous-entendues dans le principe de cohérence permet au juge français de préserver non seulement les comportements incohérents, mais aussi les clauses qui emportent une contradiction flagrante dans la composition du contrat et qui comme dans la notion d'économie du contrat aurait tendance à remettre en cause l'ensemble contractuel. Ainsi, que ce soit la notion d'économie du contrat ou celle d'attente légitime, nous soulignons que de nombreuses questions restent ouvertes et contribuent largement à la mise en place d'un principe global tant les réponses classiques sont éparpillées et ont tendance à remettre en cause l'efficacité des réponses à donner. Cette dilution des réponses en cas d'incohérence en droit des contrats, a tendance à laisser ouvertes de nombreuses questions, notamment sur les effets de la confiance trompée. Ce que soulignait très bien un auteur l'ensemble des réponses éparpillées en matière d'attente légitime faisait perdre de l'efficacité à la sanction. Trop de principes tuent le principe. Cette notion qui s'imposait par touches successives s'est imposée progressivement par le biais du droit communautaire.

533. Afin de trouver une certaine unité au contrat, des travaux récents ont entrepris de soutenir une l'approche la plus objective possible et renouvelée⁵³⁷. L'auteur estime que la notion d'économie du contrat peut s'analyser différemment. L'économie du contrat peut s'entendre à la fois comme un point de convergence de volonté réelle des

⁵³⁶ H. LECUYER, « Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », *LPA* 6 mai 1998, p. 44 et s. ; B. OPPETIT, « L'endettement et le droit », *Mélanges A. BRETON et F. DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 295 et s. qui parle d'un déplacement de la valeur de l'engagement et la personne du débiteur approche classique vers celle du créancier ; J. CARBONNIER confirme cette tendance en précisant ce qui fonde la force obligatoire c'est l'attente du créancier qui ne doit pas être déçue. Le débiteur n'est obligé que dans la limite de ce qu'attendait le créancier ce en quoi il pourrait s'attendre raisonnablement.

⁵³⁷ S. PIMONT, th. préc., n° 399 : « on décide de faire prévaloir une représentation globale et objective de l'accord de volontés le contrat opération. Techniquement cet accord n'est alors plus l'addition du vouloir réel de chacun des contractants mais s'incarne en un corps autonome et nécessairement objectif distinct des intérêts subjectifs des parties ».

parties au contrat et comme un moyen d'analyser concrètement le bouleversement que peut entraîner le changement de circonstances. L'auteur distingue deux tendances, d'une part, une définition positive en tant que lecture de l'opération dans sa globalité et, d'autre part, une lecture négative ou réactive, à savoir l'impact du changement sur le contrat et comment cette notion peut permettre une intrusion objective de l'imprévision dans le contrat sans le remettre en cause. En effet, dès lors qu'un événement imprévisible bouleverse le contrat, cette notion d'économie du contrat permet au juge de rétablir l'équilibre contractuel. La notion de bouleversement de l'économie du contrat permet donc une modification possible du contrat pour rétablir la volonté commune de départ adaptée au changement. La notion d'économie du contrat a ici pour but d'analyser le contrat objectivement. Contrairement à certains auteurs qui ne voient l'économie du contrat qu'à travers le prisme subjectif de l'intention des parties, il est indéniable que cette notion introduit dans l'analyse du contrat une dimension objective.

534. C'est ainsi que certains auteurs proposent une objectivation de la volonté des parties⁵³⁸. En faveur du rattachement à l'économie du contrat, un arrêt de la Chambre commerciale a estimé qu'une clause était de nature à utiliser la notion d'économie du contrat pour démontrer la marge de flexibilité de la clause en fonction des différentes attributions. Cette clause classiquement utilisée en droit maritime a pour fonction de délimiter la responsabilité des responsabilités en matière de chargement et de déchargement, elle permet de répartir les risques équitablement. Ces clauses d'allocations des risques contribuent à délimiter les risques inhérents aux opérations, on est bien dans ce cas dans la prise en compte prévisionnelle de la spécificité du contrat de droit maritime⁵³⁹. On se base sur la notion d'économie de ce contrat. Elle permet d'être une grille de lecture plus souple qui prend en compte l'objectivité du contrat et non sa subjectivité. C'est-à-dire qu'elle prend en compte son mode de fonctionnement et sa réalité et permet de reconnaître l'émergence d'un pouvoir objectif unilatéral dans le contrat. Fort du constat de la difficile application de la notion d'économie du contrat, notion à mi-chemin entre l'objectif et le subjectif, peut-on considérer qu'elle est un instrument utile au juge ?

⁵³⁸ *Ibid.*

⁵³⁹ R. RODIÈRE, *Traité général du droit maritime*, Dalloz, p. 53.

C) L'existence d'incohérences

535. Le concept d'équilibre contractuel semble utile pour expliquer certaines règles dérogatoires à la théorie générale du contrat **(1)**. Il se détache en effet du concept d'autonomie de la volonté et permet une relecture des règles particulières. Cependant, seul le concept d'équilibre contractuel ne suffit pas à lui tout seul **(2)**.

1) Le concept d'équilibre contractuel

536. Certaines règles mettant en œuvre l'idée d'équilibre portent atteinte à la liberté contractuelle et à la force obligatoire du contrat. Dans les rares cas où elles sont admises, la lésion et la révision pour imprévision apparaissent comme des exceptions importantes à des piliers juridiques qui sont la force obligatoire et l'intangibilité contractuelle. Or, la révision pour imprévision trouve son fondement dans la volonté des parties. Ce concept de révision remet en cause le paradigme de l'autonomie de la volonté. Ce nouveau concept d'une certaine autonomie de l'exécution permettrait de sortir de l'ornière de l'autonomie de la volonté. La volonté disparaît du débat et le temps s'introduit brusquement dans une volonté plus globale d'assouplissement des règles pour mieux appréhender la réalité. L'idée est la suivante : la doctrine comme la jurisprudence s'acharnaient à rechercher un fondement volontariste à des mécanismes par essence dérogatoires comme l'imprévision, la lésion, etc. Le seul point commun le réunissant était l'atteinte portée à la liberté contractuelle ou la force obligatoire. Ces différentes atteintes portaient atteinte aux principes classiques du droit des contrats. La seule manière de survivre était d'éradiquer toutes les incohérences et de rejeter l'ensemble des exceptions susceptibles de porter atteinte aux principes contractuels. Au lieu d'essayer d'intégrer le temps dans le contrat, on le rejette.

537. La jurisprudence considère que la cause pourrait être l'instrument idéal pour pallier les déséquilibres. Ce serait la cause de l'obligation puisque l'équilibre suppose

une analyse des contreparties⁵⁴⁰. Le législateur n'est pas resté figé concernant la question de l'imprévision et a essayé de remédier à la position hostile adoptée par la jurisprudence sur cette question, sans pour autant consacrer la révision du contrat pour imprévision.

538. L'admission demeure limitée. Cependant, pour le législateur français, ce qui n'est pas adopté volontiers aujourd'hui risque d'être imposé demain et l'on arrivera au stade où cette position qui a marqué le droit français appartiendra à l'histoire du droit. Le frémissement de changement de cap observable dans la jurisprudence civile démontre l'inexactitude des fondements retenus pour justifier le refus d'admission de cette théorie. L'insécurité redoutée n'était qu'une illusion comme le montre le droit comparé. Par ailleurs, ce que nous constatons depuis quelques décennies, c'est la tendance du droit privé français à contourner ce refus de l'admission par les moyens détournés de la cause, de la bonne foi et plus récemment de l'attente légitime. Ce détournement de notions révèle une admission implicite. De plus, l'instabilité qui secoue aujourd'hui le monde incite non pas à s'enfermer dans un contrat immuable, mais à choisir des moyens d'adaptation et de mutabilité⁵⁴¹.

539. Une prévision absolue de tous les cas de bouleversement est impossible. Devant ce constat d'échec, la mutabilité du contrat est une nécessité. Pour que le contrat survive, il doit s'adapter et rompre avec les idées passéistes qui n'assurent pas son plein développement. L'idée d'une clause *rebus sic stantibus* paraît souhaitable, car elle permet d'introduire en douceur une dose d'imprévision et d'adaptation. Depuis quelques années, on assiste de plus en plus à l'utilisation de techniques contractuelles considérées comme une échappatoire conventionnelle. Car en l'absence de l'admission expresse de la révision pour imprévision, les parties contractantes doivent se débrouiller en

⁵⁴⁰ J.-M. GUEGUEN, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *D.* 1999, chron. p. 356 : « la cause ou le contrôle de son existence apparaît ainsi comme formidable médium d'éradication des clauses abusives sur le fondement du droit commun des contrats et donc ouvert à tous, en particulier aux professionnels » ; D. MAZEAUD, « Contrat et conventions. Cass. com., 22 oct. 1996 », *Deffrénois* 1997, p. 333.

⁵⁴¹ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, éd. Déffrénois, 2005, p. 370.

aménageant elles-mêmes la révision de leur accord. On passe d'une révision pour imprévision implicite à une révision conventionnelle.

2) L'échappatoire conventionnelle

540. La position défavorable des tribunaux français pousse les parties à introduire dans leurs contrats des clauses spécifiques. La plupart des parties contractantes craignant un avenir pouvant déjouer leurs prévisions contractuelles insèrent volontiers des clauses de révision du contrat dans leurs accords. La proposition la plus radicale serait de prévoir dans tous les contrats de durée des clauses de révision imposant aux parties de renégocier lorsque des circonstances bouleversent l'économie du contrat.

541. L'implicite est un moyen de rendre le contrat révisable en lui rendant une ouverture qui pouvait lui faire défaut dans les textes. La doctrine autorisée définit la révision du contrat comme toute modification du contrat par rapport à son architecture originale « quels qu'en soient le motif et la source⁵⁴² ». La question est donc de savoir si les parties contractantes ont compté sur la stabilité du milieu dans lequel s'exécute le contrat. Le contrat est-il révisable même s'il ne contient aucune prévision ou stipulation allant dans ce sens ? Certains auteurs s'interrogent depuis longtemps sur la possibilité d'une révision implicite. Seulement, cette notion d'implicite était de nature à éprouver le contrat dans la mesure où elle remettait en cause sa sacrosainte intangibilité. Ce débat n'est pas nouveau et soulève à l'heure actuelle de nombreuses prises de conscience.

542. Instruits par l'expérience, les contractants s'efforcent de parer aux conséquences désastreuses de l'instabilité économique et monétaire. Du reste, l'implicite participe d'une vision globale du contrat. On restaure et on remet en ordre le contrat sans traumatisme. En somme, l'implicite favorise une certaine intelligibilité du contrat. Cette notion s'avère être un mélange entre des éléments subjectifs et objectifs du contrat ainsi qu'entre les éléments voulus et ceux imposés aux parties. Cette étude contribue donc dans ces conditions à appréhender le contrat dans sa globalité entre ce qui est dit et ce qui est sous-entendu.

⁵⁴² Ch. JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 », *Dr. & patrimoine* mars 1998, p. 46.

543. L'implicite permet d'aller très loin dans la délimitation du contrat. Cette notion appartient au registre littéraire de l'interprétation. Il paraît intéressant de pouvoir interpréter le contrat pour l'ajuster aux attentes contractuelles. Cependant, il faut distinguer le risque interne du contrat, c'est-à-dire le développement du contrat au-delà de ce qui était prévu, du risque dit extérieur découlant de la force majeure et l'imprévision et vécu comme un fait externe. Ces deux types de risques se chevauchent.

544. Le contrat est à la fois ce qui est écrit et ce qui est sous-entendu et par l'implicite on peut comprendre les attentes mutuelles des cocontractants sans l'expliquer vraiment. L'idée de l'implicite permet d'introduire une dose de flexibilité dans le contrat en contournant de manière indirecte le rejet de l'imprévision. En somme, cet implicite est mis à la disposition du juge et des parties pour perfectionner le contrat.

545. Alors que certains projets et auteurs⁵⁴³ estiment que la cause devrait disparaître du droit français, il semble pourtant qu'elle constitue une réponse adéquate pour sécuriser la relation tout au long du contrat. Évidemment, cet assouplissement du contrat comporte des risques, ainsi faut-il encadrer cette généralisation de la cause. Dans certains contrats, en particulier dans les contrats de durée, la notion de temps fait son apparition et le maintien de l'exigence de la cause tout le long du contrat permet d'assouplir le contrat en y introduisant une dose de réalité. La cause n'est-elle pas le cheval de Troie de l'imprévision ?

546. La recrudescence de règles dérogatoires confirme que le rapport actuel contractuel n'est plus adapté aux exigences de la société et il est indéniable qu'introduire une dose d'autonomie dans l'exécution procure au contrat une certaine adaptabilité. « Le véritable statut de la cause contribue à humaniser le principe de force obligatoire et donc le contrat lui-même. L'idée est de mettre les cocontractants au cœur de la finalité du contrat et de faire vivre au-delà de la formation cette volonté initiale. Un auteur dénonce alors le paradoxe suivant à savoir que maintenir le contrat en bonne et due forme tel quel depuis la formation conformément à ce qui a été convenu

⁵⁴³ Projet de réforme du Code civil du 17 janv. 2014 défendu au Sénat par C. TAUBIRA, garde des Sceaux.

entraînerait eu égard à l'exécution une violation des aspirations des parties et donc en quelque sorte de leur volonté⁵⁴⁴ ».

547. La notion pluraliste de cause se confond parfois avec d'autres concepts comme l'économie du contrat. Elle participe à la restauration possible du contrat en cas de déséquilibre contractuel. La cause permet un contrôle efficace de l'équilibre du contrat et si elle suscite des interrogations quant à son impossibilité d'être d'harmonisée dans les différents droits nationaux, les études doctrinales révèlent son rôle essentiel. Cette analyse de la cause est complétée par une analyse de la bonne foi et du comportement de la partie contractante. La bonne foi est une technique de prise en compte de la réalité du contrat à la lumière du comportement des parties. Ce dernier est un bon indice de la réalité et de l'état de la relation contractuelle. La bonne foi est un concept qui élargit ou restreint la durée de vie du contrat en fonction du comportement des parties. « C'est dans cette perspective qu'il faut situer l'emploi interprétatif de la bonne foi afin de compléter un contrat imparfaitement formé⁵⁴⁵ ».

⁵⁴⁴ A.CERMOLACCE, thèse précitée

⁵⁴⁵ E. MACKAY, « L'économie de la bonne foi contractuelle », *Mélanges J. PINEAUX*, éd. Yvon Blais, 2003, p. 421, spéc, p. 435.

CONCLUSION DE SECTION 2

548. C'est cette cause à géométrie variable qui a condamné la cause contemporaine. En effet, en lui donnant une réalité diluée et en ne comprenant pas l'enjeu de changement de paradigme du contrat, la cause reste un élément de brouillage au lieu d'être un élément de clarification. Alors que l'auteur reste persuadé que la cause est le socle du contrat, sa matrice et que c'est sur cette matrice qu'il a pu comprendre l'importance de la création d'un modèle alternatif qui utilise la cause comme instrument de création du nouveau modèle contractuel. Ce sont toutes les problématiques de la cause qui ont révélé la nécessité d'un nouveau modèle.

CONCLUSION DE CHAPITRE 2

549. La prise en compte de l'évolution des circonstances pendant l'exécution du contrat correspond à un progrès dans les rapports contractuels pour ne pas dire une nécessité aujourd'hui. C'est la raison pour laquelle il paraît judicieux de tenter d'adapter le principe de la force obligatoire. En effet, en l'assouplissant plutôt que de devoir multiplier les exceptions plus ou moins générales l'affectant au risque d'en renverser la logique. Ce que n'a pas compris la réforme a priori en éliminant la cause, facteur de complications et actant sa dilution. Alors que, depuis au moins une décennie, il a paru nécessaire que la cause puisse apporter une dimension nouvelle en comprenant bien que l'enjeu était l'introduction dans le contrat de la dimension objective du contrat, mais plus encore de la prise en compte de la réalité dans la relation contractuelle. Il s'agit de faire une lecture plus large du principe d'intangibilité en s'attachant davantage à ce que la notion de volonté exprime, c'est-à-dire la poursuite d'une finalité par les contractants.

550. Ainsi, l'apparence de cause comme comprise et comme étant un élément figé à la formation selon le Code civil de 1804 ne semblait pas toujours conciliable avec le principe d'intangibilité. Or la cause constitue un fondement général, puisqu'elle concerne tous les contrats. Et de ce constat, il semble que le concept de la cause repris dans plusieurs acceptions comme l'économie du contrat ou même dans la réforme, remplacé par la notion d'intérêt, semble être indispensable au contrat en général et particulièrement au contrat dans la durée.

CONCLUSION DU TITRE II

551. Pendant des années, le Code civil a ignoré la durée, que ce soit celle nécessaire à la formation du contrat ou celle de son exécution. S'il distingue bien la formation et l'exécution du contrat, le Code civil ne fait pas de distinction entre les contrats à exécution instantanément et ceux qui s'exécutent dans la durée. Le contrat instantané devenu le contrat de référence, le modèle matriciel. La vente au comptant est le paradigme du droit des contrats. Ce contrat a imposé une forte présentation contribuant largement à créer un ensemble cohérent et clos. Une fois le contrat conclu, il devenait intangible et statique : « s'imposant aux parties, à la volonté desquelles il échappe désormais, s'imposant au juge, en principe impuissant à le modifier, et au législateur dont la loi nouvelle ne peut produire sur lui aucun effet⁵⁴⁶ ». Ce contrat complet s'oppose donc un autre type de contrat qui serait susceptible de remettre en cause la clôture du système. Aussi, loin d'être un phénomène exceptionnel, la plupart des contrats se développent dans le temps et ce n'est qu'une fois ce constat établi que l'on peut progressivement saisir l'influence de la durée sur les concepts classiques. C'est dans cette perspective que le fondement même de l'autonomie de la volonté est battu en brèche, notamment en droit public et comparé. Ainsi, le développement de contrats dans la durée semble avoir un impact non négligeable sur le modèle contractuel. On assiste à un dévoiement des concepts classiques comme la cause et la bonne foi pour tenter de préserver la force obligatoire du contrat. Mais sans renouvellement des fondements de la force obligatoire, le temps comme la durée va heurter de front la conception traditionnelle du contrat. Qu'il s'agisse des clauses contractuelles, de la bonne foi ou de la cause, ces différents concepts restent des artifices qui contribuent à modérer les nouvelles atteintes faites au contrat. Face à l'éclatement du modèle, revisiter certains concepts à la lumière d'une nouvelle analyse du contrat permettrait de consacrer un nouveau modèle plus favorable à une certaine imprévision, à une certaine incomplétude du contrat sans toutefois sacrifier à la sécurité juridique.

⁵⁴⁶ C. GUELFUCCI-THIBIERGE, « Libres propos sur la transformation du contrat », *RTD civ.* 1997, p. 357.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

552. Le droit positif maintient son attachement au modèle contractuel de l'échange et persiste dans le traitement éclaté des solutions et concepts épars de nature à permettre une certaine adaptation du contrat dans le temps. Pourtant, à défaut d'admission d'un autre modèle alternatif pour appréhender davantage l'impact de la durée sur le contrat dans le temps. Il faut dépasser cette vision monolithique du contrat, car en aucun cas ce modèle unique de l'échange ne peut, à lui seul, répondre aux problématiques de temps sans recourir aux concepts contractuels de manière détournée et dévoyée. Ce recours aux différents concepts contractuels a contribué à faire émerger un droit susceptible d'assouplir l'intangibilité du contrat. Cet enfermement du temps dans le contrat a induit une utilisation dévoyée et excessive des concepts contractuels pour permettre une exécution plus souple par rapport à l'enfermement de la prévision dans la formation.

553. La réforme de l'ordonnance du 10 octobre 2016, en intégrant l'ensemble des décisions jurisprudentielles, c'est-à-dire en intégrant le droit vivant, pousse une réflexion plus avancée sur le modèle et rend compte de l'ensemble des fissures que cela induit pour le modèle unique. Cette prise en compte de l'émergence potentielle d'un régime juridique qui pourrait être différent aggrave la cohérence d'ensemble recherchée. « Parce que le droit des contrats a été conçu par les rédacteurs du code civil, relayés par la jurisprudence, en contemplation de l'échange, il n'est pas en mesure d'appréhender la coopération économique⁵⁴⁷ ». En effet, des caractères très différents portent à modifier l'ensemble des concepts qui seraient à l'origine d'un changement de paradigme. Là où l'échange repose sur un rapport de réciprocité, l'opération de durée, dans ce cadre complet et enfermé de l'échange a tendance à éclater les concepts.

⁵⁴⁷ S. LEQUETTE, « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêts communs », *D.* 2016, p. 1148.

554. Aussi la multiplication des catégorisations dans les contrats spéciaux a précipité la reconnaissance du développement de l'unilatéralisme dans le contrat, alors qu'*a priori* une certaine égalité dans les rapports contractuels était recherchée comme un dogme absolu⁵⁴⁸. Pourtant, cet accroissement des inégalités de fait et la catégorisation progressive des parties en fonction des contrats passés permet de « reconnaître que le contrat est désormais un lieu de pouvoir que l'une des parties, la partie forte, détient sur l'autre⁵⁴⁹ ». Ce pouvoir est bien souvent unilatéral et bouleverse l'économie du contrat en général en admettant la remise en cause de la conception initiale du contrat.

555. Les obligations de chacune des parties ont été fixées en considération des circonstances économiques contemporaines de l'échange des consentements. Lorsque les circonstances économiques changent profondément, les prestations réciproques vont se déséquilibrer. De nombreux exemples illustrent ce propos et dans de telles situations se pose la question de savoir si l'on peut réviser le contrat. Ce problème soulève celui de l'imprévision et donc un certain interventionnisme. C'est dans ces conditions que progressivement le juge a apporté différentes solutions appuyées souvent par une doctrine abondante⁵⁵⁰. L'admission généralisée de cette révision contribue largement à fissurer le contrat « classique » enfermé et hors du temps.

556. À la lecture de l'ensemble du droit des obligations, la question qu'on peut se poser est de savoir si le droit est « chronophobe »⁵⁵¹. Serait-il insensible à tout changement de circonstances ? Serait-il insensible à tout déséquilibre ? Déséquilibre de départ dans les contrats d'adhésion ou déséquilibre en cours d'exécution qui serait

⁵⁴⁸ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, éd. Thémis, 2011, p. 426 : « La réalité sociale n'a jamais correspondu aux postulats proclamés ».

⁵⁴⁹ P. LOKIEC, thèse préc.

⁵⁵⁰ P. VOIRIN, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, thèse Nancy, 1922 ; M. EL-GAMMAL, *L'adaptation du contrat face aux circonstances économiques : étude comparée de droit civil français et de droit civil de la République arabe unie*, préf. A. TUNC, LGDJ, 1967 ; J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, (dir.) P. DURAND, LGDJ, 1960, p. 218 et s.

⁵⁵¹ A. ETIENNEY, *La durée de la prestation, essai sur le temps de l'obligation*, préf. Th. REVET, LGDJ, 2008, n° 12.

caractérisé par un changement de circonstances ? En effet, il est souvent reproché au Code civil de ne pas prendre en compte les nouvelles valeurs que sont la pérennité et l'équilibre contractuels⁵⁵². Si apparemment ces problématiques ont été insuffisamment abordées, il est intéressant de percevoir dans certains types de contrats une certaine confrontation avec le temps. La doctrine autorisée⁵⁵³ considère que la durée n'a jamais été prise en compte par le Code et que c'est la jurisprudence et la pratique contractuelle qui ont largement contribué à établir un régime qui lui est propre aujourd'hui. D'autres auteurs⁵⁵⁴ considèrent que la durée n'a jamais été une donnée fondamentale du contrat et ne doit pas l'être. Même si le contrat et la durée semblent avoir été occultés, il est évident que devant certains nouveaux contrats sujets à de nombreuses fluctuations, l'on doit prendre en compte le temps et son rôle dans le contrat. Dans les contrats dits spéciaux, l'impulsion est déjà donnée de permettre une certaine adaptation.

557. C'est ce façonnage qui permet à la théorie générale d'évoluer au contact d'influences variées. C'est en 1985 que la faculté de Poitiers organisa les premières journées Savatier consacrées à l'évolution contemporaine du droit des contrats. Ainsi, le doyen Carbonnier avança l'idée de réserver une place pour la théorie générale des

⁵⁵² O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2012.

⁵⁵³ V. en ce sens J. ROCHFELD, « Au croisement du droit de la concurrence et du droit civil : l'avènement de la relation contractuelle ? », *RDC* 2006, p. 1033 et s. : « le vieux code civil et son vénérable code n'avaient pas intégré la durée dans l'exécution des contrats » ; v. égal. du même auteur, « Les modes temporels d'exécution des contrats », *RDC* 2004, p. 47 : « la durée d'exécution du contrat et son mode d'exécution n'apparaissent pas dans le temps, ni dans le code Civil ». – Adde, D. FENOUILLET, « Les effets du contrat entre les parties », in *Pour une réforme du droit des contrats*, (dir.) Fr. TERRÉ, Dalloz, 2009, p. 243 et spéc. p. 244, au sujet de la portée temporelle du contrat l'auteur remarque que c'est la jurisprudence et la pratique contractuelle qui font évoluer le droit et en particulier sur la question du régime de durée ; Ch. JAMIN, « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, (dir.) M.-A. FRISON-ROCHE, Dalloz, 2006, p. 183 : l'auteur considère que le contrat est réputé à exécution instantanée.

⁵⁵⁴ R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mélanges J.-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 210 et s.

contrats spéciaux ajoutant qu'il en existe une amorce à l'article 1101 du Code civil⁵⁵⁵. De son côté, un autre auteur estime qu'il faut de toute urgence une théorie des contrats spéciaux pour éviter que la théorie générale ne tourne à vide⁵⁵⁶. C'est d'ailleurs l'expression « droit commun spécial » qui semblerait être la plus juste dans la mesure où l'expression « droit commun des droits spéciaux » ne rendrait pas la même réalité. En effet, la spécialité s'attache moins aux contrats eux-mêmes qu'au droit qui les régit. Il s'agit d'un droit commun puisqu'il dépasse les catégories spéciales connues, mais il s'agit d'un droit spécial puisqu'il n'a pas à régir tous les contrats. C'est dans cet état d'esprit que le droit des contrats spéciaux contribue à compléter l'arsenal juridique de la théorie générale et la pousse à évoluer.

558. On constate de plus en plus que la notion de contrat en droit européen peine à émerger et les différents attributs du contrat et les règles tangibles ne sont pas unifiés, mais coexistent⁵⁵⁷. Cette coexistence remet en cause une notion générale d'un contrat unifié et européen qui fait défaut. Dans cette perspective, l'adoption de différents concepts de nature à assouplir les règles de l'intangibilité et de renforcer une certaine force obligatoire ne devrait pas avoir pour conséquence une désagrégation du contrat, mais plutôt un enrichissement de notre théorie générale. « Si l'Union a été construite par le droit il est vrai en effet que le droit se présente par des concepts et des méthodes différentes des concepts et méthodes nationaux. C'est une grammaire différente à apprendre à comprendre. Loin de raisonner par catégorie juridique en utilisant des qualifications nationales, l'ordre communautaire avance par des objectifs qui façonnent les outils juridiques⁵⁵⁸ ». Il convient de noter que le même phénomène s'applique entre les contrats spéciaux et la théorie générale du contrat.

⁵⁵⁵ J. CARBONNIER, « Introduction », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986, p. 31.

⁵⁵⁶ Ph. JESTAZ, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986, p. 135.

⁵⁵⁷ J.-S. BERGE, « Coexistence du droit communautaire et du droit des contrats », *RDC* 2005, p. 1197.

⁵⁵⁸ S. POUILLOT-PERUZZETTO, « Trajectoire du droit et construction européenne », *RJC* 2006, p. 203, spéc. p. 210.

559. La réforme depuis quelques années s'oriente vers un certain réalisme contractuel. Le but de ces réformes est de remettre la relation contractuelle au centre du débat. La première étape est de rendre compte de la réalité des différents droits spéciaux qui seraient susceptibles de répondre aux problématiques des contrats de durée. C'est dans ce contexte que le droit va rejoindre les difficultés des contrats plus atypiques pour mieux appréhender la réalité. Mais cette réflexion entre la théorie générale et la réception d'un droit commun spécial passe par un décloisonnement du droit vertical pour une lecture transversale des différents régimes⁵⁵⁹.

560. Les règles et même certains pans de l'analyse du droit des contrats ne sont pas pris en compte. En plus de cette réalité, des droits se sont juxtaposés tels le droit européen, le droit de la concurrence, les droits de l'homme. Le droit contemporain est éclaté entre plusieurs droits, plusieurs systèmes et plusieurs principes. C'est dans ce contexte qu'il appartient aux juristes de remettre de l'ordre notamment dans la perspective d'une prochaine recodification.

561. Le droit des obligations a nécessairement évolué depuis 1804. Les principes paraissent intangibles et gravés dans le marbre. Pourtant, à force d'exceptions et de dérogations certains grands principes se fissurent et on finit par se poser la question de la légitimité de la règle, c'est le cas de notre principe de la théorie de l'imprévision⁵⁶⁰ au nom de la protection de la partie faible et de la protection du contrat. Un auteur souligne

⁵⁵⁹ A. BÉNABENT, « Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux », in *Le Code civil 1804-2004 : livre du bicentenaire*, Dalloz/Litec, 2004, p. 245, spéc. p. 250 et s. Dans cet ouvrage l'auteur est favorable « à un décloisonnement des qualifications par des théories spéciales et un renoncement au classement vertical au profit de régimes transversaux s'attachant non plus à opposer des contrats définis les uns aux autres mais à établir des corps de règles liés à l'objet et à la fonction de tel ou tel type d'obligations quel que soit le contrat précis dans lequel elle vient s'insérer ».

⁵⁶⁰ Cass. civ., 6 mars 1876, *GAJC*, 2008, Dalloz, t. 2, n° 165 ; Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67369, *D.* 2010, p. 2485, note T. Genicon ; *D.* 2011, p. 472 obs. S. Amrani-Mekki ; *RTD. civ.* 2010, p. 782, obs. B. Fages ; *RTD civ.* 2011, p. 87, obs. P. Deumier ; *JCP G.* 2011, 63, obs. J. Ghestin ; *RDC* 2011, p. 34, obs. É. Savaux.

ainsi le cas de cette théorie qui oscille entre un non catégorique et une timide ouverture⁵⁶¹.

562. En fait, la réforme a déjà eu lieu, car « deux cents ans de jurisprudence civile ont considérablement modifié la lettre du code⁵⁶² ». L'auteur poursuit en considérant qu'elle ne se voit pas assez. Il existe un décalage entre le droit codifié et le droit prétorien. Cet état de fait ne favorise pas l'unité et la matière est menacée d'éclatement. De plus, les textes de portée générale sont concurrencés par des règles spéciales⁵⁶³. Le droit de la consommation comme le droit commercial tente d'imposer ces règles progressivement et de remettre en cause la matrice originelle du droit des contrats qui est le Code civil.

563. L'introduction en droit français de la révision ou de la résiliation introduit une évolution majeure pour ne pas dire une révolution. Lorsqu'il s'agit du bouleversement de l'équilibre des obligations par un changement de circonstances, notre système repose aujourd'hui encore sur le principe énoncé en 1876 par le célèbre arrêt canal de Craponne : « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux quelque équitable que puisse leur paraître leur décision de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ». Le débiteur peut donc être contraint d'exécuter les obligations telles qu'elles ont été initialement prévues et le contrat peut être résilié à ses torts s'il n'y parvient pas. Tout juste peut-il espérer que le créancier accepte de rediscuter les termes de l'accord. Dans ce domaine le droit français est en contradiction avec la plupart des droits étrangers. C'est en partant de ce constat que la plupart des juristes se sont interrogés sur le fait de savoir dans quelle

⁵⁶¹ J.-B. SEUBE, « La réforme du droit des contrats vaut bien une ordonnance », *Journal des Sociétés* avr. 2014, p. 8.

⁵⁶² J.-B. SEUBE, art. préc., p. 9.

⁵⁶³ Par exemple les clauses abusives de l'article L. 132-1 du Code de la consommation doivent-elles être cantonnées uniquement aux rapports entre un professionnel et un consommateur ou ont-elles vocation à être généraliser à tous les rapports contractuels. L'article L. 442-6-I-2° du Code de commerce n'est-il pas en train de se généraliser et influence d'ores et déjà le droit commun. Par cet article, c'est le nouveau droit commun de la rupture contractuelle qui tente de s'imposer.

mesure dans les contrats spéciaux d'une part et dans les contrats de droit commun d'autre part cette théorie peut-elle s'imposer ?

564. Le droit des contrats, en théorie du moins, se donne pour objectif ultime de protéger l'équilibre contractuel au cours de l'exécution du contrat. À l'heure où le droit des contrats a fait l'objet de nombreux projets successifs, il paraissait important de comprendre l'enjeu de cette question sur la réalité du contrat. La durée impose en effet, un changement du centre de gravité du contrat, source de perturbations pour la théorie générale du contrat. Or, l'indifférence de la durée contribue au rejet de solutions effectives pour le contrat et maintient la théorie générale dans un certain désordre voire même une certaine incohérence.

565. En effet, selon Denis Mazeaud⁵⁶⁴, la reconnaissance de « la durée constitue un prisme qui permet d'entrevoir quelques unes des tendances lourdes de l'évolution du droit des contrats que sont, entre autres, le pullulement des statuts contractuels particuliers, l'empiètement des droits spéciaux, tels le droit de la consommation et le droit de la concurrence, sur le droit commun des contrats, le phénomène de judiciarisation du contrat par le biais notamment du contrôle de l'abus, l'avènement du pouvoir unilatéral dans le contrat, l'apparition de nouveaux devoirs imposés aux contractants : loyauté, cohérence, motivation, coopération, etc... ». Ainsi, la non prise en compte de la durée bouleverse les frontières entre la formation et l'exécution du contrat et ne permet pas un rééquilibrage à l'exécution, tout en masquant les enjeux politiques, économiques et sociaux de cette question. Deux conceptions ont émergé dans les différentes réformes, les libéralistes plaçant pour une certaine précarité contractuelle soumis au marché et les solidaristes qui prêchent pour une certaine pérennité du lien contractuel. C'est dans ce contexte que les réformes ont tendu à tenter de clarifier le modèle contractuel, face à un contrat dans la durée en totale mutation. Mais, ces réformes en maintenant le contrat sous le prisme de l'instant et sous la logique de l'échange a réduit sa dimension à un contrat hors du temps, il est tant de réfléchir à un contrat dans le temps, et de son temps.

⁵⁶⁴ D. MAZEAUD, « Durées et ruptures », RDC 2004, p. 132 et s.

SECONDE PARTIE

**POUR UNE VRAIE RÉFORME :
L'EMANCIPATION DE L'EXECUTION SUR
LA FORMATION, UN CONTRAT DANS LE
TEMPS**

566. La réforme de 2016 n'est pas allée assez loin. En effet, elle a consacré la plupart des apports jurisprudentiels qui posaient problème ou plutôt qui étaient devenus le droit vivant et appliqué. Cependant, sans s'inscrire dans une réflexion plus globale, cette réforme restait insuffisante et incomplète. Or, depuis quelques années ont émergé, de manière concrète, des alternatives au modèle unique du contrat échange. L'émergence d'un nouveau modèle était donc pressentie et aurait permis de concevoir le droit des contrats autrement.

567. Dans le prolongement de cette idée, face à un déséquilibre pour le contrat, il aurait été bon de construire un contrat susceptible de prévenir les problèmes liés à cet événement. En effet, en concevant le droit des contrats de façon non pas statique, mais dynamique, la finalité poursuivie devenait l'objet principal du contrat.⁵⁶⁵ D'après certains auteurs, il s'agit même de concevoir le contrat comme un *continuum* normatif⁵⁶⁶.

568. Ainsi, il était observé dans certaines catégories de contrats que des convergences apparaissaient dès qu'il s'agissait de contrats de longue durée⁵⁶⁷. Des conceptions dites ouvertes à un certain étirement du contrat surgissaient alors. Dans ces conditions la loyauté et la flexibilité semblaient être des outils privilégiés pour construire un contrat moins statique et plus dynamique.

⁵⁶⁵ M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, p. 361 et s., spéc. n° 11 : « si l'on se représente le système juridique comme un ensemble statique de règles techniques coordonnées, la question des objectifs, des fins, des visées, d'une part, ne produit pas d'effets particuliers, surtout pas contraignants. Mais si l'on adopte du droit une conception systémique et dynamique, lequel se fonde sur les objectifs, qui lui fournissent sa normativité et vers lesquels se déploient d'une façon maximale les règles juridiques instrumentalisées, les fins poursuivies deviennent l'objet premier du pouvoir juridique et ce en quoi la normativité est la plus forte. La protection constitutionnelle doit donc porter sur les fins ».

⁵⁶⁶ C. POMART, « Les dispositions légales non normatives : une invitation à penser la normativité en termes de *continuum* », *RRJ* 2004, p. 1679 et s.

⁵⁶⁷ Sur ces contrats, v. not. I.R. MACNEIL, *The new social contract. An inquiry into Modern Contractual Relations*, éd. Yale University Press, 1980, p. 20 ; P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », *Mélanges Fr. TERRÉ*, Dalloz, 1999, p. 635.

569. Le contrat pouvait être ainsi envisagé comme un *continuum*, c'est-à-dire un contrat étiré⁵⁶⁸. En effet, la spécificité du contrat est de produire des effets de droit par un accord de volontés. C'est l'accord des volontés ou plus précisément l'échange des consentements qui faisaient naître la règle. M. Rouhette⁵⁶⁹ distingue à cet égard le contrat issu de normes et le contrat en tant que procédure. La différence entre la formation et l'exécution du contrat souligne cette distinction. En réalité, son originalité a son siège dans l'étirement du contrat et de la norme contractuelle. La définition du contrat est fondée sur l'engagement créateur d'attentes légitimes. Les attentes légitimes justifient que le regard porte sur la possibilité d'exécuter le contrat.

570. Au regard de la première partie, on étudia plus l'impact d'une certaine prise d'autonomie de l'exécution ainsi que sa possible réception en droit français. Mais au-delà de cet impact, c'est la recherche d'une nouvelle catégorie de contrats évolutifs et qui serait à même de proposer une mise en cohérence du droit des contrats c'est-à-dire une alternative plus concrète que de consacrer seulement la jurisprudence. La réforme de 2016 a tenté de pratiquer un certain tour de force afin d'esquisser une mutation fondamentale de notre modèle contractuel en exploitant les décisions rendues en ce sens, afin de canaliser les éventuels écarts de la norme contractuelle, notamment dans les problématiques d'imprévision.

571. Cependant, même si la gestion de l'imprévision par la cause ou par la bonne foi était de nature à permettre un certain décloisonnement de la théorie contractuelle de l'instant, la gestion en tant que telle était calamiteuse dans les faits et ne réalisait pas une mutation suffisante. Elle contribuait, en effet davantage à la confusion et eut pour conséquence de chercher des boucs émissaires, la cause étant le concept flou et tout trouvé en le rendant responsable de tous les maux. De plus, la doctrine et les différents commentaires en particulier sur la cause rajoutaient à la complexité de la chose en rendant les résultats confus et inadaptés. Ces réponses allant même parfois jusqu'à couper de son fondement les solutions. Comme nous le verrons à propos de la notion de cause, la notion se dénature, en la rendant encore moins lisible. Comme le souligne un

⁵⁶⁸ G. BUSSEUIL, th. préc.

⁵⁶⁹ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris 1965.

auteur, il s'agit de « la chose sans le mot⁵⁷⁰ ». Cette confusion et cette complexité sont à la source de l'insécurité juridique du contrat. D'autant que même si la cause en tant que « mot » est supprimée, un ensemble de dispositions et de textes destinés à énoncer directement les solutions que le droit positif attache à cette notion lui sont substitués⁵⁷¹.

572. Il paraissait pourtant étonnant de remettre en cause la notion de cause pour sa complexité alors qu'elle fut la seule notion compatible avec la recherche d'une alternative avec le contrat complet en redessinant les contours possibles d'un contrat qui s'émancipe de la formation à l'exécution sous l'impulsion puissante d'Henri Capitant. En effet, dans notre recherche c'est la reprise de l'intuition majeure de Capitant qui a retenu toute notre attention dans la mesure où il consacrait une certaine forme d'émancipation dès l'exécution. Cette première intuition a en effet permis d'ouvrir le débat sur l'éventuelle possibilité d'incomplétude contractuelle dans la formation, la cause devenant non pas un élément figé à la formation, mais s'inscrivant dans la dynamique de l'exécution et contrôlant l'équilibre du contrat dans la deuxième période du contrat : l'exécution.

573. Partant de ses intuitions et avant de militer profondément pour l'émergence d'un nouveau modèle contractuel, plus exactement d'une nouvelle alternative qui prendrait en compte les différents apports épars des différents textes et jurisprudence, il convenait de mettre à l'honneur cette notion de durée et plus particulièrement de contrat de durée qui serait de nature à apporter une cohérence d'ensemble au droit des contrats. En effet, c'est la notion de durée qui impose de mener une réflexion sur la distinction entre la formation et l'exécution du contrat dans un contrat qui s'exécute dans la durée.

574. En effet, le choix de limiter le modèle contractuel à l'instant, c'est-à-dire au modèle contractuel de la vente au comptant a justifié une réflexion très limitée sur le contrat. Cependant, fort de ce constat, cette recherche a eu pour mérite de faire émerger un nouveau concept juridique qui est relayé par les prémisses de certains apports de la

⁵⁷⁰ G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot », *D.* 2015 p. 1557.

⁵⁷¹ *Ibid.*

réforme. Cependant ces mêmes apports furent épars et limités et ont contribué à révéler les limites de l'unicité d'un seul modèle qui nie concrètement l'importance de la durée et qui bute en permanence sur la pertinence de la voie unique, plus exactement du modèle unique.

575. Dans cette voie, la considération de la durée et surtout de son influence a contribué à remettre en cause les limites d'un système dépassée et limitée. Nous nous attacherons à démontrer que le contenu de cette nouvelle conception du contrat et spécialement du contrat de durée déconnecte le contrat progressivement des volontés initiales pour s'attacher à la réalité objective du contrat, la volonté objective des parties. Dans ce processus, le contrat va au-delà de l'échange par le développement de l'unilatéralisme dans le temps de l'exécution dans le cadre du contrat de longue durée. L'exécution se détache du socle de la formation et s'objectivise au contact de la réalité contractuelle. On passe de la volonté interne à la volonté objective, c'est à dire de la volonté à l'attente⁵⁷².

576. Même s'il n'est pas remis en cause que le contrat repose par principe sur l'accord, pourtant il est constaté l'émancipation d'un pouvoir au sein du contrat depuis quelques décennies. La prise en compte de la décision unilatérale serait justifiée non pas par la volonté contractuelle mutuelle initiale, mais par un contrat considéré comme un bien commun et qui dépasse le seul consentement des parties. Dans ce cas de figure, on considère que comme le cocontractant n'y consent pas, il est important d'entourer ces décisions unilatérales d'un maximum de contrôles garantissant la prise en compte des intérêts du destinataire de la décision⁵⁷³. À travers le développement de l'unilatéralisme dans le contrat, c'est la notion même de contrat qui change de paradigme puisqu'elle permet un certain unilatéralisme jadis plus que contraire à l'essence même du contrat.

⁵⁷² LOKIEC, *Contrat et Pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. LYON- CAEN, LGDJ, 2004, p.132

⁵⁷³ *Ibid.* : « il n'est pas question ici du contrat unilatéral, lequel appartient au registre du contrat et non celui du pouvoir ; on peut ajouter que les réflexions actuelles sur l'unilatéralisme vont bien au-delà de l'analyse du contrat unilatéral ».

577. Devant en effet, la multiplication de nouvelles situations contractuelles inégalitaires dans les contrats de longue durée il a été remis en cause l'idée d'égalité abstraite poussant à reconnaître l'émergence d'inégalités de fait dans le contrat. Cette prise en compte de cet état de fait est à l'origine de la légitimation d'un pouvoir judiciaire encadrant le développement de ce pouvoir unilatéral afin de pallier les déséquilibres naissants. « Dès lors que l'un des contractants n'a pas été à même de défendre librement et rationnellement son intérêt, le contrat n'a plus les mêmes raisons d'être intangible⁵⁷⁴ ». Ainsi, le développement du pouvoir unilatéral dans le contrat s'accompagne nécessairement d'un contre-pouvoir de rééquilibrage et tend à remettre en cause le modèle classique du contrat échange. Mais plus que le contrat échange, il a tendance à remettre en cause le contrat pour le rapprocher du contrat de société en tant que contrat possédant un *affectio contractus* d'autant plus fort qu'il s'exécute dans la durée. Mais quel est le lien entre le développement de l'unilatéralisme et la montée en puissance d'une autre forme de contrats ? Sommes-nous dans le même cheminement ? Est-ce que le développement de l'unilatéralisme dans le contrat a contribué à faire émerger le nouveau modèle contractuel que l'on propose ?

578. Il est intéressant de noter que l'unilatéralisme qui appartient à la culture du droit public se développe en droit privé des contrats. En effet, le rapport entre le contrat et le développement contemporain de l'unilatéralisme n'est certes pas nouveau. Certains auteurs se posent la question d'une influence potentielle du droit public sur le droit privé⁵⁷⁵. En effet, selon un auteur⁵⁷⁶ le droit des contrats administratifs est sans doute une source d'inspiration pour le droit privé. Et on voit bien qu'au cœur de notre sujet les divergences entre le juge administratif et le juge judiciaire en matière d'imprévision sont de nature à remettre en cause les solutions toutes faites et à mener une réflexion plus large et peut être à imposer un détour par le droit public pour tenter de répondre efficacement aux problématiques du droit privé d'aujourd'hui. L'auteur considère de fait

⁵⁷⁴ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, éd. Thémis, 2011.

⁵⁷⁵ J.-B. SEUBE, « Contrats de droit privé – contrats administratifs : points de convergence »?, *RJOI* 2005/2006, p. 39.

⁵⁷⁶ F. CHENEDE, « Illustrations sectorielles, droit des contrats », *Revue de Droit Henri Capitant* 30 déc. 2012, n° 5.

que l'unilatéralisme figure classique du droit administratif s'est récemment épanoui dans la jurisprudence judiciaire.

579. Mais ce n'est pas tant le développement de l'unilatéralisme en tant que concept juridique récent qui a envahi le droit privé des contrats, qui nous préoccupe, mais c'est plutôt la nouvelle réalité contractuelle face à une certaine crise de confiance du contrat traditionnel, il faut admettre que l'on est en phase d'adaptation. Depuis quelques décennies, les principes traditionnels qui fondent la théorie générale du contrat n'apparaissent plus en adéquation avec la réalité économique des relations contractuelles. Toutefois, ce n'est pas les fondements qu'il faut changer, mais la manière de les penser⁵⁷⁷. En effet, on assiste à une réorientation de la force obligatoire du contrat dont la finalité nouvelle est axée sur la pérennité du contrat. Fort est de constater qu'en isolant le contrat de son contexte, la théorie classique compromet toute idée de pérennité contractuelle dans le temps. À l'inverse, une théorie renouvelée du contrat pourrait permettre l'émergence d'une relecture de la force obligatoire si cruciale dans les contrats de longue durée. C'est donc en réorientant la force obligatoire du contrat que l'on abandonne toute référence à une conception traditionnelle et on favorise l'émergence des prérogatives unilatérales, en libérant le carcan du contrat du modèle classique.

580. Pourtant même s'il serait paradoxal *a priori* de consacrer le développement de l'unilatéralisme dans le contrat⁵⁷⁸. En effet, l'unilatéralisme est l'aptitude d'une personne à créer des effets de droit par l'expression de sa seule volonté. Or, le contrat se doit d'être *a priori* la synthèse des volontés des deux parties à travers, d'une part, le consentement et, d'autre part, cette synthèse doit continuer à se réaliser dans une exécution acceptée et acceptable tout le long du contrat. Cependant, cette exécution acceptée et acceptable est une articulation qui crée une certaine indépendance de l'exécution par rapport à la formation. Cette désarticulation du contrat justifie une certaine remise en cause de la formation et une possible reprise de l'engagement

⁵⁷⁷ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, préf. S. CHASSAGNARD-PINET, éd. Mare & Martin, 2014.

⁵⁷⁸ L. AYNÈS, « Rapport introductif », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, (dir.) C. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, 1999.

compatible avec la réalité du contrat en cours afin d'assurer activement et réellement la pérennité du lien. Pour ce faire le droit des obligations a fait entrer dans son jeu le développement de l'unilatéralisme en admettant la prise de pouvoir de l'une des parties. Ce pouvoir unilatéral permet de répondre efficacement à la problématique du contrat de durée en autorisant davantage de souplesse au cours de l'exécution.

581. Dans l'exécution, en cas d'excès de ce pouvoir, le juge pourra intervenir. Le droit positif actuel accorde à l'unilatéralisme une place de plus en plus importante et contribue à déplacer le centre de gravité du contrat vers l'exécution. De façon directe nous allons le voir en accordant au temps de l'exécution une possible détermination unilatérale du prix dans les contrats de longue durée⁵⁷⁹ ainsi qu'une extension de la clause abusive en tant que mécanisme de contrôle de l'unilatéralisme abusif. En effet, conscients du détournement des principes classiques, la doctrine comme les juges ont sollicité un outil efficace pour contrôler l'abus dans l'exécution : le déséquilibre significatif. Que ce soit un manquement grave ou un déséquilibre significatif, ces notions contribuent à laisser une place déterminante à un ajustement du contrat en cours d'exécution. Ces manifestations juridiques montrent que le contrat est soumis à des impératifs à la fois utilitaristes et économiques, et surtout d'équilibre et de justice tout au long du contrat.

582. C'est dans ce contexte que le développement de l'unilatéralisme, en déplaçant le centre de gravité du contrat, se développe et apporte une réponse à des enjeux pratiques en remettant en cause une certaine intangibilité. Cette reconnaissance contribue à mettre davantage de justice en proposant une conception plus objective des rapports contractuels. En effet, même si « le Code civil a ignoré la durée, que ce soit celle nécessaire à la formation du contrat ou celle qui peut habiter son exécution. S'il distingue bien la formation de l'exécution, s'il prévoit bien, les oppositions des contrats à titre onéreux et à titre gratuit, des contrats synallagmatiques et unilatéraux, des contrats nommés et inommés en outre, il ne prévoit pas au titre de ces oppositions

⁵⁷⁹ Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, *GAJC*, 11^{ème} éd., n° 151-154, *LPA*, 27 déc. 1995, p. 17, note Bureau et N. Molfessis ; *D.* 1996, p. 10, note L. Aynès ; compl. N. MOLFESSIS, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *LPA*, 5 mai 2000, p. 46 ; D. FERRIER, « Les apports au droit commun des obligations », in *La détermination du prix nouveaux enjeux*, Dalloz, 1997, p.55.

fondamentales présentées aux articles 1102 et suivants la distinction des contrats qui s'exécutent instantanément et de ceux qui s'exécutent dans la durée. C'est en réalité que le contrat et son régime ont été pensés en référence principale à la vente au comptant. Celle-ci s'est même imposée comme le paradigme du contrat⁵⁸⁰ ». Or, à travers cette nouvelle conception du contrat et plus exactement grâce à la réorientation de la force obligatoire un changement de paradigme s'impose. En effet, un paradigme se définit comme une « conception théorique dominante ayant cours à une certaine époque dans une communauté scientifique donnée, qui fonde les types d'explication envisageables, et les types de faits à découvrir dans une science donnée⁵⁸¹ ». Le paradigme actuel est tributaire de la conception classique du principe de la force obligatoire et d'une justification omniprésente de la plupart des mécanismes contractuels par le principe d'autonomie de la volonté⁵⁸².

583. Comme nous l'avons souligné dans la première partie, l'importance première donnée à la volonté des parties a tout d'abord figé le contrat au temps de la formation, le contrat étant alors un contrat complet selon les économistes⁵⁸³. Cette prééminence de la formation a aussi pour conséquence le rejet de la révision pour imprévision et la réaffirmation de la nécessaire complétude du contrat, qui pour les contrats de durée est souvent difficile à obtenir de même que dans les contrats d'entreprise qui comportent en leur sein une certaine incomplétude.

584. Notre propos s'inscrit donc dans le dépassement du pur contrat statique pour un contrat dynamique considéré comme un *continuum* afin de prendre en compte une certaine justice sociale. Selon Fouillée : « qui dit contractuel dit juste » *a fortiori* dans la

⁵⁸⁰ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, éd. Thémis, 2011.

⁵⁸¹ Dictionnaire du Centre national de ressources textuelles et lexicales, disponible à l'adresse, <http://www.cnrtl.fr/definition/paradigme>, sens C ; Th. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1983, p. 238 ; N. BELLABAS, « Les paradigmes et la pensée juridique », in *Le droit dérobé*, (dir.) F. ROUSSEAU, Montchrestien, 2007, p. 47 et s.

⁵⁸² E. GAILLARD-SEBILEAU, « La force normative du paradigme juridique », in *La force normative, naissance d'un concept*, (dir.) C. THIBIERGE, LGDJ/ Bruylant, 2009, p. 178.

⁵⁸³ P. GARELLO, « Le contrat et les économistes », *Mélanges Ch. MOULY*, Litec, 1998, t. 1, p. 363 et s.

durée. C'est cette affirmation que nous allons tenter d'éprouver et de vérifier. En effet en permettant au contrat de s'étirer, de s'objectiviser avec le temps au travers de la figure particulière du contrat de durée.

585. Considérer le contrat comme un *continuum*, c'est-à-dire comme une réalité qui s'étire et s'adapte en fonction des changements éventuels est aujourd'hui devenue pour certains contrats une évidence reconnue tant par la jurisprudence que par la doctrine. Il semble que les réticences doctrinales qui demeurent relèvent davantage d'une inquiétude relative à l'incohérence conceptuelle du contrat. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, ce sont les juges qui sont à l'origine de cette amorce de reconnaissance d'une certaine imprévision implicite et d'une mutation profonde du contrat afin de prendre en compte toutes sortes de contrats, même des contrats éventuellement déséquilibrés et a fortiori des contrats déséquilibrés par une certaine durée.

586. Directement en prise avec la réalité des problématiques des contrats de durée, ils ne peuvent qu'accepter le changement dans la continuité du contrat. Ce changement s'est opéré progressivement face à un mouvement relayé par les droits spéciaux. Ces derniers ont fait bouger les lignes du droit commun et mettent en lumière de nouvelles solutions pour rendre compatibles les évolutions qu'ils proposent avec les autres branches du droit. Le silence gardé depuis quelques années par la doctrine est révélateur d'un certain malaise sur la question de la modification du contrat en cours d'exécution, d'ailleurs renforcé par le mutisme du Code civil sur ce point.

587. Or, la modification du contrat en cours d'exécution est une réalité technique d'adaptation du contrat, justifiée par un intérêt qui serait supérieur⁵⁸⁴, qui tendrait alors vers l'accomplissement d'une meilleure justice sociale. Ce dernier va légitimer l'adaptation du contrat en cours d'exécution. Il y a donc dans ce cas un changement de perspective pour assurer la pérennité du contrat. Devant la survenance d'un événement imprévu, les parties éprouvent parfois une certaine vulnérabilité. Pourtant, le contrat est sans aucun doute l'instrument juridique le plus à même d'offrir un éventail de solutions à l'adaptation dans le temps⁵⁸⁵. Si la notion même de risque existe en droit des contrats, il est intéressant de constater que le droit commun des obligations reste frileux et complètement silencieux à son propos. À vrai dire, cette notion de risque innerve la responsabilité. Le constat de la réception de l'imprévision implicite en droit positif a été dressé il y a quelques années déjà. La maîtrise du temps devient un enjeu majeur⁵⁸⁶ du contrat.

588. Nous avons précédemment étudié les différentes techniques de contournement de la rigidité du contrat. L'idée étant d'accompagner le contrat dans tous les domaines en prenant en compte sa spécificité, en particulier sa durée. Cette logique a des répercussions notables sur l'approche du contrat. Il est à la fois un instrument de

⁵⁸⁴ Les articles 247 et 276-4 du Code civil proposent aux époux divorçants de modifier le fondement de leur demande de divorce en cours de procédure dans le but de dédramatiser le procès ; que les articles 373-2-13 et 375-6 du Code civil prévoient respectivement pour le premier la modification des conditions d'exercice de l'autorité parentale par le juge aux affaires familiales et pour le second la modification des conditions d'assistance éducative par le juge des enfants en fonction de l'intérêt de l'enfant, enfin que l'article 1397 autorise les époux à convenir de la modification de leur régime matrimonial dans l'intérêt de la famille. Et enfin l'article 515-5-1 du Code civil offre la possibilité aux partenaires liés par un pacte civil de solidarité de choisir de soumettre au régime de l'indivision les biens qu'ils acquièrent ensemble et spontanément en cours d'exécution du contrat.

⁵⁸⁵ J. MOUSSERON, «La gestions des risques par le contrat», *RTC civ.* 1988, n° 2 ; P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 4^e éd., Francis Lefebvre, 2010, n°s 1287 et s.

⁵⁸⁶ J. ROCHFELD, *Les contrats et la durée*.

prévision et d'adaptation assurant la pérennité du contrat⁵⁸⁷. Il convient, d'une part, de distinguer les contrats discrets des contrats de durée et, d'autre part, de leur affecter chacun un régime propre. Pour les premiers, un régime adéquat s'inscrit nécessairement dans la logique de prévision des contrats complets et, pour les seconds, dans la logique d'adaptation avec une certaine dose d'incomplétude à la formation.

589. L'idée est de permettre au contrat dans la durée de résister aux affres du temps. Force est de constater que les codificateurs n'avaient pas prévu la durée dans le contrat. Le contrat est censé s'exécuter dans un instant, en un trait de temps. La théorie des contrats incomplets puise son origine dans les mathématiques et trouve à s'appliquer aux sciences économiques. En droit, cela fait déjà quelques années que le terme de contrats incomplets est employé. Et ce serait un moyen d'accueillir le temps dans le contrat sans le dénaturer, mais plutôt en ayant une approche plus dynamique.

590. À travers cette notion d'incomplétude, le contrat peut être conçu comme ayant une lacune structurelle⁵⁸⁸. Il est important de préciser que la notion d'incomplétude, a fortiori se retrouve dans ces contrats de durée. Et comme dans le contrat relationnel c'est l'idée de durée qui transforme un peu la vision traditionnelle du contrat et qui remet en cause une certaine intangibilité, en apportant plus de souplesse. En effet, ce système d'incomplétude et d'unilatéralisme remet en cause le système traditionnel. La question est la suivante : est-ce que cette nouvelle conception dynamique est cohérente avec la conception classique ou est-elle de nature à transformer complètement le sens du contrat ? C'est ainsi que pour la doctrine autorisée, l'incomplétude est une manifestation de la systématisation de la durée dans le contrat. Lorsque le contrat ne dit mot sur tel ou tel point, alors c'est aux parties contractantes

⁵⁸⁷ L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. AYNÈS, Economica, 2011 : « L'évolution contemporaine du droit des contrats forme une invitation prégnante en ce sens. Deux facteurs commandent en effet de tout faire pour préserver le lien contractuel avec le développement d'un objectif de pérennité contractuelle ».

⁵⁸⁸ C.-W. CANARIS, « De la manière de constater et de combler des lacunes de la loi en droit allemand », in *Le problème des lacunes en droit*, (dir.) Ch. PERELMAN, éd. Bruylant, 1968, p. 161 spéc. p. 162 : « Qu'est-ce qu'une lacune de la loi ? Comme le mot l'indique lui-même "lacune" que s'il provoque un sentiment positif de dissatisfaction, de désapprobation. Il y aura donc lacune lorsque quelque chose fait défaut, alors qu'il devrait exister quelque chose ».

qu'il revient de prévoir une certaine incomplétude et de consacrer la nature relationnelle du contrat ainsi que de consacrer une certaine objectivisation du contrat.

591. Mais l'aveu d'une certaine ouverture au fur et à mesure du contrat contredit sa nature volontariste et contribue à faire une lecture actualisée de la nouvelle orientation⁵⁸⁹. La pérennité contractuelle s'intègre pleinement dans la relecture de l'article 1134 du Code civil. En effet, la force obligatoire du contrat nouvellement compris ne se caractérise plus par l'intangibilité du contrat, mais par sa capacité à s'adapter dans le temps. Cela ouvre la voie à une émergence raisonnée de l'unilatéralisme. La réalisation de la pérennité contractuelle passe donc par le sauvetage du contrat dans certaines situations. Cette nouvelle orientation axée sur la pérennité du contrat redéfinit les nouvelles finalités du contrat. Et cette redéfinition est compatible avec ce mouvement d'unilatéralisme, car il permet une meilleure efficacité économique du contrat et une meilleure prévision contractuelle dans la mesure où la pérennité contractuelle, à l'inverse de l'intangibilité ou du respect de la parole donnée, ne fige pas le contrat hors du temps et permet son adaptation dans le but d'une plus grande efficacité tout en maintenant l'adhésion des parties au projet contractuel tout au long du contrat.

592. Il est intéressant de constater que le droit des contrats spéciaux a contribué à consacrer largement la prise de pouvoir unilatéral dans le contrat en instaurant un temps de l'exécution indépendant et propice aux transformations du contrat. Face à cette menace de destruction du socle contractuel, le juge comme le législateur ont tenté d'apporter une réponse adaptée aux nouveaux enjeux du droit des obligations par des apports épars qui ont été consacrés, mais sans vraie cohérence (**TITRE I**). C'est pourtant en accordant à sa juste place et à sa réalité que les réformes en cours auraient

⁵⁸⁹ « Si l'on a une conception purement volontariste du contrat, on ne peut guère concevoir qu'il puisse être incomplet. Le contrat repose uniquement sur la volonté des contractants, et ceux-ci ne sont pas tenus comme l'est le législateur d'agir selon des principes et de tendre à réaliser un idéal objectif de justice. Le contrat est ce que les parties ont voulu et rien que ce qu'elles ont voulu. Il n'existe pas de modèle auquel il doit répondre, car il n'est qu'un ajustement de deux intérêts individuels et concrets [...] cependant cette conception purement volontariste ne correspond pas tout à fait à la réalité. Toute convention produit des effets qui n'ont pas leur source dans la volonté des parties ».

permis d'armer le juge et les parties de concepts redéfinis dans leurs finalités⁵⁹⁰ et susceptibles d'amener l'évolution nécessaire du droit des obligations en recevant un nouveau modèle contractuel (**TITRE II**).

⁵⁹⁰ P. LEMAY, thèse préc. : « au lieu de déterminer de nouveaux fondements à ce principe, une redéfinition de ses finalités pourrait permettre son adaptation au droit positif et aux réformes qui arrivent. »

TITRE I : LES APPORTS ÉPARS DE LA RÉFORME

593. Notre recherche a abouti à dénombrer les différents apports épars sur la capacité du droit des contrats à accueillir le changement éventuel de modèle contractuel, notamment en intégrant le temps. Cette propension contribue à rendre plus adaptable le contrat. Mais c'est sans compter avec les résistances sur le changement en général propre au droit civil français.

594. Depuis quelques décennies en effet, l'influence des nouveaux principes défendus par les économistes est loin d'entraîner l'adhésion des juristes attachés pour la plupart à leur sacrosaint contrat. Mais les nombreuses atteintes au contrat ont contribué largement à remettre en cause leur position et font entrevoir une mutation de la matrice contractuelle. Dans cette direction, il est constaté que la multiplication des intrusions de l'unilatéralisme dans le contrat a permis d'en prendre conscience. Pourquoi ? Certainement parce que cet unilatéralisme s'est imposé dans certains types de contrats et cette propension s'est d'autant plus accentuée dans une relation contractuelle évoluant dans le temps. Cette tendance de reconnaître un certain unilatéralisme dans le contrat va de pair avec une approche plus réaliste du contrat et particulièrement dans le contrat de durée. Malheureusement, la réforme engagée depuis une dizaine d'années n'agit pas directement sur les nouveaux enjeux et tente de maintenir tant bien que mal le modèle initial ce qui paraît être une atteinte à la cohérence globale du droit des contrats. La prise de conscience du changement au cours de l'exécution du contrat et ses conséquences aurait permis de clarifier le modèle contractuel en lui proposant une vraie alternative, mais dans les faits il s'est agi plutôt de tenter un ajustement entre le droit vivant et le droit ancien (**Chapitre I**). Pourtant, cette reconnaissance aurait abouti à donner pour les contrats de longue durée une dimension cohérente et dynamique plus ancrée dans le réel, avec une volonté de mutation réelle du modèle. C'est cette réalité d'un droit en mutation qui a retenu toute notre attention afin d'en formaliser l'existence à travers l'émergence du contrat de durée (**Chapitre II**).

CHAPITRE I : DES ATTENTES DE CLARIFICATION DU MODÈLE CONTRACTUEL

595. Depuis quelques décennies, il a été constaté une perte de vitesse du droit contractuel français et le besoin de clarification s'est imposé progressivement dans le domaine contractuel tant la réalité ne semblait plus en adéquation avec le modèle classique et ne correspondait plus non plus avec le droit comparé européen. Cet état de fait contribua donc à reprendre les évolutions récentes en jurisprudence et les écrits doctrinaux pour tenter de remédier à la régression de l'influence de notre modèle tant au sein du droit français qu'au sein du droit européen⁵⁹¹.

596. Dans une perspective de clarification, la réforme du droit des obligations semblait salubre, car une recodification qui ne se contente pas d'incorporer les acquis, mais qui ouvre des voies nouvelles restituera à la loi le rôle fécondateur qui lui revient. Selon Portalis, dans notre ordre juridique : « la science du législateur consiste à trouver, dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun ; la science du magistrat est de mettre les principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée aux hypothèses privées d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre ne suffit pas⁵⁹² ». Pour Portalis, la jurisprudence est ainsi considérée comme le symbole d'un droit vivant qui contribue à l'œuvre de création de la loi. C'est dans cette perspective que les réformes tentèrent d'intégrer les jurisprudences audacieuses qui tendaient de remettre en cause le modèle.

597. D'après le professeur Catala, l'esprit de cette loi aurait été donc de « promouvoir un droit commun actualisé, recouvrant et ménageant à la fois le particularisme des lois spéciales⁵⁹³. » Le Code restera le fond commun de notre raison juridique. C'est en réaction

⁵⁹¹ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, p.12.

⁵⁹² PORTALIS, Discours préliminaire au code civil.

⁵⁹³ P. CATALA, la réforme du droit des contrats 2005

aux évolutions dans les contrats spéciaux que le droit commun s'est efforcé de faire sa mutation afin de répondre le plus largement possible aux atteintes du contrat.

598. Bien que la volonté de clarification (**Section I**) dans le domaine contractuel soit l'enjeu de ces différents projets de réforme, il paraît certain que la réforme actuelle ne semble pas résoudre la problématique du changement de modèle contractuel et, au contraire, l'aggrave (**Section II**) en n'allant pas au bout du projet de consécration d'un vrai modèle reconnu dans le contrat, le projet a perdu ainsi en clarté. Pourtant cette reconnaissance aurait largement contribué à la clarification attendue et aurait permis l'émergence d'un modèle compatible avec les différents ajustements qui viennent depuis si longtemps des contrats spéciaux.

SECTION I : LA TENTATIVE DE RÉAJUSTEMENT DU MODÈLE CONTRACTUEL

599. Comme le souligne un auteur⁵⁹⁴ : « le rattachement d'une convention à une catégorie juridique prédéfinie s'opère en général à partir de l'examen de l'objet du contrat tel qu'il a été voulu par les parties lors de l'échange des consentements⁵⁹⁵. Cette méthode à laquelle la règle de l'accessoire apporte un secours précieux, convient parfaitement aux opérations contractuelles à exécution instantanée, ou du moins, à durée relativement brève. Son admission n'est d'ailleurs pas un hasard si l'on songe que l'archétype des contrats, celui sur lequel est bâti ce que l'on appelle communément la théorie générale des contrats ou le droit commun des contrats, n'est autre chose que la vente, le plus instantané de tous les contrats. Les éléments de qualification et leur structure sont définis une fois pour toutes lors de la formation du contrat, imprimant à celui-ci sa nature abstraite prédéfinie ...lorsqu'elle existe ».

600. Cependant, cette analyse statique du contrat ne permet pas d'ouvrir la sphère contractuelle à un autre type de contrats. Or le temps s'est réellement infiltré dans le contrat et le temps de l'exécution *impacte* énormément les contrats s'inscrivant dans la durée. Le modèle que représentait la vente tente de s'évanouir, car d'autres modèles imposent une rupture avec la fiction d'un contrat hors du temps. En effet, avec certains modèles c'est toute la compréhension du contrat qui se mue et qui s'inscrit dans une perspective plus dynamique⁵⁹⁶. En effet, le continuum du contrat devient davantage l'expression d'une collaboration entre les parties en vue d'atteindre un objectif dont la réalisation déterminera les contours : « c'est toute la perception du contrat qui change et s'inscrit dans une perspective dynamique, progressive, voire chronologique ». Il s'agit de prendre en compte davantage la

⁵⁹⁴ P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, préf. B. TEYSSIER, éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 14.

⁵⁹⁵ Fr. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. R. Le Balle, LGDJ, t. 2, 1956.

⁵⁹⁶ P. PUIG, *ibid.* p.16

volonté d'emprise du temps sur le contrat en l'inscrivant désormais au centre des préoccupations non pas pour l'éviter, mais pour l'intégrer.

601. Or, même si les avant-projets avaient pour mission de largement contribuer à rechercher une vision plus moderne du contrat en n'hésitant pas à remettre en cause sa dimension symbolique. Ces projets n'ont pas, semble-t-il été de nature en mesure de régler l'ensemble des questions du domaine contractuel en suspens depuis tant d'années et notamment la question paradoxale de l'impact de la durée sur le contrat. C'est en effet en portant une réflexion plus globale sur les différents éléments problématiques du droit contractuel que les différents projets ont tenté de modifier le droit contractuel.

602. Ainsi, l'examen du droit commun approfondi et des droits spéciaux rendent compte de la problématique sous-jacente : la montée de l'unilatéralisme dans le droit des contrats est l'indice principal de la réorientation du modèle contractuel. Cette perspective est relayée dans les différents projets de droit des obligations qui dressent un état des lieux des problèmes posés. Il sera question de traiter et d'analyser les différents projets du droit des obligations à la lumière de l'enjeu de l'unilatéralisme⁵⁹⁷ dans les contrats. En effet, il a été remarqué depuis plusieurs années que l'impact de la durée sur le contrat modifie les rapports contractuels qui s'établissent dans le temps et impose parfois une nouvelle répartition des pouvoirs. Dans ce cadre, la réalité de la durée modifie le modèle contractuel sur ces fondamentaux comme la notion même d'égalité entre les contractants qui a moins de sens dans un contrat en cours d'exécution.

603. Alors qu'en effet le Code civil est resté inchangé depuis 1804 et paraissait intouchable, intangible et immuable comme le contrat lui-même, cette situation de fait ne pouvait perdurer plus longtemps et le droit des obligations se devait d'être réformé tant la jurisprudence prenait le pas sur la réalité contractuelle et devenait en cette matière l'unique source de droit. En effet, alors que certaines branches du droit avaient bénéficié d'une certaine refonte afin de prendre en compte les évolutions économiques et sociales en matière du droit de la famille, des sûretés ou de la prescription, le droit civil des contrats restait quant à lui inchangé.

⁵⁹⁷ D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *RDC* 2011, p. 650.

604. Dans ces différents projets la question comme l'exprime un auteur⁵⁹⁸ est de savoir s'il s'agit de construire un *code compilation* ou un *code modification*. L'enjeu de cette interrogation réside dans la méthode qui consiste à intégrer seulement des lois et autres textes législatifs, ou bien d'intégrer les évolutions jurisprudentielles les plus importantes et de refondre le Code civil. C'est dans ce contexte que l'avant-projet Catala opta pour un code modification. L'expression de « code modification » n'implique pas de faire table rase du passé, mais d'intégrer des apports nouveaux dans un souci de cohérence de l'ensemble. En effet, « recodifier est nécessairement autre chose que codifier, toute recodification ne peut que se positionner par rapport au code qu'elle modifie, soit qu'elle veuille s'inscrire dans son prolongement, soit qu'elle veuille au contraire opérer avec lui une rupture brutale⁵⁹⁹ ». Alors que le projet du Professeur Catala fut un projet d'ajustement, le projet de la chancellerie sous l'inspiration du Professeur Terré fut un projet de rupture. À travers ces différents projets émergents, des problématiques aux réels enjeux doctrinaux qui ne cessent encore de tarauder les auteurs sur les principales questions qui ne semblent pas encore résolues avec la réforme opérée⁶⁰⁰.

605. Le projet dit Catala, du nom de son instigateur, proposait non pas une rupture, mais un ajustement⁶⁰¹ : « un hommage doit d'abord être rendu aux sources, à commencer par la première d'entre elles, la loi. L'étude a montré que nombre de solutions du code Napoléon conservaient leur valeur après deux siècles d'application ; on les retrouvera soit sous la forme même dans laquelle nos ancêtres les avaient coulées, soit dans une rédaction mieux adaptée au goût du temps présent. Sous ce rapport, l'avant-projet ne propose pas un code de rupture, mais un code d'ajustement. En ceci, il est redevable à la doctrine et à la jurisprudence. La première fut à l'origine de maintes trouvailles terminologiques habillant des innovations fondamentales ». La commission présidée par le Professeur Catala était composée en majorité

⁵⁹⁸ R. CABRILLAC, *Les codifications*, PUF, 2002, p. 189 et s. ; « Réforme du droit des contrats : révision-modification ou révision-compilation », *RDC* 2006.

⁵⁹⁹ *Ibid.*

⁶⁰⁰ G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot », *D.* 2015 p. 1557.

⁶⁰¹ D. MAZEAUD, *La réforme du droit français des contrats*.

par d'universitaires⁶⁰² afin de rédiger cet avant-projet remis à la Chancellerie en 2004. Mais au-delà d'être un code de réajustement, ce projet combat certaines règles qui seraient contraires à la jurisprudence contemporaine. Selon le Professeur Catala, ce projet est : « un modèle libéral, qui laisse un large pouvoir reconnu de bout en bout aux parties pour négocier, conclure, qualifier, modifier et rompre les contrats [...] parallèlement, un pouvoir est reconnu à la volonté unilatérale dans la formation et la résolution⁶⁰³ ».

606. Ce projet tient compte des avancées jurisprudentielles et en particulier celles relatives aux problématiques d'unilatéralisme. Ce projet met en avant l'idée d'un unilatéralisme licite au sein du contrat. Dans ce projet, on remarque les contre-pouvoirs mis en place pour diminuer les effets pervers de l'unilatéralisme comme la prise en compte de certains contrats et de leurs régimes spéciaux ainsi que l'extension de la notion de clause abusive.

607. La notion même de réajustement passe donc par une certaine fidélité, c'est en effet « la fidélité à sa volonté de constituer un droit commun, dont les principes sont destinés à irradier les diverses dispositions spéciales, l'avant-projet respecte cette vocation fondamentale du code [...] cette articulation droit commun- règles spéciales est également expressément consacrée dans le projet ». Avant de considérer l'avant-projet du Professeur Catala, qui reprend le cœur de l'engagement (**Paragraphe 1**) il paraît raisonnable de voir assumé le choix d'être fidèle à la conception classique (**Paragraphe 2**).

⁶⁰² P. CATALA : « avec Rémy Cabrillac, nous conçûmes l'ébauche de l'esquisse d'une méthode et d'un plan. J'en parlai à Jean Carbonnier. Il me demanda avec le sourire provocateur qu'on lui connaissait : "avez-vous une vision des obligations ?" Je lui répondis que non, et lui demandai à mon tour si une vision était indispensable pour légiférer. Sa réponse fut : "Il faut avoir une vision pour légiférer en droit des personnes, mais le contrat était un instrument essentiellement économique de la vie sociale, il suffit que la loi du contrat soit utile et juste" (ce qui est déjà beaucoup...). Fort de ce conseil un petit groupe se forma dans les premières semaines de l'année 2003, qui outre Rémy Cabrillac, Geneviève Viney, et moi-même, Philippe Malinvaud, Philippe Simler, Yves Lequette et Alain Ghozi ».

⁶⁰³ P. CATALA, « Colloque la réforme du droit des contrats : projet et perspectives », *RDC* 2006, p. 14.

Paragraphe 1 : L'approche de l'avant-projet : fidélité à la conception classique du contrat

608. Il était constaté une grande affinité entre le projet Catala français et les divers projets européens⁶⁰⁴. Pourtant, alors que les projets européens seraient en quelque sorte des lois-modèles sans précédent, nécessairement détachées de tout Code préexistant, le plan du projet Catala serait une construction en filiation avec le Code civil : « l'un s'expliquerait organiquement par la longue histoire d'un code invétéré, devenu raison écrite et coutume de France, l'autre serait pure construction artificielle d'universitaires détachés de leurs traditions nationales ». C'est sans doute pourquoi le projet de code civil européen fût abandonné.

609. L'avant-projet est avant tout un projet fidèle à plusieurs titres, d'une part, à la lettre du Code et aux articles phares du droit des obligations et, d'autre part, à sa vocation première de maintenir un énoncé ni trop général, ni trop détaillé. La vocation du Code civil étant de constituer un *droit* commun dont les principes sont destinés à irradier les dispositions spéciales et vice versa. Selon l'article 1103 du projet Catala dispose que « les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas sont soumis à des règles générales qui sont l'objet du présent titre. Des règles particulières à certains contrats sont établies, soit sous les titres du présent code relatifs à chacun d'eux, soit par d'autres codes et lois, notamment dans les matières touchant au corps humain, aux droits intellectuels, aux opérations commerciales, aux relations de travail et à la protection du consommateur ». Cette fidélité par rapport à l'esprit du Code est affirmée dans ce projet où le socle de règles communes se juxtapose au socle de règles spéciales dans un grand souci de cohérence. Il est à souligner l'importance des règles spéciales dans les nouveaux articles du projet. Selon l'article 1122-2 : « la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans le cas où la loi protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur ». Il est nécessaire d'observer à travers cet article la tentative du projet de prendre en compte

⁶⁰⁴ Les projets européens sont multiples et fragmentaires, parmi eux, le projet Lando et le projet Gandolfi.

une certaine interaction entre droit commun et droits spéciaux ainsi que le contrôle de ce pouvoir unilatéral pour la partie faible. Le droit commun tente de chapeauter les droits spéciaux, ceux-ci peuvent aussi nourrir le droit commun d'apports épars, ainsi que de certaines lois spéciales. Aussi en dehors des textes largement inspirés des codes de droits spéciaux comme le droit de la consommation et de la distribution, la fidélité à l'esprit du code réside aussi dans un compromis entre le code et la jurisprudence.

610. C'est à travers cette recherche de compromis entre le code et la jurisprudence que l'avant-projet s'était réapproprié certaines constructions jurisprudentielles et tente de faire des ponts entre le Code civil et le droit de la distribution en proposant d'étendre la notion même de déterminabilité de l'objet difficile à obtenir dans le cadre de contrats spéciaux de distribution.

611. Ainsi, la jurisprudence Chronopost⁶⁰⁵ permet de rendre compte de la réalité de cette incorporation progressive de la jurisprudence dans le Code civil et son impact direct pour mieux admettre une mutation du modèle contractuel en se plaçant davantage sur le terrain de l'exécution. À travers cette jurisprudence on voit donc les liens d'interdépendance entre d'une part l'objet et la cause et la recherche d'une tentative d'assouplissement de la règle en cours d'exécution. En effet, l'arrêt Chronopost a été

⁶⁰⁵ Cass. com., 22 oct. 1996, pourvoi n° 93-18632 : la cour de cassation sanctionna, au visa de l'article 1131 du Code civil : la décision des juges du fond, après avoir jugé que la clause limitative de responsabilité contredisait la portée de l'obligation de la société Chronopost qui était d'acheminer rapidement des courriers de ses clients, rendant ainsi sans cause l'obligation du client de payer le prix d'un tel service. Les juges suprêmes reprochèrent ainsi aux juges du fond d'avoir fait application de la clause limitative d'indemnisation « alors que spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Banchereau dans un délai déterminé, et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative du contrat qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite » autrement dit selon la Haute juridiction, dès lors qu'un contrat a pour objet une obligation déterminée, il ne doit pas contenir des clauses permettant au débiteur de cette obligation de pouvoir s'exonérer ou de limiter sa responsabilité en cas d'inexécution de son obligation. En ce sens pour la Cour de cassation, une clause qui contredit l'obligation dite essentielle ou principale rend sans cause l'obligation corrélatrice du cocontractant de payer le prix de la prestation. En choisissant Chronopost, la société Banchereau a décidé de miser sur la fiabilité de Chronopost, les maîtres du temps tel est leur devise. Ainsi l'obligation essentielle résidait dans cette prestation de célérité ».

rendu sous le visa de l'article 1131 du Code civil qui prévoit que « l'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ». Selon l'article 1102-2 du Code civil : « le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties entend recevoir de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure ». C'est ainsi que dans le projet l'article 1121-3 : « L'obligation doit avoir pour objet une chose déterminée ou déterminable à la condition que dans ce dernier cas, l'étendue de l'engagement ne soit pas laissée à la seule volonté de l'une des parties ». À travers cet article c'est la dimension correctrice en cours d'exécution qui est en jeu, la correction est possible dans la mesure où une incohérence émerge de l'exécution. À travers cet arrêt c'est la mesure de l'exécution qui rend compte des dysfonctionnements du contrat à la formation. La clause qui figurait en l'espèce dans le contrat traduit en réalité la disparition dès la formation d'une obligation essentielle. Mais cette clause de départ s'est révélée par la suite néfaste et remettant en cause le contrat si elle n'était pas par la suite réputée non écrite.

612. La problématique de la détermination du prix emprunte le même chemin et contribue à mettre en exergue aussi la période d'exécution dans la mesure où la seule détermination du prix contribue à figer le prix contractuel dans la formation. Pourtant cette réalité du prix peut se révéler devoir être remise en cause au cours de l'exécution.

613. Quant à la question de la détermination du prix, l'article 1121-4 affirme que « dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, il peut toutefois être convenu que le prix des prestations offertes par le créancier sera déterminé par celui-ci lors de chaque fourniture, fût-ce par référence à ses propres tarifs, à charge pour lui, en cas de contestation, d'en justifier le montant à première demande du débiteur faite par écrit avec avis de réception ». Enfin, selon l'article 1121-5 : « si l'étendue d'une obligation de faire n'est pas déterminée au moment du contrat, ni déterminable ultérieurement selon des critères extérieurs à la volonté des parties, le prix peut, après l'exécution ; en être fixé par le créancier à charge, pour celui-ci, en cas de contestation, d'en justifier le montant à première demande du débiteur faite par écrit avec avis de réception ».

614. Selon l'article 1135-1 du projet Catala : « dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances,

l'équilibre initial des prestations réciproques fût respecté au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles ». L'article 1123 du projet ajoute que : « le défaut d'équivalence entre les prestations convenues dans un contrat commutatif, qui survient au cours de l'exécution, relève des dispositions figurant au chapitre 3 du présent titre, relatif à l'effet des conventions ». Grâce à ces deux textes, le projet semble abandonner la jurisprudence Canal de Crapone⁶⁰⁶, qui avait confirmé le rejet de la théorie de l'imprévision. Mais cet abandon traduit une certaine défiance et veut laisser les parties conduire les négociations en cas de changements de circonstances. Alors que les différentes jurisprudences⁶⁰⁷ tentaient de remettre en cause ce rejet, le projet réaffirme une certaine défiance à l'égard du juge et de son intrusion dans le contrat. Il est préférable d'après ce projet de laisser aux parties la possibilité de « s'engager à négocier une modification de leur proposition pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles⁶⁰⁸ ». Cet apport reste timide, car il est déjà possible grâce à la liberté contractuelle de stipuler des clauses allant en ce sens.

615. Ce projet reflète ici la confiance dans la capacité des contractants à anticiper le risque d'imprévision et à le gérer. La liberté contractuelle serait le meilleur antidote

⁶⁰⁶ *GAJC*, n° 163.

⁶⁰⁷ Cass. com., 3 nov 1992, *JCP* 1993, II, 22614, obs. G. Virassamy ; *CCC* 1993, n° 4, *RTD civ.* 1993, p. 124, obs. J. Mestre : la société pétrolière n'exécute pas de bonne foi le contrat de distributeur agréé conclu avec l'exploitant d'une station-service dès lors qu'elle applique à ses distributeurs agréés un prix de vente supérieur à celui auquel elle vend ses produits au consommateur final par l'intermédiaire, privant ainsi le distributeur des moyens de pratiquer des prix concurrentiels. V. égal. Cass. com., 24 nov. 1998, *Defrenois* 1999, p. 371, obs. D. Mazeaud, *RTD civ.* 1999, p. 98, obs. J. Mestre et p. 646, obs. P.-Y. Gautier, *JCP* 1999, I, 143 obs. C. Jamin, *JCP* 1999, II, 12210, note Y. Picod. Dans cet arrêt certains commentateurs l'ont analysé comme une tentative de renversement de Crapone, pourtant il n'a pas paru évident à tous : Vu l'article 4 de la loi du 25 juin 1991, attendu que selon ce texte les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté et le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat. La Cour de cassation reproche dans son motif à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si le mandant « informé des difficultés de son agent commercial » a pris des mesures concrètes pour permettre à celui-ci de pratiquer des prix concurrentiels, proches de ceux des mêmes produits vendus dans le cadre de ventes parallèles » par les opérateurs concurrents.

⁶⁰⁸ Avant-projet Catala, art. 1135-1.

au changement de circonstances survenu lors de l'exécution du contrat. Ainsi l'abandon de la jurisprudence Canal de Crapone se fait sous la forme d'une obligation de négocier, qui procède d'une clause ou de l'effet de la loi. Selon l'article 1135-1 : « les parties se sont engagées à négocier une modification de leur convention » et selon l'article 1135-2 : « à défaut d'une telle clause la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation⁶⁰⁹ ». Dans cette première hypothèse de clause, celle-ci est limitée aux contrats à exécution successive ou échelonnée et n'interviendrait que pour les cas où il adviendrait que par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fut perturbé au point que le contrat perde tout intérêt. Il y a bien dans ce texte l'idée d'ouvrir davantage la négociation au moyen des clauses dans l'esprit d'une grande liberté contractuelle.

616. Pour comprendre cette prise en compte de l'imprévision, il est intéressant de se replonger dans le contexte prétorien de l'époque. En août 2003, la Chambre de commerce international publiait un double modèle portant à la fois sur la clause de force majeure et celle de *hardship*⁶¹⁰. En effet, dans le contexte de contrats internationaux une note indicative recommandait d'incorporer une clause en faisant référence « à sa dénomination complète ». Elle précise que toute référence dans un contrat à la clause de *hardship* ICC sera présumée être une référence à la présente clause, sauf volonté contraire des parties. Cette clause s'inspire largement de l'article 1467 du Code civil italien et de l'article 6.2.2 des Principes Unidroit. Le paragraphe 1 du modèle rappelle le principe du respect de la parole donnée : « toute partie est tenue d'exécuter ses obligations contractuelles même si les circonstances en rendent l'exécution plus onéreuse qu'on aurait raisonnablement pu le prévoir au moment de la conclusion du contrat ». À la suite, le paragraphe 2 énonce les cas où la renégociation s'impose : « sans préjudice du paragraphe 1 de la présente clause, lorsqu'une partie contractante établit que : a) l'exécution de ses obligations contractuelles est devenue excessivement onéreuse en raison d'un événement hors de son contrôle et ne pouvant être raisonnablement prévu au moment de la conclusion du contrat et que ; b) cette partie ne

⁶⁰⁹ Avant-projet Catala, art. 1135-2.

⁶¹⁰ B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », *RDC* 2006, p. 91.

pouvait raisonnablement éviter ou surmonter cet événement ou ces effets, les parties s'obligent, dans un délai raisonnable alors que la présente clause a été invoquée, à négocier à de nouvelles conditions contractuelles prenant raisonnablement en compte les conséquences de l'événement ». Le paragraphe 3 vise le cas de l'échec des négociations : « lorsque le paragraphe 2 de la présente clause est applicable, mais que des stipulations contractuelles alternatives prenant raisonnablement en compte les effets de l'événement invoqué n'ont pas été acceptées, comme prévu au paragraphe précédent, la partie ayant invoqué la précédente clause est en droit de prononcer la résolution du contrat ». Ainsi le droit commercial international incitait très fortement les parties à un contrat de durée à prendre des mesures en cas de changements de circonstances, celles-ci prenant la forme de clauses de réaménagement du contrat. Seulement, d'après un auteur ces mesures s'avéraient insuffisantes en tant que méthode précise, car « elle ne donne pas de précision quant au mécanisme de la renégociation⁶¹¹ ». En réaction à la publication de la Chambre internationale de ce modèle de clause, les juges français renforceraient plutôt le rôle des parties afin qu'elles parviennent à réfléchir à un nouvel accord. C'est donc dans ce contexte que le projet Catala a travaillé et il est admis que ce modèle du droit du commerce international fut une source d'inspiration du cadre de la prévention contractuelle des difficultés d'exécution. Dans ce contexte, le projet organisa une tentative de renégociation sous l'impulsion du juge à l'article 1135-1⁶¹² du projet. Le projet Catala contourne le rejet de la théorie de l'imprévision en apportant une large part à la renégociation et en réaffirmant le rôle des parties contractantes tout au long du contrat. Même si la reconnaissance est implicite, le rapport de la Cour de cassation de 2007 sur cette question est clairement favorable à l'introduction de la théorie de l'imprévision de manière explicite : « à l'unanimité le groupe estime [...] qu'il est nécessaire qu'une réforme du droit des obligations aille jusqu'à la consécration d'une authentique théorie de l'imprévision susceptible de jouer dans des circonstances

⁶¹¹

⁶¹² Avant-projet Catala, art. 1135-1 : « dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles » ; art. 1135-2 : « à défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation ».

caractérisées avec prévision. S'en remettre à la simple application du principe de bonne foi ne serait pas suffisant, car il est nécessaire que soit organisé par la loi le champ de l'imprévision de façon à mieux assurer la sécurité juridique ».

Paragraphe 2 : Le cœur de l'avant-projet : la cause engagement et la tentative de redéfinition de l'objet

617. « La fidélité au Code civil, c'est enfin la fidélité à ses concepts⁶¹³ ». Selon Catala, même si l'objet et la cause sont ignorés des droits européens, ils constituent néanmoins des piliers fondamentaux de la théorie générale du contrat en droit français. Avant de voir en la cause une possibilité de résoudre une problématique contractuelle dynamique, la cause étant d'après Catala considérée comme la cause de l'engagement (A), il serait bon aussi de redéfinir l'objet dans le contrat (B).

A) La cause engagement du contrat

618. Le texte de l'avant-projet maintient l'article 1108⁶¹⁴ du Code civil dans son intégralité sur les trois premiers alinéas et insiste sur la notion d'engagement au niveau à la fois de l'objet et de la cause : un objet qui forme la matière de l'engagement et la cause justifiant l'engagement. On peut dire que s'agissant de l'objet et de la cause, ce projet ne les fait pas disparaître et considère au contraire que ce sont des notions profondément ancrées dans la pensée du droit français⁶¹⁵. C'est dans cet état d'esprit que l'avant-projet resta fidèle à la tradition. Cependant, au lieu d'abandonner la cause, l'avant-projet tente de la rendre la plus explicite possible en lui insufflant une réelle

⁶¹³ R. CABRILLAC, « Réforme du droit des contrats : révision-modification ou révision-compilation », *RDC* 2006.

⁶¹⁴ Selon l'article 1108 du Code civil de l'avant-projet : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement des parties contractantes, leur capacité de contracter, un objet qui forme la matière de l'engagement, et une cause justifiant l'engagement ».

⁶¹⁵ B. FAGES, « Autour de l'objet et de la cause », *RDC* 2006 /1 : « D'abord parce que ces notions sont profondément incrustées dans le droit et les esprits qu'il apparaît difficile de leur substituer d'autres modèles de pensée. Ensuite parce que, jusqu'à preuve du contraire, rien ne permet de dire qu'ils sont nuisibles au bon fonctionnement et à l'attractivité du droit français ».

méthode d'appréhension comprise dans une section dédiée de plus de dix articles⁶¹⁶ : « La cause qui occupe aujourd'hui trois articles fait l'objet de dix articles dans le projet ». La question est de savoir si dans ce cas c'est un bon signe ? En effet, malgré certaines difficultés sur la délimitation et la qualification du concept de cause ce projet la pérennise⁶¹⁷ malgré la volonté de certains auteurs de la supprimer⁶¹⁸.

⁶¹⁶ Dans la section 4 de la cause art. 1124 à 1126-1. Selon l'article 1124 : « la convention est valable quand l'engagement a une cause réelle et licite qui le justifie ». Art. 1124-1 : « L'absence de cause est sanctionnée par une nullité relative de la convention. L'illicéité de la cause entache celle-ci de nullité absolue ». Selon l'art. 1124-2 : « la convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée. Il incombe à celui qui conteste la cause implicite d'en prouver l'absence ou l'illicéité ». Selon l'art. 1125 : « l'engagement est sans justification, faute de cause réelle, lorsque dès l'origine, la contrepartie convenue est illusoire ou dérisoire. Une note souligne sous cet article que le terme convenu comprend la référence au contenu du contrat, son économie ». On voit ici l'intuition du groupe de travail de l'avant-projet Catala qui en retenant la notion même de cause engagement la traduit par la notion d'économie du contrat au sens d'économie concrète du contrat. Suit dans cet article : « est réputée non écrite toute clause inconciliable avec la réalité de la cause. » Selon l'art. 1125-1 : « l'engagement de restituer une chose ou une somme d'argent à pour cause la remise de la chose ou des fonds à celui qui s'oblige. Lorsque la valeur fournie est d'un montant inférieur à celui de l'engagement, ce dernier doit être réduit à la mesure de sa cause, à moins que cette différence ne soit justifiée dans la convention ». Selon l'art. 1125-2 : « l'engagement pris en contrepartie d'un avantage convenu au profit d'un tiers a pour cause cet avantage, indépendamment de l'intérêt moral ou matériel que celui qui s'oblige peut y trouver pour lui-même ». Enfin, selon l'art. 1125-3 : « les contrats aléatoires sont dépourvus de cause réelle lorsque, dès l'origine, l'absence d'aléa rend illusoire ou dérisoire pour l'un des contractants la contrepartie convenue ».

⁶¹⁷ B. FAGES, « Autour de l'objet et la cause », *RDC* 2006, p. 37, spéc. p. 40 : « l'objet et la cause on le sait, font partie intégrante de l'exception culturelle, de l'exception juridique et elles n'ont pas disparu dans l'avant-projet. D'où la question fallait-il les abandonner ? Fallait-il sacrifier au consensus issu de la plupart des droits étrangers qui, tous, convergent vers le rejet de ces deux grilles de lecture, pour privilégier d'autres notions, au demeurant variables selon les systèmes et parfois tout aussi complexes » ?

⁶¹⁸ En faveur de la suppression de la cause 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, p. 6 www.courdecassation.fr nous le verrons le projet de la chancellerie substitue la notion d'intérêt à celle de cause : chaque partie doit avoir un intérêt au contrat qui justifie son engagement selon l'art. 85.

619. L'avant-projet choisit donc de maintenir la cause et selon l'article 1124 : « Il s'agit d'affirmer que, conformément à notre tradition juridique, une cause réelle et licite reste une condition de validité du contrat. Ce choix implique toutefois d'éviter les deux écueils opposés d'une définition exagérément restrictive, qui lui enlèverait tout intérêt pratique, ou trop extensive, qui porterait atteinte à la sécurité juridique ». D'après le professeur Ghestin, la cause qui serait prise en considération serait celle de l'engagement. Selon un autre auteur⁶¹⁹, la cause consisterait à garantir la rationalité des engagements respectifs des contractants : « en somme au regard du principe de liberté contractuelle, l'exigence de cause de l'engagement souscrit par chaque contractant ne saurait provoquer de réaction négative, si on admet, du moins, qu'en matière de contrat l'encadrement de la liberté contractuelle, fruit des dispositions et décisions créées depuis des lustres par le Législateur et la Cour de cassation, conduit à la liberté réelle, parce que lucide, réfléchie et rationnelle, et pas seulement à une liberté purement virtuelle, parce que se déployant indépendamment de la moindre contrainte ».

B) L'objet du contrat

620. L'objet se voit consacrer onze articles dans le projet. Mais quel était l'état d'esprit du projet ? Au lieu de faire table rase du passé, ce projet tente une approche de conciliation. Il serait utile de voir les éléments de fond et les éléments de méthode. Le projet d'après le Doyen Cornu propose de combler de nombreuses lacunes en introduisant dans le Code civil des règles qui, portées par des réflexions convergentes, sont mûres pour une telle incorporation⁶²⁰. Il faut bien admettre que la cause comme l'objet n'est pas d'un abord simple. Le Code civil hésite même entre les différentes appellations d'objet et de cause. Dans cet avant-projet Catala, la volonté est de clarifier les choses et de proposer une redéfinition des termes même de la notion d'objet.

⁶¹⁹ D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : débat. Pour que survive la cause, en dépit de la réforme », *Dr. & Patrimoine*, oct. 2014, p. 38 et s.

⁶²⁰ Il reconnaît une vocation de principe à l'exécution en nature de l'obligation (art. 1154) ménage une place à la résolution unilatérale pour inexécution (art.1158). Dessinant la théorie générale le profil du contrat d'adhésion (art. 1102-5), le projet donne corps à l'ensemble des règles qui structurent la négociation contractuelle et la formation du contrat.

621. Selon l'article 1126 du Code civil : « tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire ». L'article 1127 ajoute que le simple usage ou la simple possession d'une chose peut être comme la chose même l'objet du contrat ». Dans cet article, le groupe de travail Catala estime que sans alourdir le propos la distinction entre les obligations de donner et de faire. La question controversée permet de mettre un éclairage sur une volonté de précision entre ces deux types d'obligations⁶²¹ qui comportent en leur sein une délimitation entre différents types de contrats et qui pourraient avoir du sens dans notre démonstration sur la reconnaissance d'une nouvelle typologie contractuelle qui reconnaîtrait le contrat incomplet et ses prolongements dans les contrats de durée et dont le régime s'apparenterait au contrat d'entreprise avec donc la fameuse obligation de faire. En effet, dans le prolongement de ce raisonnement, l'obligation de faire permettrait l'ouverture du contrat à une certaine incomplétude et à une certaine possibilité d'indétermination. Mais cette dernière est contrôlée par la cause de l'engagement qui permet une adhésion constante au projet contractuel compte tenu des circonstances, alors que le projet Catala tente de donner un éclairage pertinent sur la cause pourtant sur l'objet il lui est reproché de ne pas avoir levé les ambiguïtés sur la notion⁶²².

622. Selon l'article 1121 du Code civil : le contrat a pour objet une chose dont une partie s'engage à céder la propriété ou à concéder l'usage, ou qu'elle s'oblige à faire ou à ne pas faire. La détention de la chose peut être également transférée sans qu'en soit concédé l'usage, notamment à titre de dépôt de garantie⁶²³. Dans le prolongement de cette action de comblement des lacunes dont le postulat est en quelque sorte d'après

⁶²¹ P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, préf. B. TEYSSIER, éd. Panthéon-Assas, 2002.

⁶²² C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, t. XXIV, Paris 1877, n° 300 : « Cela est d'autant plus évident que ce que nous appelons, avec nos textes, l'objet du contrat, n'est autre chose que l'objet de l'obligation, qui en résulte. Le contrat, en effet, n'ayant d'autre but que de produire des obligations, a nécessairement lui-même pour objet ce qui fait la matière des obligations qui en dérivent ».

⁶²³ Cet alinéa est dans le prolongement de l'article 1127 actuel : « le simple usage ou la simple possession d'une chose peut-être, comme la chose même, l'objet du contrat ».

l'auteur⁶²⁴ « l'enracinement dans le code d'apports neufs conduit ainsi la méthode de révision. C'est en effet parce que celle-ci se déploie sur l'ensemble de la théorie générale que ses interventions échelonnées de chapitre en chapitre procèdent par mise au point, mise en valeur et concordance, travaux de présentation, ouvrant la voie dans la trame, à maintes innovations en harmonie ». Il s'agit donc d'un remodelage en fonction des idées qui l'animent : le principe de cohérence en modernisant l'outil pour l'utilisateur.

⁶²⁴ G. CORNU

CONCLUSION DE SECTION 1

623. Au fur et à mesure des réformes les éminents auteurs ont tenté d'ajuster le modèle contractuel à la réalité pour les contrats se déroulant dans un certain temps. Mais en fonction des modes d'analyses il apparaît que les méthodes d'analyse, et surtout de solutions différentes et prônent ainsi des méthodes différentes, la tentative fut dans un premier temps de tenter d'ajuster les textes face à l'émergence des différentes fissures du modèle contractuel classique et de tenter de réajuster le modèle.

SECTION II : LA TENTATIVE DE RENOUVELLEMENT DU MODÈLE CONTRACTUEL

624. L'ordonnance de 2013 (**Paragraphe 1**) se situe directement dans le prolongement du projet Terré (**Paragraphe 2**)

Paragraphe 1 : Le renouvellement du modèle contractuel : les projets Terré et de la Chancellerie

625. Depuis quelques années⁶²⁵, il était constaté que le modèle contractuel⁶²⁶ ainsi que le principe de la force obligatoire devait se réorienter en raison de son inadaptabilité ou en tous les cas assouplir ces principes. En effet, alors que selon l'article 1134 du Code civil, le principe de l'intangibilité contractuelle est bien incrusté dans la théorie générale du contrat, une autre conception voit le jour. Ainsi l'abandon du principe d'intangibilité passe par une réflexion globale des conséquences sur le contrat et ouvre une nouvelle voie au contrat par l'intrusion d'un nouveau concept dit « flou », qui serait plus flexible et permettrait une meilleure adéquation du contrat à la réalité contractuelle. Ce concept serait celui de l'équilibre contractuel⁶²⁷ qui devrait contribuer à limiter les excès de l'unilatéralisme dans le contrat. En effet, il s'agit de remettre en cause une certaine intangibilité du contrat et d'infléchir les règles d'immutabilité et

⁶²⁵ J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, p. 51.

⁶²⁶ D. MAZEAUD, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel », in *La nouvelle crise du contrat*, (dir.) C. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, 2003, p. 136.

⁶²⁷ S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit des contrats*, préf. H. MUIR WATT, LGDJ, 2000, p. 308 ; R. BLOUGH, *Le forçage du contrat à la théorie générale*, préf. D. FENOUILLET, PUAM, 2011, p. 272 et s. qui traite de l'admission, sous conditions et de manière limitée, d'une adaptabilité du contrat et relève que l'adaptation est tout autant fondamentale, car la recherche des perfectionnements exprime la plus haute finalité du droit et conditionne le bon fonctionnement du système ; L. FINLANGER, *L'équilibre contractuel*, préf. C. THIBIERGE, LGDJ, 2002 ; L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent*, préf. M. GOBERT, LGDJ, 2004.

d'irrévocabilité tout en respectant la sécurité juridique du contrat. Ainsi la réforme proposée par l'Académie des Sciences Morales et Politiques contribue à poser le cadre d'un développement de l'équilibre contractuel ainsi que le développement de relations contractuelles tangibles et réelles tout au long du contrat.

626. Cette nouvelle tendance est due au développement du phénomène de l'unilatéralisme dans le contrat. C'est donc en réaction à lui que le modèle contractuel d'origine se fissure. Ainsi dans les différentes hypothèses de déséquilibres avérées, il est intéressant de prendre en compte la réponse de la proposition de la réforme de l'Académie des Sciences Morales et Politiques.

627. Dans cette ligne le projet Terré estime que les parties demeurent tenues de remplir leurs obligations même si l'exécution de celle-ci est devenue plus onéreuse. À défaut de se mettre d'accord dans un délai raisonnable, l'article 92 consacre un véritable pouvoir de révision judiciaire en autorisant le juge à adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou à d'y mettre fin. Ainsi le projet de Terré ou de l'académie des sciences morales et politiques semblait franchir un pas supplémentaire en consacrant la possibilité de révision du contrat par le juge. Ce projet admet implicitement l'admission de l'imprévision dans le contrat.

Paragraphe 2 : Le renouvellement du modèle contractuel : les projets Terré et de la Chancellerie

628. Cet avant-projet Terré soumis au Garde des Sceaux en 2008 a délibérément et nettement pris ces distances avec le modèle contractuel classique, prenant ainsi le contrepied du projet Catala. Le projet Terré, comme dans le projet de la Chancellerie, consacre la bonne foi à tous les stades du contrat, de la formation à l'exécution. La bonne foi est érigée au rang de principe directeur du droit des contrats et comme on l'a vu précédemment cette propension à développer de multiples fonctions aux concepts contractuels contribue largement à une certaine insécurité contractuelle bien légitime.

629. Avec son article 136⁶²⁸, il dispose que si « un changement de circonstances, imprévisible et insurmontable, rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer les risques, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant, mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation, le juge peut si les parties en sont d'accord, procéder à l'adaptation ». Alors que le projet Catala incitait à la négociation, le projet de la Chancellerie de 2008 fait peser un poids supplémentaire sur les parties : elles doivent parvenir à un accord faute de quoi la convention peut être résiliée. On assiste depuis quelques années à une admission progressive de la théorie de la révision pour imprévision. Certaines législations l'admettent, d'autres s'y refusent alors que certaines législations internationales l'admettent.

630. Quant au devoir de renégocier les contrats pour imprévision, la jurisprudence a tenté de remettre en cause par quelques arrêts⁶²⁹ le rejet de la théorie de l'imprévision. La Cour de cassation a consacré le devoir de bonne foi dans l'exécution du contrat comme un support conceptuel. Ainsi à la lecture de ces arrêts, la Cour de cassation oblige le contractant auquel profite le déséquilibre excessif survenu lors de l'exécution à renégocier le contrat au nom de l'exigence de bonne foi, sous peine de mise en jeu de sa responsabilité contractuelle. Cette règle est une règle de solidarité des contractants et permet de tempérer ainsi le principe du refus de la révision judiciaire pour imprévision. Aussi il faut admettre qu'à la lecture de ce projet il est visé très étroitement l'objet de l'obligation réciproque afin de rendre compte du caractère objectif de la contrepartie. Dans sa lancée le projet Terré semble faire référence à une conception essentiellement

⁶²⁸ Projet de réforme du droit des contrats (Ministère de la Justice, juill. 2008), art. 136 : « si un changement de circonstances imprévisible et insurmontable, rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge peut si les parties sont d'accord, procéder à l'adaptation du contrat ou à défaut y mettre fin à la date ou à la condition qu'il fixe. Une version officieuse datée de 2009, dont nous n'avons pas eu connaissance directe, projetterait de supprimer toute référence incongrue au caractère insurmontable de l'événement, qui doit demeurer le propre de la force majeure.

⁶²⁹ Cass. com., 3 nov. 1992, *RTD civ.* 1993, 124, obs. J. Mestre ; Cass. com., 24 nov. 1998, Défrenois, 1999, p. 371, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 1999, II, 12210, obs. Y. Picod ; *RTD civ.* 1999, p. 98 obs J. Mestre et p. 646, obs. P.-Y. Gautier.

objective de la cause. Selon l'article 61 du projet Terré en effet : « Lorsque dans un contrat synallagmatique, l'une des obligations est sans objet, l'obligation corrélative est nulle, de nullité relative ».

CONCLUSION DE SECTION 2

631. Le projet de renouvellement proposé par le professeur François Terré prend appui sur les différentes failles du système et consacre ainsi la jurisprudence en tentant de faire entrer les nouvelles décisions notamment en matière des frontières entre la formation et l'exécution. Mais ce renouvellement passe indéniablement par des tentatives de modifications ou d'aménagements du modèle qui élargissent le concept contractuel en tentant de le renouveler sans en tirer les conséquences.

CONCLUSION DE CHAPITRE 1

632. Que ce soit la tentative d'ajustement ou de renouvellement par d'éminents auteurs, la réflexion sur le contrat s'est bornée uniquement à développer davantage de flexibilité dans le contrat au moyen des concepts classiques, mais la plupart du temps en les dénaturant et en étendant leurs compétences. Cela a eu pour conséquence de brouiller en quelque sorte le message souhaité. Cette prise de conscience des auteurs nous a poussé à reconnaître un droit commun en mutation et a tenté d'en tirer les conséquences nécessaires.

CHAPITRE II : VERS UN DROIT COMMUN EN MUTATION

633. La reconnaissance d'un droit commun en mutation est une réalité depuis quelques décennies. En effet, les apports épars jurisprudentiels ont permis de voir à quel point l'unicité du seul modèle contractuel de la vente contribuait à déplacer les frontières entre la formation et l'exécution, notamment grâce au concept de la cause qui renvoie à l'équilibre dans l'exécution. Mais aussi à faire émerger de nouvelles figures. Pourtant, le refus de consacrer ces figures est tangible. La réforme n'a apparemment pas voulu saisir l'opportunité de saisir l'ensemble des pratiques consacrées par la jurisprudence. C'est alors qu'un dilemme apparaît et impacte largement la compréhension globale du droit contractuel. Pourtant les tentatives ne manquent pas, notamment avec l'inventivité des contractants. Mais, la réforme et ses prémisses à travers les différentes ordonnances ne sont pas parvenues à canaliser les différentes poussées de nouvelles figures malgré une volonté apparente de rupture avec le passé (**Section 1**). Pourtant ces figures, avec notamment l'exigence du maintien de la cause lors de l'exécution, seraient capables de prendre en compte ce continuum contractuel fondé sur une relation des parties plus objective. Pourtant la réforme semble ne pas avoir voulu aller plus loin et conserver quand même un modèle contractuel théorique unique. Pour l'auteur cet oubli majeur conditionne et maintient les problématiques du passé et même l'aggrave (**Section 2**).

SECTION I : L'ORDONNANCE DE 2013 : LES PRÉMISSSES DE L'ORDONNANCE DE 2016, VERS UNE APPARENCE DE RUPTURE MALGRÉ LE MAINTIEN D'UN CONTRAT HORS DU TEMPS

634. Les différents textes de réformes se sont succédé les uns après les autres et ont tenté de consacrer beaucoup d'outils afin d'enrayer toutes les problématiques et essayer de mettre en harmonie les différentes fissures qui ont pénétré le modèle classique. Mais le recours à ces différents outils fut désordonné et ne semblait pas pouvoir enrayer les dysfonctionnements importants même en reprenant certaines dispositions de droits spéciaux dans le droit commun (**Paragraphe 1**). Par ailleurs, malgré sa disparition formelle, la cause perdue dans l'ensemble des textes (**Paragraphe 2**). Il semble ainsi important de constater que c'est la cause, facteur d'équilibre du contrat dans l'exécution, qui semble être le concept du contrat qui garantit l'ossature du modèle contractuel classique, mais surtout aussi du nouveau modèle de contrat de durée.

Paragraphe 1 : La reprise de certaines dispositions de droits spéciaux dans le droit commun, le changement d'outils épars

635. Il est remarquable de constater le passage de la morale dans les contrats comme principe innervant tout le droit contractuel et tentant de remettre en cause les fondements contractuels classiques en modifiant leur rôle (**A**). Pourtant, cette réforme tente de consacrer dans un contenu homogène les différents bouleversements du contrat dans la durée en donnant l'impression d'une rupture sans en tirer les conséquences (**B**).

A) Le changement d'outils épars et sans cohérence

636. On a assisté depuis quelques années à une admission progressive de la théorie de la révision pour imprévision. Certaines législations l'admettent, d'autres s'y refusent. La théorie de la révision pour imprévision offre une réponse à la survenance d'évènements imprévus occasionnant une rupture d'équilibre dans le contrat. Comme

l'exprime clairement un auteur, la pratique de l'imprévision est une pratique courante et non avouée⁶³⁰. Cependant, elle se concentre sur des contrats inscrits dans la durée et qui nécessitent cette reconnaissance. Mais la question qui oppose la doctrine depuis quelques années est de savoir quel rôle accorder au juge. Certains auteurs sont pour une révision judiciaire intégrale qui mettrait le juge au centre du système, d'autres au contraire sont favorables à une mise à distance du juge et une reprise en main du contrat par les parties par la renégociation.

637. Il est intéressant de noter qu'actuellement le paradigme est en train de changer, fissurant sur son passage l'ensemble de la citadelle. Face à cette attaque en règle par des concepts plus souples et plus malléables, la théorie du contrat lutte efficacement en instaurant des mesures destinées à apaiser et à permettre à des notions comme le *raisonnable* de freiner la logique d'adaptation en lui donnant des moyens pour mesurer l'impact du risque produit et en limiter raisonnablement l'effet pour assurer en toute quiétude l'avenir du contrat réadapté.

638. L'efficacité du contrat et de la communication entre les parties contractantes serait l'un des objectifs les plus importants du droit français. L'efficacité au sens commun est de produire l'effet attendu. La définition la plus juridique ce serait un mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent⁶³¹. L'efficacité juridique est une recherche des moyens employés aux fins poursuivies. Mais il existe une pluralité de fins. Alors au nom du principe d'intangibilité absolue et du respect de la volonté des parties pour assurer la sécurité des conventions faut-il exécuter à la lettre les principes ou encourager la pérennité du lien en assurant une certaine flexibilité du contrat ? Plusieurs doctrines et théories ont vu le jour pour répondre à cette question. Comme le souligne un auteur, la doctrine ne fait pas que récolter les décisions jurisprudentielles pour les analyser au gré des circonstances, elle

⁶³⁰ C. CHABAS, th. préc. : « Notre postulat est clair : malgré le refus de façade de la révision pour imprévision, le système existe déjà ».

⁶³¹ *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, (dir.) A.-J. ARNAUD, LGDJ, 1988.

tente également de semer en créant un droit futur, le droit prospectif⁶³². Les doctrines sont révélatrices de différents courants de pensée qui sont autant de tendances et de sensibilités politiques qui se traduisent par le solidarisme, l'individualisme, le relationnel, etc. À travers ces différentes théories, il est difficile de s'y retrouver.

639. C'est dans ce contexte que les différents projets de réforme consacrent toutes ces possibilités directement ou indirectement⁶³³, tout en tentant de clarifier les attentes pour le droit des obligations. C'est ainsi que nous allons voir quelle forme cette obligation prend et peut prendre directement et indirectement. Plusieurs points militent pour la réforme. La multiplication depuis plusieurs années de projets d'harmonisation⁶³⁴ contribue largement à poser la question de la modernisation du droit français comme une priorité depuis quelque temps.

640. C'est ainsi en rendant le droit français plus attractif, et plus accessible, le nombre de cocontractants rattachant leur contrat au droit français serait plus important et serait de nature à faciliter son application et rendrait au droit français de son rayonnement passé⁶³⁵. Un auteur dénonce la concurrence entre les différents systèmes étrangers et la tendance au « *french law bashing* ». Cette tendance est due à l'influence avérée du droit français par rapport au *Common law*. Comme en effet, le droit français n'est plus aussi attractif, le droit du *Common law* s'est engouffré dans la brèche et propose ainsi une alternative. C'est pour contrecarrer cette alternative que le droit français a pris le train en marche en remettant au centre des débats la plupart des questions sur le contrat afin de devenir plus attractif et plus pragmatique.

⁶³² Par droit prospectif, on entend ici les principes de droit européen des contrats, l'avant-projet Catala, l'avant-projet Terré et l'avant-projet de la Chancellerie. Seront inclus également, en raison de leur parenté aux principes de droit européen des contrats, les principes Unidroit.

⁶³³ Au plan national, le droit des contrats est quasiment inchangé depuis 1804.

⁶³⁴ Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international élaborés en 1994 et complétés en 2004, les principes de Droit Européen des Contrats en 1995, 2000 et 2003 et enfin le projet de Code européen, le projet de règlement relatif au droit commun européen de la vente déposé le 11 octobre 2011 par la Commission européenne.

⁶³⁵ www.daniel-mainguy.fr/ : article de la réforme du droit des contrats et des obligations en 2014.

641. Dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations⁶³⁶, le cocontractant victime du changement de circonstances peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation. Dans ce projet, la possibilité d'adapter le contrat en cas de circonstances imprévues donne naissance à une obligation de renégociation. Celle-ci n'existe que dans les contrats à exécution successive ou échelonnée. Il s'agit d'actes inscrits dans la durée et donc à même d'introduire une certaine imprévision implicite. Dans ces contrats, la clause de renégociation n'aurait pas été prévue et dans ces conditions l'imprévu n'appelle un remède juridique que s'il n'a fait l'objet d'aucune prévision et se révèle extérieur aux parties dans la mesure où c'est au regard d'une certaine objectivité du contrat qu'on va renégocier. Dans le projet nous allons le préciser c'est « la notion d'intérêt au contrat » pour tenter de consacrer cette obligation de renégociation. Mais certains auteurs considèrent que cette prise en compte de l'intérêt serait limitée si on l'assimile à la perte d'une contrepartie ou serait trop vaste.

642. Cette remise en cause de la théorie générale du contrat est une consécration jurisprudentielle progressive de cet état de fait et correspond à une confirmation du sens des jurisprudences antérieures. Ainsi, les concepts se sont imposés depuis des années et permettent un changement de paradigme afin que le contrat s'ouvre à une réalité plus pregnante et permette ainsi une relecture plus fine de l'intérêt du contrat. C'est dans ces conditions que d'autres théories pourraient ainsi émerger et permettre une analyse de la réalité plus ajustée.

643. Le garde des Sceaux a présenté au Conseil des ministres, le 27 novembre 2013, un projet de loi qui habilite le Gouvernement à prendre par ordonnance conformément à l'article 38 de la Constitution, des mesures de simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. Ce projet de loi comprend notamment deux volets du droit des obligations à réformer : le droit des contrats ainsi que le régime et la preuve des obligations. Selon l'article 38, « le gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement

⁶³⁶ Avant-projet de réforme du droit des obligations, document de travail du 23 octobre 2013, document confidentiel publié dans les Échos du mercredi 15 janvier 2014 sous le titre : Droit des contrats : la révolution attendue par les entreprises enfin sur des rails.

l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication, mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse. À l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif ».

644. Dans cette ordonnance, l'article 3 de la présente loi vise à simplifier et à mettre en œuvre la réforme du droit des obligations. Cette réforme fait suite notamment à de nombreux travaux académiques publiés sur le sujet et en particulier l'avant-projet publié en 2005 par le groupe de travail animé par le Professeur Catala et les propositions formulées par l'Académie des sciences morales et politiques dans le cadre du groupe constitué sous l'égide du Professeur Terré. L'avant-projet de réforme du droit des obligations est une proposition de recodification d'ajustement et non de rupture. Cette réforme a pour but de consacrer de nombreux apports doctrinaux et jurisprudentiels qui se sont imposés au fur et à mesure de la thèse. Il s'agit de faire en sorte que les branches éparses et les incohérences du droit puissent être reprises par un texte cohérent qui rend explicite ce qui était implicite. Le but ultime est d'apporter un instrument juridique moderne et efficace combinant l'équilibre et la sécurité des transactions. Cette réforme tient évidemment compte des différentes observations faites par les nombreux chercheurs du droit.

645. Dès lors, il convient de relever la nécessité d'une clarification du champ d'application générale de l'article ; ensuite, il faudra mettre en lumière les incertitudes juridiques inhérentes à la mise en œuvre des règles propres à chaque technique. Le choc de simplification de la présidence Hollande est en train de voir le jour et tente de clarifier le droit des contrats et qui le droit de référence pour bon nombre de droits étrangers : « notre droit des contrats qui avaient très fortement contribué à l'exportation du Code civil à sa réception dans différentes législations étrangères au XIX^e siècle était surpassé par les droits étrangers, plus modernes et donc plus adaptés à la situation

économique actuelle⁶³⁷ ». Différents projets depuis une dizaine d'années ont mobilisé à la fois la doctrine et les praticiens et ont été sans cesse reportés. Devant les réticences des uns et les hésitations des autres la chancellerie a décidé de prendre les choses en main en procédant par ordonnance c'est ainsi qu'un texte de plus de 300 articles devrait permettre de réaliser une réforme.

646. Le champ de notre étude sur le traitement de l'imprévision dans le contrat est à la recherche d'un ensemble plus cohérent et c'est sous l'impulsion de cette réforme que le droit des contrats sera plus clair. Il est remarquable de constater que le traitement de l'imprévu s'opère aujourd'hui de manière éclatée, morcelée et divisée. Au lieu de mettre en place une manière globale d'appréhender l'imprévision, on préfère réagir au coup par coup, via des mécanismes dénués de cohérence et de complémentarité. C'est pourquoi l'enjeu de cette réforme aurait été de permettre une analyse cohérente de cette problématique ainsi que de nommer les différents contrats concernés par cette nouvelle dimension temporelle dans le contrat. Il s'agit également de neutraliser les débats contradictoires et stériles sur des notions susceptibles d'être des luttes de pouvoir. C'est ainsi que des notions comme la cause ont disparu alors qu'elle réapparaît dans les textes, la notion de bonne foi est mise au pinacle alors qu'elle pourrait aisément être remplacée par la notion de raisonnable.

B) Le contenu attendu de la réforme

647. Le contenu de la réforme attendue se décompose principalement en treize points : « Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance les mesures, relevant du domaine de la loi, nécessaires pour modifier la structure et le contenu du livre III du Code civil, afin de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme et à cette fin :

637

1° Affirmer les principes généraux du droit des contrats tel que la bonne foi et la liberté contractuelle ; énumérer et définir les principales catégories de contrats ; préciser les règles relatives au processus de conclusion des contrats ; y compris conclu par voie électronique, afin de clarifier les dispositions applicables en matière de négociation, d'offre et d'acceptation de contrat notamment s'agissant de sa date et du lieu de sa formation, de sa promesse de contrat et de pacte de préférence ;

2° Simplifier les règles applicables aux conditions de validité du contrat, qui comprennent celles relatives au consentement, à la capacité, à la représentation, et au contenu du contrat, en consacrant en particulier le devoir d'information, la notion de clause abusive et en introduisant des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre.

3° Affirmer le principe du consensualisme et présenter ses exceptions en indiquant les principales règles applicables à la forme du contrat ;

4° Clarifier les relatives à la nullité et à la caducité, qui sanctionnent les conditions de validité et de forme du contrat,

5° Clarifier les dispositions relatives aux effets du contrat et spécifier celles qui sont propres aux contrats d'adhésion ; Préciser les règles relatives aux effets du contrat entre les parties et à l'égard des tiers, en consacrant la possibilité pour celles-ci d'adapter leur contrat ne cas de changement imprévisible de circonstances ; Clarifier les règles relatives à la durée du contrat ;

8° Regrouper les règles applicables à l'inexécution et introduire la possibilité d'une résolution unilatérale par notification ».

648. Les principaux apports de cette réforme paraissent être l'abandon du rejet de la théorie de l'imprévision **(1)** ainsi que la reprise de certaines dispositions de droits spéciaux dans le droit commun **(2)** pour résoudre les problématiques contractuelles liées à la durée.

1) L'admission explicite de la théorie de l'imprévision

649. Le projet de réforme du droit des contrats préparé sous l'égide de la Chancellerie va plus loin. Avec son article 136 il dispose que si « un changement de circonstances, imprévisible et insurmontable, rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer les risques, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant, mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation, le juge peut si les parties en sont d'accord, procéder à l'adaptation ». Alors que le projet Catala incitait à la négociation, le projet de la Chancellerie de 2008 fait peser un poids supplémentaire sur les parties : elles doivent parvenir à un accord faute de quoi la convention peut être résiliée. Il est permis de s'interroger sur la confusion des rédacteurs de ce projet entre l'imprévision en tant que telle et la force majeure. En effet, un changement de circonstances imprévisible et insurmontable renvoie plutôt à la notion de force majeure. En matière d'imprévision l'exécution est possible et donc n'est pas insurmontable⁶³⁸.

650. Le projet gouvernemental a travaillé dans la même optique en considérant que la révision judiciaire pour imprévision doit être écartée et que lorsqu'un changement de circonstances bouleverse l'équilibre initial, « le juge peut procéder, avec l'accord des parties à l'adaptation du contrat ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe ». Les parties doivent être d'accord pour recourir au juge afin d'adapter le contrat.

651. On le voit dans ces deux projets un certain immobilisme s'empare de la problématique de l'imprévision. Comme le souligne un auteur, dans ces deux projets la méfiance à l'égard du pouvoir judiciaire est réelle. Les arguments en faveur du rejet de la théorie de l'imprévision peuvent être facilement repoussés. En effet, le rejet de la théorie de l'imprévision pousserait les parties à s'organiser avec des clauses d'adaptation afin d'enrayer le risque d'imprévision. Cependant, un contre-argument est tout à fait opposable dans la mesure où le risque d'imprévision serait accepté avec comme perspective pour les parties une possible révision judiciaire du contrat. C'est

⁶³⁸ L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. AYNÈS, Economica, 2011, p. 236 : « les auteurs du projet sont allés trop loin en procédant à une assimilation de l'imprévision et de la force majeure ».

dans cette hypothèse que les parties seraient plus prévoyantes avec une menace éventuelle de révision judiciaire. Elles s'organiseraient conventionnellement et « l'argument selon lequel le refus de la révision judiciaire pour imprévision conduit à stimuler la liberté contractuelle est réversible dans la mesure où on peut tout aussi bien soutenir que l'admission de la révision judiciaire pour imprévision emporterait une puissante invitation implicitement adressée aux parties, réputées être les meilleurs juges de leurs propres intérêts afin de rester en toutes circonstances les maîtres de leur contrat⁶³⁹ ».

- 2) La reprise de certaines dispositions de droits spéciaux dans le droit commun : des indices de l'existence d'un modèle alternatif

652. Le projet d'ordonnance consacre, même si ce n'est pas annoncé comme tel, des différents modes de fonctionnement unilatéraux **(a)** qui, par ailleurs, requièrent des instruments plus précis rendant possible le fonctionnement, au sein du contrat, de l'unilatéralisme **(b)**, ce mode de fonctionnement incite à repenser le modèle complet cependant la réforme ne va pas jusqu'au bout de l'exercice et ne tire aucune conséquence complète de ces aménagements. Pourtant, la reprise en cours d'exécution du mécanisme unilatéral a pour conséquence un déplacement à l'exécution du contrôle du contrat et incite à repenser le modèle dans une certaine incomplétude, mode de fonctionnement du contrat dans la durée, n'est-ce pas alors une consécration implicite des modes de fonctionnement du modèle du contrat incomplet ?

- a) La consécration des modes de fonctionnement unilatéraux dans les contrats de longue durée

653. Afin d'essayer de renforcer l'attractivité du droit français pour les opérateurs économiques, le législateur a donc décidé d'introduire une part de souplesse dans la relation contractuelle. En reprenant les solutions jurisprudentielles, l'unilatéralisme semble consacrer. Il est intéressant de noter que pour renforcer cette attractivité

⁶³⁹ D. MAZEAUD, « la réforme du droit français : trois projets en concurrence » in Mélanges dédiés à Christian Larroumet, 2009 p.329-360, *Economica* 11/2009

économique la réforme se plie en quelque sorte aux injonctions de la jurisprudence. Force est de constater ainsi que cela bouleverse le modèle, tout en résistant à la naissance d'un modèle alternatif ce qui d'ores et déjà pose selon nous des problèmes de cohérence.

654. En effet, comment consacrer la fixation unilatérale du prix sans comprendre ce qui se trame en matière de bouleversement des frontières entre la formation et l'exécution du contrat. Que ce soit la fixation unilatérale du prix, la réduction du prix, la généralisation de la reconnaissance des clauses abusives ainsi que la prise en compte du déséquilibre significatif. En effet, dans le cadre du déséquilibre significatif l'article 1171 du Code civil modifie en partie la conception même de ce droit commun, mais sans en tirer les conséquences que cela induit. En effet, par cette prise en compte du déséquilibre significatif le législateur veut prendre en compte un certain équilibre économique dans les contrats. On voit bien à travers ces solutions les changements progressifs qui s'opèrent en particulier une transformation significative de la conception légale du contrat⁶⁴⁰. Toutes ces solutions jurisprudentielles déplacent le curseur sur une autre réalité que la formation et prennent davantage en compte l'exécution. Se trame ainsi progressivement un changement de paradigme qui sonne comme la reconnaissance d'un temps différent de l'instant dans le contrat et qui semble induire une nouvelle réflexion sur le contrat. Mais plus qu'un changement d'outils épars, le changement le plus profond de l'ordonnance réside sans doute dans un basculement de la philosophie générale. Pourtant c'est sans prendre les conséquences que cela pourrait induire sur une éventuelle remise en cause du modèle du contrat complet. En effet il s'agit de prendre davantage en compte le contrat dans toute sa plénitude et dans sa globalité pendant l'exécution contractuelle. Quel que soit l'intérêt pratique, il est important de préciser que l'influence des droits spéciaux sur le droit commun est réelle et représente déjà le quotidien de la plupart des contrats. Or même si les droits spéciaux tentent de représenter le droit commun, « il n'est pas pour autant devenu le droit commun⁶⁴¹ ». Or comme nous le verrons dans cette réforme, un sentiment de brouillage plus que de clarté

⁶⁴⁰ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, p. 368 et s.

⁶⁴¹ *Ibid.*

existe entre la volonté affichée d'intégrer un droit plus concret, pour plus de justice et la réalité qui tente de conserver le droit commun sans trop chercher à altérer le modèle contractuel choisi.

655. Ainsi dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013, le contractant victime de mauvaises circonstances peut remettre en cause le contrat et l'adapter⁶⁴². En effet, cet avant-projet consacre la jurisprudence de 1995 en introduisant un nouvel article 71 disposant que « dans les contrats-cadres et les contrats à exécution successive, il peut être convenu que le prix de la prestation sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en justifier le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à voir réviser le prix en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties, ou à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat ». Cet article est la synthèse des différentes jurisprudences précédentes qui ont consacré le contrat de durée sans le nommer. Il fait référence à la jurisprudence de 1995 sur l'indétermination du prix qui est en quelque sorte à l'origine de ces travaux et qui engendra une réflexion sur certains types de contrats ayant pour objet de se réaliser dans le temps et qui ne peuvent en aucun cas être des contrats complets⁶⁴³. Dans les contrats-cadres et les contrats à exécution successive, le prix peut être indéterminé et fixé unilatéralement. En effet, à défaut d'un accord de prix, celui-ci peut être ultérieurement fixé soit par le juge soit par l'une des parties, l'autre pouvant contester en justice cette décision unilatérale. Il s'agit du mécanisme retenu par la Cour de cassation puisqu'elle pose le principe du contrôle judiciaire de l'abus dans la fixation du prix⁶⁴⁴.

⁶⁴² Avant-projet de réforme du 23 oct. 2013, art. 6.

⁶⁴³ Ch. JAMIN, « Les apports des arrêts du 1^{er} décembre 1995 au droit des contrats cadre », *RTD com.* 1997, p. 21. *Contra* D. FERRIER, « Les apports des arrêts du 1^{er} décembre 1995 au droit commun des obligations », *RTD com.* 1997, p. 55.

⁶⁴⁴ La cour de cassation ne s'est donc pas mise en contradiction lorsqu'elle a validé le contrat conclu sans un accord sur les modalités de fixation du prix tout en prévoyant un contrôle judiciaire de l'abus dans la fixation du prix. Comp. Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 234.

656. Il convient donc de bien souligner qu'une règle supplétive de fixation unilatérale du prix au temps de l'exécution de l'exécution avait bien été créée par les arrêts du 1^{er} décembre 1995. Et une vingtaine d'années plus tard, cette règle est consacrée dans un article de l'avant-projet de réforme du droit des obligations.

657. Dans le même sens, la Cour de cassation censure un arrêt ayant ordonné l'exécution d'un contrat sans avoir recherché si l'évolution des circonstances économiques n'avait pas eu pour effet de déséquilibrer l'économie générale et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit⁶⁴⁵. Dans cette espèce, une société conclut un contrat de maintenance sur deux moteurs d'une centrale de production pour une durée de douze ans. Une clause limitative de réparation contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur. Cet arrêt n'est pas sans rappeler l'arrêt Chronopost de 1996. Le plafond d'indemnisation étant dérisoire, il vide par là même l'engagement de sa substance, la clause litigieuse devra être sanctionnée et donc réputée non écrite. Il faut préciser que l'arrêt en question fait suite à celui de la cour d'appel de Paris qui était en quelque sorte un arrêt de résistance de la jurisprudence dégagée par la Chambre commerciale dans un arrêt du 13 février 2007 rendu au visa de l'article 1131 du Code civil. La clause évasive et/ou limitative de responsabilité devrait être anéantie automatiquement dès lors qu'était relevé un manquement à une obligation essentielle. Ce qui revenait à faire fi de l'appréciation par les juges du fond du caractère dérisoire d'un montant maximal d'indemnisation prévue par la clause⁶⁴⁶.

⁶⁴⁵ Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67369, *D.* 2010, p. 2481, note D. Mazeaud, p. 2485, note T. Génicon. Selon la Chambre commerciale, le non-respect des délais n'est pas en soi suffisant pour contredire l'obligation essentielle d'un éditeur de logiciels. L'idée est que le contrat ne doit pas perdre de sa force et ses effets doivent rester prévisibles, seules des situations rares et extrêmes peuvent justifier la révision et l'intervention du juge. Cet arrêt fait donc machine arrière en mettant un frein à une intrusion du juge dans le contrat tous azimuts.

⁶⁴⁶ Cass. com., 13 févr. 2007, n° 05-17.407, dans cette affaire la chambre commerciale a considéré qu'en l'absence de cas de force majeure, le non-respect du calendrier de livraison par la société oracle constituait un manquement à une obligation essentielle de nature à faire échec à l'application de la clause limitative de réparation ». C'est ainsi que le non-respect du calendrier de livraison était constitutif du manquement à une obligation essentielle du fournisseur. Mais cet arrêt n'est-il pas aller trop loin ? C'est précisément la réponse que va nous donner l'arrêt du 29 Juin 2010.

658. Dès 1996 avec la jurisprudence *Chronopost*, la Cour de cassation avait réputé non écrite la clause de responsabilité limitée du transporteur Chronopost. La Cour avait considéré en son temps que l'objet devait être livré en temps et en heure et qu'une clause limitative de responsabilité dénaturait le contrat en contredisant son obligation essentielle. Dans cette jurisprudence est consacré le déplacement de l'atteinte de l'objet du contrat à sa réalisation. Ce qui est intéressant est donc de voir à travers cette jurisprudence le déplacement vers la finalité du contrat pour déterminer son contenu. L'article 1170 de la réforme de 2016 sanctionne toute clause qui priverait de sa substance l'obligation essentielle : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». Il est à noter que si l'article 1169 du Code civil évoquait la cause comme fondement, l'article 1170 du Code civil tente d'appliquer la jurisprudence de *Chronopost*⁶⁴⁷ jurisprudence assez novatrice, tout en élargissant le fondement au contenu. L'obligation essentielle constitue un *noyau dur intangible*⁶⁴⁸. Ainsi l'article 1170 du Code civil sanctionne toute clause qui éliminerait de sa substance l'obligation essentielle. Dans cette optique de suppression de la cause, on tente d'opérer le même résultat, mais sans évoquer la notion. Mais à ce tour de cache-cache avec la cause on entretient une certaine confusion. Mais l'utilisation de cette formule diffère de celle retenue par la Cour de cassation en effet en supprimant le fondement même de la cause.

659. Pour reprendre l'analyse du texte de la réforme le législateur semble se démarquer de la jurisprudence Chronopost dans le texte pour plus de cohérence ce n'est plus la clause « qui contredit la portée de l'engagement pris⁶⁴⁹ » ou de « l'obligation

⁶⁴⁷ Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Bull.civ.* IV, n° 261 ; *D.* 1997, p. 121, note A. Sériaux ; Défrenois 1997, p. 333, obs. D. Mazeaud. *Adde* : C. LARROUMET, « obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », *D.* 1997.chron.147 ; Ph. DELEBECQUE, « Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité ? » *D. affaires* 1997, p. 235.

⁶⁴⁸ Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse Aix Marseille, 1981, n° 132 : il existe un noyau dur constitué par les obligations essentielles à l'être même de l'opération projetée, par les obligations propres à dénoter le contrat ».

⁶⁴⁹ Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632.

essentielle⁶⁵⁰ ». C'est à travers les mots de substance, essence qu'on tente de définir le concept juridique qui les vise. Le déplacement d'après un auteur⁶⁵¹ qui s'opère s'inscrit alors davantage dans le contenu : « apparemment la substance pourrait désigner plus nettement le contenu du contrat au travers de la prestation fournie, là où la portée de l'engagement aurait renvoyé à une approche finaliste, évoquant peut-être trop la cause ». Ainsi la tentative de remettre en cause le fondement causal passe nécessairement par une période de justifications qui apporte une certaine confusion et qui éloigne quelque peu de la réalité. Ainsi on tente de rattacher le contrat à la réalité de la prestation fournie au lieu d'une réelle finalité. N'est-ce pas un peu la même chose ? La prestation fournie comprend nécessairement la finalité. En voulant absolument s'éloigner du fondement de la cause, on finit par faire des contresens. C'est-à-dire que le but d'un contrat c'est la prestation fournie et c'est aussi sa finalité, l'un ne va pas sans l'autre. C'est en effet l'imbrication des deux qui fait le contrat.

b) Les instruments juridiques au service de l'unilatéralisme

660. Dans les différents instruments au service du contrat de longue durée, la possibilité d'un contrat-cadre en tant que contrat incomplet est généralisée **(i)**. En outre, un autre outil joue un rôle essentiel : la reconnaissance d'une obligation de renégociation en tant que contrepartie à l'admission de l'exercice du pouvoir unilatéral dans la relation contractuelle **(ii)**.

i) Les prémisses d'une reconnaissance du contrat incomplet.

661. Le contrat-cadre devrait faire son entrée dans le Code civil aux côtés des grandes classifications contractuelles⁶⁵². Le contrat-cadre est ainsi défini à l'article 9 du projet comme « l'accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques

⁶⁵⁰ Cass. com., 29 juin 2010, Faurecia II, n° 09-11. 841 ; *Bull. civ.*, n° 115 ; *D.* 2010, p. 1832, note D. Mazeaud.

⁶⁵¹ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016.

⁶⁵² Synallagmatique/unilatérale ; onéreux/gratuit ; commutatif/aléatoire ; consensuel/réel/ ; de gré à gré/ d'adhésion.

essentielles de leurs relations contractuelles futures ». Le texte précise ensuite que « des contrats d'application en précisent les modalités d'application ». Une première remarque tient à l'emplacement dans le corps du texte. Le contrat-cadre doit rester un contrat spécifique et hybride et n'est pas comparable aux autres contrats ci-dessus énumérés. Le contrat-cadre n'est pas un contrat qui devrait être placé au même rang que les contrats traditionnels. Mais les partisans de cette réforme n'ont-ils pas souhaité faire progressivement accepter le rôle de contrats spécifiques comme le contrat-cadre qui vont apporter au contrat un nouvel éclairage et un nouveau régime ? C'est ainsi que l'entrée du contrat-cadre dans la typologie traditionnelle des contrats classiques rend compte d'une volonté de reconnaître d'autres types de contrats qui seraient largement inspirés de la pratique contractuelle. Il est intéressant de noter que le contrat de durée dans ces conditions pourrait être largement admis.

662. Le fait de définir le contrat-cadre comme un acte portant sur les caractéristiques essentielles des contrats futurs amène à plusieurs remarques. D'après un auteur, il est paradoxal de voir le contrat-cadre sur un accord avec des éléments précis alors que la jurisprudence a consacré dans ce type de contrats une certaine incomplétude et une certaine indétermination : « les caractéristiques essentielles renvoient implicitement aux conditions essentielles⁶⁵³ » et renvoient ainsi à la notion de contrats complets. Penser le contraire revient à nier toute autonomie à l'exécution du contrat qui fut consacrée par la jurisprudence. Or, l'essence même du contrat-cadre est d'offrir une certaine indétermination afin d'adapter le contrat. Les derniers projets avaient d'ailleurs pris la peine de préciser que c'est justement dans les contrats d'application que l'on précise les modalités d'exécution⁶⁵⁴. Voir dans les contrats-cadres des contrats finis et complets serait nier la jurisprudence.

663. Ainsi en analysant les différents projets, on se rend compte que ce sont les modalités d'exécution qui sont là pour préciser les choses au temps de l'exécution et ce n'est pas le contrat-cadre qui doit être complet. Au sein de l'avant-projet Catala, c'est à travers l'article 1102-6, alinéa 2, que les choses sont précisées. En effet, au sein de cette

⁶⁵³ Synallagmatique/unilatérale ; onéreux/gratuit ; commutatif/aléatoire ; consensuel/réel/ ; de gré à gré/ d'adhésion.

⁶⁵⁴ Rapprochement projet Catala art. 1102-6, al. 2, et projet chancellerie, art.11.

classification inaugurale répond l'intention de mettre en place les grandes familles de contrats au sein desquelles se rangeront de multiples contrats dits spéciaux. Le projet maintient la plupart des contrats incontournables et fondamentaux du droit français. Le texte de l'avant-projet de réforme précise en effet que « le catalogue a été complété par de nouvelles définitions énoncées selon la même méthode, non point pour l'interprétation du texte, mais en fonction de la nature propre de chaque figure dans l'ensemble du système juridique ». Il est ainsi précisé que certains contrats tirés de la pratique contractuelle comme les contrats d'adhésion et les contrats-cadres sont susceptibles d'avoir une définition et de clarifier les différents éléments entre l'accord de base et l'accord complémentaire. Pour le contrat-cadre, il s'agit de la convention-cadre et des contrats d'application⁶⁵⁵.

664. Selon l'article 11 du projet de la Chancellerie de 2008 « le contrat-cadre est un accord par lequel les parties conviennent de relations contractuelles dont elles déterminent les caractéristiques essentielles. Des conventions d'applications en précisent les modalités d'exécution, notamment la date, la quantité et le prix des prestations ». Dans cet article 11 paraît très clairement la séparation entre la formation et les modalités d'application qui permettent une certaine renégociation en fonction des différents éléments. La question que l'on peut se poser est de savoir dans quelle mesure cette entrée du contrat-cadre dans le Code civil consacre l'apparition progressive du contrat de durée ou en tous les cas l'émergence de ce type de contrats.

ii) L'obligation de renégociation

665. La réforme du droit des contrats ne manque pas d'être influencée par la jurisprudence précitée. Même si l'avant-projet Catala s'inscrit dans la grande tradition française du droit civil, l'obligation de négocier pour imprévision dont il traite reflète une exigence d'ordre public. Cet avant-projet tempère la rigidité de l'intangibilité du contrat et sa force obligatoire en accordant une résiliation du contrat possible en cas d'échec des négociations. L'avant-projet en cours de la Chancellerie dispose également d'une l'obligation de renégocier pour imprévision, mais elle est accompagnée de mesures en cas de refus ou d'échec des négociations. Le juge peut, si les parties en sont

⁶⁵⁵ Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice 22 sept. 2005, Livre Troisième — Titre III — Des obligations, introduction de G. CORNU.

d'accord, procéder à l'adaptation du contrat ou à défaut y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe⁶⁵⁶.

666. Cependant l'avant-projet de la chancellerie intitulé « pour une réforme du droit des contrats 2009 » confère au juge un pouvoir de réviser, indépendant de la commune intention des parties, en l'absence d'accord des parties dans un délai raisonnable. C'est en effet l'article 92, alinéa 3, de l'avant-projet Terré qui dispose qu'en l'absence d'accord des parties dans un délai raisonnable, le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe ».

667. Il convient de noter que le fait de recourir à une obligation de renégociation dans le contrat peut être considéré comme une première étape de la révision pour imprévision. Cette obligation est issue d'un devoir global de coopération et de loyauté. Le contrat ne peut pas légitimement s'arrêter soudainement surtout dans le cadre de contrat aux relations longues⁶⁵⁷. Cette obligation de renégociation fait donc clairement partie de ce devoir de coopération des parties. Or dans le système actuel, en cas de changements de circonstances dans la mesure où aucune clause de renégociation n'est établie, il est impossible *a priori* de réviser le contrat.

668. De façon classique nous avons construit notre positionnement par rapport à la question du temps et du droit. Par exemple, à la vision d'un moment où la loi est édictée et celle d'une longue phase où elle est appliquée devant à notre avis se substituer la vision d'un processus continu où le moment de formulation du contrat est indissociable de ce long processus où le contrat va faire l'objet d'appropriations multiples, successives, contradictoires, pour finalement, faire de la production de la loi non pas une décision ponctuelle, mais un processus continu.

⁶⁵⁶ L'article 136 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats, 2008.

⁶⁵⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil : les obligations*, 22^e éd., PUF, t. 4, p. 288 : « si l'on considère qu'il y a ou, à tout le moins, qu'il devrait y avoir un esprit d'association entre les deux parties du contrat successif, il n'est pas absurde de soutenir que toutes deux doivent coopérer, pour surmonter la crise survenue dans l'exécution du contrat ».

669. De façon générale, il est constaté que le contrat dans son ensemble avait vocation à rester inchangé et intangible pendant des siècles. Cependant le contrat est renouvelé dans son rapport au temps et à la durée. Le temps et les changements qu'il implique imposent au contrat un changement de paradigme, c'est-à-dire que ce n'est pas l'accord de volontés qui va imposer au contrat une lecture à la lettre, mais plutôt l'exécution qui va recommander une lecture dynamique du contrat.

670. Montaigne nous enseigne « qu'il ne faut pas dresser des contraires l'un contre l'autre, mais plutôt de tenter de les concilier pour permettre un enrichissement réciproque⁶⁵⁸ ». Il faut essayer de concilier les principes afin de rendre compte le mieux possible des différents enjeux du contrat. C'est ainsi que l'opposition entre la bonne foi et la force obligatoire s'avère aussi fausse que stérile nous dit un auteur⁶⁵⁹, car exécuter un contrat signifie tout simplement l'exécuter complètement en conformité concrète avec la volonté de l'autre partie. L'auteur poursuit son analyse en considérant que le traitement de l'imprévu ne peut reposer sur une bonne foi aux contours flous et moralistes. Il s'appuie en réalité dès le départ sur les prévisions contractuelles. L'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil dessine les contours du contrat et réaffirme les prévisions des parties contractantes⁶⁶⁰.

671. C'est l'imprévu qui est un obstacle pour la continuité du contrat, l'article 1134 renforce l'attachement aux prévisions contractuelles. L'imprévu ne doit pas bouleverser le contrat, mais doit permettre de réaffirmer le contrat dans toute sa puissance. L'article 1134 du Code civil n'est pas un obstacle à l'admission de l'imprévu.

⁶⁵⁸ E. MOET, *Des opinions et des jugements littéraires de Montaigne* p.186

⁶⁵⁹ L. THIBIERGE, th. préc., p. 398.

⁶⁶⁰ P. ANCEL, « La force obligatoire. Jusqu'où faut-il la défendre ? », in *La nouvelle crise du contrat*, (dir.) Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, 2003, p. 163 ; « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*1999, p. 771 ; Ch. JAMIN, « La force obligatoire du contrat », in *Le contrat aujourd'hui. Comparaison franco-anglaise*, (dir.) D. TALLON et D. HARRIS, LGDJ, 1987, p. 57 ; J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134, al. 1^{er} du Code civil », *RTD civ.* 2001, p. 265.

La bonne foi va justifier l'existence d'un devoir de renégocier⁶⁶¹. C'est ainsi que selon le sens⁶⁶² donné à l'article 136 du projet le contrat économiquement utile est celui qui s'adapte au contexte et qui s'adapte au contexte économique et qui en peut procurer un avantage aux parties.

⁶⁶¹ L. THIBIERGE, th. préc., p. 398 : « il faut simplement comprendre que le créancier serait de mauvaise foi s'il réclamait ce qui n'est pas son dû, mais le fruit d'un accident de parcours, et que la bonne foi oblige les deux parties à donner pleine efficacité à leur convention, ce qui peut supposer l'adapter au contexte économique ».

⁶⁶² X. LAGARDE, « Observations sur l'article 136 du projet », *LPA* 12 févr. 2009, spéc. p. 79.

Paragraphe 2 : L'enjeu de la présence de la cause

672. La bonne foi est réhabilitée en tant qu'instrument de prévision et d'organisation de l'avenir⁶⁶³. Il s'agit de réaffirmer les prévisions des parties confrontées à la réalité du contrat. La bonne foi s'inscrit dans le prolongement de la force obligatoire et l'opposition de départ se révèle fautive autant que facteur d'incompréhension. La bonne foi est au contraire un outil réaliste au service du contrat et de la force obligatoire. Il n'existe donc aucune opposition entre les deux alinéas de l'article 1134 du Code civil : « le premier s'acquitte de ses obligations contractuelles, l'alinéa 3 s'efforce de mettre toute la bonne volonté des parties contractantes pour aboutir au respect de la prévision contractuelle d'origine⁶⁶⁴ ».

673. Dans l'avant-projet de réforme, la cause est préservée manifestement par ses fonctions, c'est-à-dire qu'officiellement elle disparaît, mais : « l'esprit de la cause ou pour le dire plus techniquement, ses principales fonctions paraissent subsister à son éradication des conditions de validité énumérées à l'article 35 du projet. Ainsi l'article 69 de l'avant-projet de réforme fait subsister la cause au moins dans son esprit⁶⁶⁵ ». Par ailleurs, pour la cause de l'obligation c'est l'article 75 de l'avant-projet de réforme qui conserve cette exigence d'une contrepartie réelle dans certains contrats⁶⁶⁶. On constate que la cause subsiste à sa disparition.

674. Fort de ce constat, nous soulignons que l'intrusion du juge dont l'assise était jurisprudentielle devient légale ce qui renforce d'autant ces pouvoirs, mais est

⁶⁶³ L. AYNÈS, « Le devoir de renégocier », *RJC* 1999, p. 11 : la bonne foi justifie pleinement le devoir d'exécuter de bonne foi.

⁶⁶⁴ J. MESTRE, « Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », *RLDC* 2009, n° 58, l'auteur voit dans la bonne foi une invitation à faire son possible pour que le contrat soit à même de satisfaire l'intérêt de chacun.

⁶⁶⁵ J.-J. ANSAULT, « La validité du contrat », *Journ. soc.* avr. 2014, p. 26. Cf. art. 69 qui remplace l'article 1131 du Code civil : « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».

⁶⁶⁶ Art. 75 : « un contrat à titre onéreux est nul lorsque lors de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ».

également de nature à fragiliser l'édifice contractuel des parties. Nous sommes en effet partagés sur la question de l'imprévision. D'un côté, nous sommes favorables à l'adaptation du contrat de durée et, d'un autre, il est souhaitable que les pouvoirs du juge soient bien encadrés.

675. C'est dans cet état d'esprit que l'imprévision actuelle malgré son rejet et son interdiction de fait en droit des contrats est une belle incitation à anticiper les difficultés du contrat. Depuis de nombreuses années, la pratique plaide en faveur d'une certaine imprévision dans les contrats de durée. C'est pourquoi il a été constaté à de nombreuses reprises dans cette étude les différentes ouvertures et intrusions à cette possibilité de révision. En effet, malgré l'imagination de la pratique pour contourner ces différentes clauses, il est indéniable qu'une consécration de l'imprévision dans les contrats de durée permettrait de clarifier la situation. Dans ces types de contrats où les enjeux financiers sont considérables, l'utilisation de clauses pouvant déjouer les engagements initiaux en cas de bouleversement des données initiales s'imposerait aujourd'hui.

676. Selon l'avant-projet de réforme, l'engagement est dépourvu de cause réelle lorsque, dès l'origine, la contrepartie convenue est « illusoire ou dérisoire » selon l'article 1125 du Code civil. Sans référence aucune à la cause, le projet gouvernemental dispose dans son article 86 qu'un contrat à titre onéreux est nul faute d'intérêt lorsque dès l'origine la contrepartie convenue est illusoire et dérisoire. Quant au projet de l'Académie des sciences morales et politiques, il prévoit que lorsque l'obligation est sans objet dans un contrat synallagmatique, l'obligation corrélative est nulle. Dans ces différentes affirmations, il y a une recherche de simplification et de clarification qui ne permet pas de percevoir les nuances de la problématique causale.

677. En effet, à la lumière des différentes problématiques de ce sujet, la question de la cause paraît être l'enjeu central. Cependant, la multiplicité des sens donnés à la cause contribue à écarter dans le projet Terré ce fondement de l'engagement contractuel tant il est facteur de brouillage dans le contenu même du contrat **(B)** alors avant de tenter une clarification, il paraît opportun de comprendre l'enjeu de la problématique causale **(A)**.

A) La cause : point sensible du projet de réforme : « la chose sans le mot »

678. La plupart des développements sur la cause font état de l'obscurité de la notion. La multiplicité des sens que l'on attribue à la cause rend difficile son efficacité et contribue notamment à sa disparition. Ainsi la tentative de remplacement de la cause par la notion d'intérêt est une tentative de simplification qui aboutit plutôt à une plus grande complexité.

679. D'après un auteur « l'avenir du contrat n'est pas insensible à la prise en considération de la cause, à ce stade de la relation contractuelle. La cause traduit en effet un certain équilibre des intérêts en présence, que les parties ont initialement fixé et qu'elles souhaitent voir respecter tout au long du contrat⁶⁶⁷ ». Il poursuit en considérant que c'est précisément parce qu'elle doit exister dès la formation qu'elle introduit également l'idée de réalité dans le contrat. Dans cette recherche, c'est la volonté contractuelle qui est réaffirmée au cours de l'exécution et la prise en compte de la cause contribue à donner un vrai sens à la volonté des parties. La présence de la cause introduit une meilleure prise en compte de l'évolution des circonstances entourant son exécution. Toutefois, cette réaffirmation de la cause et de la prise en compte des circonstances emporte un risque de déstabilisation du contrat et de l'objectif initial. Paradoxalement pourtant, c'est bien la suppression de la cause qui serait de nature à engendrer un déséquilibre, car alors l'outil de nature à réaffirmer la volonté de poursuite du contrat aux nouvelles conditions et circonstances ferait défaut. Dans ce cas, il y aura un risque à la fois de révision judiciaire du contrat et de perte de contrôle de la volonté des parties. La cause correspond aux motivations déterminantes des contractants et c'est la raison pour laquelle les changements qu'elle pourra entraîner en cours d'exécution permettront d'accorder la poursuite du contrat aux nouvelles circonstances pouvant survenir sans remettre en cause le contrat et en restant fidèle aux volontés initiales des parties. C'est dans cette perspective que la cause est à plusieurs conditions un outil indispensable au fonctionnement du contrat dans la durée et dont la suppression entraînerait un déséquilibre contractuel et une certaine déficience de la volonté

⁶⁶⁷ A. CERMALOCCE, *Cause et exécution du contrat*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2001.

contractuelle qui ne serait plus à même d'assurer le prolongement de la relation contractuelle. C'est pourquoi plutôt que de remettre en cause le contrat, l'idée du professeur Catala est de redessiner les contours exacts de la cause afin de clarifier la notion et d'apporter une certaine cohérence au propos.

680. Dans le projet de réforme de Catala, l'idée retenue est de faire de la notion cause-engagement une notion unitaire et d'éviter la distinction de la cause du contrat la cause subjective et de la cause de l'obligation objective. Cependant, cette conception unitaire ne remet pas en question la double fonction de la cause selon qu'il s'agit de contrôler son existence ou de vérifier son caractère illicite.

B) De la nécessité d'une clarification

681. L'article 8 de la loi n°2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et de la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures autorise le gouvernement à réformer par ordonnance le droit des obligations, et notamment le droit commun des obligations. D'office apparaît la disparition délibérée de la cause : « un article introductif rappellera les trois seules conditions nécessaires : le consentement des parties, leur capacité de contracter et l'existence de contenu licite et certain. Il est proposé de ne plus faire appel à la notion de cause, mais de préciser les différentes fonctions régulatrices ou correctrices jusqu'à présent assignées à cette notion par la jurisprudence⁶⁶⁸ ». La décision de recourir à la disparition de la cause a pour origine aussi des considérations européennes⁶⁶⁹. Nous verrons que la disparition de la cause a été justifiée par une quête de simplification **(1)**, mais que derrière la disparition du mot, la notion subsiste **(2)**.

⁶⁶⁸ art.1127 projet ord. : « sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1°Le consentement des parties qui s'obligent ; 2° leur capacité de contracter ; 3° un contenu licite et certain ».

⁶⁶⁹ G. WICKER, « La suppression de la cause et les solutions alternatives », in *La réforme du droit des obligations en France*, 5^e journées franco- allemandes, Société de législation comparée, 2015, p. 107 et s.

1) Une recherche de simplification par la disparition de la cause

682. Le projet d'ordonnance de 2013, en abandonnant directement la notion de cause sans la remplacer par une notion équivalente, laisse la cause en place sans prononcer son nom. La notion de cause a été souvent mobilisée par la Cour de cassation afin de rétablir l'équilibre du contrat. Face au danger du développement de l'unilatéralisme dans les contrats, la cause devient un rempart à cette prise de pouvoir et tend ainsi à rétablir l'équilibre. Le premier arrêt fondateur serait l'arrêt Chronopost largement commenté en doctrine et qui ouvrirait la voie à une réflexion plus large sur la cause. En effet, la question est de savoir si la problématique de la cause n'est pas sous-entendue et si les décisions ne se réfèrent pas systématiquement à la cause. En clair la question est de savoir si la cause ne constitue pas le fondement de l'ensemble des solutions dont on a démontré les difficultés et les incompréhensions et qui bien souvent étaient ainsi source d'insécurité juridique. Dans cet arrêt Chronopost c'est parce que la clause n'aboutit pas à l'établissement d'une obligation sans contrepartie véritable dans l'exécution qu'elle révèle alors l'absence de cause véritable dans le contrat. Dans cette analyse c'est la réaffirmation par la cause de la volonté contractuelle de départ qui paraît être le correctif éventuel des abus dans l'exécution.

683. La cause devient ainsi la grille de correction de l'abus. Dans cette perspective, l'abus ou l'ensemble des détournements du contrat est contrôlé par la cause. Les analyses jurisprudentielles doivent être approuvées en ce qu'elles permettent de restaurer la réalité de l'opération contractuelle tout en respectant la volonté initiale, dans la mesure où elle serait prolongée de manière tangible. La réalité contractuelle se mesure à l'aune de ce qui avait été convenu afin d'assurer la prestation spécifique voulue et garantir l'utilité actuelle du contrat. Il s'agit dans tous les cas à la fois de contrôler les abus éventuels possibles et d'empêcher préventivement les détournements de l'équilibre du contrat. C'est donc bien un contrôle du prolongement de la volonté dans l'exécution. Dans cet arrêt, les commentateurs parlent de la subjectivisation de la cause dans la mesure où on intègre les motifs des parties dans le contrôle de l'existence de la cause. Cette subjectivisation serait de nature à réduire considérablement la distinction qui existe un peu artificiellement entre la cause-objective et la cause-subjective. Cependant pour certains auteurs, il est possible de considérer que les motifs

qui sont pris en considération correspondent en fait à la contrepartie voulue par les parties, ce qui peut dans ce cas rattacher le contrat à une contrepartie réelle et appréciée concrètement.

684. Ainsi il paraît paradoxal de vouloir supprimer la cause alors qu'elle paraît être le fondement de la plupart des solutions aux problèmes engendrés par le contrat. La notion d'obligation sans contrepartie du contrat est révélatrice de ce mouvement et contribue à donner du souffle à la notion de cause. En effet, il est constaté que la notion de contrepartie souligne la nécessité de clarifier la notion même de cause, fondement du droit contractuel. La réalité de l'opération contractuelle est visée et contribue à empêcher que les cocontractants ne parviennent à déséquilibrer la convention et à remettre en cause l'utilité et l'intérêt du contrat. Ainsi la cause est dans ce cas considérée comme le prolongement de la volonté initiale. C'est ce cadre qui doit être appliqué par le juge, le juge doit se référer à la volonté des parties et non pas ce qu'il estime devoir être la volonté des parties.

2) La subsistance du fondement implicite de la cause

685. Un « vice logique »⁶⁷⁰ naît de la radicalité de la disparition de la notion de cause. En effet, la difficulté réside dans la reprise dans les nouveaux textes des solutions ayant comme fondement la cause, mais sans viser son fondement. Ce constat implique donc une disparition formelle, mais pas substantielle de la cause puisqu'elle constituera le fondement implicite de ses solutions⁶⁷¹. Mais ce n'est pas en la faisant disparaître formellement en lui enlevant son nom que l'ensemble des problèmes sont résolus bien au contraire. En dépit de la volonté des textes de se suffire à eux-mêmes, sans le fondement visé, l'interprétation des contrats se fera nécessairement quand même sur le fondement de la cause, et avec les mêmes problématiques.

⁶⁷⁰ G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot », *D.* 2015 p. 1557.

⁶⁷¹ D. MAZEAUD, « Pour que vive la cause, en dépit de la réforme ! », *Dr. et Pat.* oct. 2014, qui observe « qu'à la réflexion, on éprouve le sentiment que c'est moins la disparition de la notion de cause que le projet emporterait, que la suppression du mot "cause" »... la réforme serait donc purement formelle.

CONCLUSION DE SECTION 1

686. Ce changement pourrait avoir des conséquences plus profondes et marquerait en fait un certain recul. Le risque comme le soutient un auteur serait « alors d'une lecture formelle et sclérosante des nouveaux textes et d'un appauvrissement corrélatif de la théorie du contrat, de sorte que la disparition de la cause serait un arrêt de l'effort doctrinal et jurisprudentiel en vue de l'adaptation continue du droit des contrats à l'évolution des réalités économiques et sociaux⁶⁷² ». Formellement, cela revient donc à développer de manière protéiforme la bonne foi ce qui contribue à la déstructuration du modèle contractuel et provoque ainsi une certaine insécurité juridique.

⁶⁷² G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot », *D.* 2015 p. 1557.

SECTION II : L'AGGRAVATION DES PROBLÉMATIQUES DU PASSÉ

687. La recherche d'un *continuum* contractuel nécessaire à l'optimisation du droit contractuel passe par la reconnaissance complète d'un autre modèle (**Paragraphe 1**) et pourtant la réforme en maintenant le modèle contractuel unique réduit considérablement sa portée et l'aggrave (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La renonciation à la reconnaissance complète d'un autre modèle, facteur de complication

688. La renonciation à la reconnaissance d'un autre modèle pousse la réflexion dans ses extrémités et a contribué progressivement à infirmer le modèle contractuel classique sans régler vraiment la question du changement en cours d'exécution du contrat dans la durée. Cette propension à nier la réalité de la durée dans le contrat a contribué à développer de l'implicite plutôt que de l'explicite. C'est-à-dire qu'au lieu d'afficher réellement les difficultés liées à la problématique du temps, il s'est agi de les contourner en les autorisant implicitement. Cependant, le constat dans les différentes réformes des difficultés de la théorie générale pour intégrer en son sein ces nouvelles figures contractuelles fait écho à l'analyse de Bruno Oppetit en matière de changements de circonstances dans les contrats internationaux⁶⁷³. En effet, il considère que le changement est inhérent à la vie contractuelle et doit être pris en compte dans les contrats de longue durée quand bien même cela altère le modèle contractuel, il faut admettre une certaine diversité du modèle.

689. Puis certains auteurs ont relayé cette analyse en considérant que : « La difficulté tient alors à ce que ce modèle classique ne permet pas de rendre compte de ces figures à la coloration sociétaire et constitue pour celles-ci un vêtement mal ajusté, au point qu'on ne

⁶⁷³ B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship », *JDI* 1974, spéc. p. 798.

saurait le leur faire endosser sans risquer d'en déchirer les coutures⁶⁷⁴ ». Comme décrit précédemment, il est indéniable que c'est la mauvaise compréhension et intégration de la diversité contractuelle qui pousse à entamer une réflexion sur un autre modèle. Cette nouvelle approche permettrait d'optimiser toutes les réflexions sur un modèle contractuel différent mettant en jeu davantage la réalité de ces nouvelles interrogations et figures contractuelles. L'absence de reconnaissance d'une certaine diversité contractuelle conduit à réduire le potentiel du modèle contractuel. Comme le souligne le professeur Libchaber : « on prend pour une transformation du droit commun ce qui est d'abord l'effet d'une diversification⁶⁷⁵ ». La consécration de cette diversification passe ainsi par une recherche de compatibilités de deux régimes dans un seul modèle, le contrat. Mais ne devrait-on pas consacrer un autre modèle en insistant sur la dimension temporelle du contrat ? En effet, aux côtés de certains contrats où tout semble figé et qui obligent à décider de tout en fonction d'une intangibilité absolue, un autre modèle semble se détacher clairement et contribue à pousser vers une alternative renouvelée. Mais c'est la philosophie même du contrat qui est remis en cause. En effet, soit le contrat en tant qu'acte de prévision s'inscrit dans un processus intangible et est en cela considéré comme un contrat fermé et complet ; soit le contrat est un instrument en *continuum*, ouvert et qui permet une certaine incomplétude de départ. Dans cette dernière hypothèse, il change de perspective et suit le mouvement du contrat et rattrape l'idée du contrat en cours.

690. Il est paradoxal de comprendre le contrat comme acte de prévision depuis Maurice Hauriou, et de le réduire à l'instant, afin d'écartier toute imprévisibilité de l'avenir. En ce sens, il apparaît que bien souvent dans le modèle classique, le devenir réel se distingue du devenir juridique. Aussi ces deux devenirs se distinguent et contribuent à voir dans le contrat un socle intangible et intouchable, figé dans l'instant. Or, certains auteurs ont eu l'audace de proposer un *continuum* relationnel dans des contrats qui s'inscrivent davantage dans le temps dans une aventure commune des deux parties contractantes en la figure du contrat coopération.

691. La différence fondamentale entre le contrat échange ou contrat permutation se fait par la distinction du temps avec le *contrat coopération*. Dans le cadre du contrat échange, le

⁶⁷⁴ M. CAFFIN-MOI, *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, préf. D. BUREAU, Economica, 2009, p. 255.

⁶⁷⁵ R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat »

moment fondateur se fait dans la naissance qui cristallise le contrat dans l'instant. Pour le *contrat coopération*, au contraire, c'est la tension vers l'avenir qui l'anime. C'est la tension vers l'objectif commun qui dure dans le temps. Pour le contrat de coopération, ce n'est pas tant de la prévision que de permettre un certain pilotage à vue : « ce qui explique que l'on ne puisse pas en rendre compte par une liste d'obligations définies à l'avance, mais seulement par des attitudes mutuelles convenues inter partes, qui permettront d'assurer les objectifs du contrat en faisant face aux aléas de son environnement. Devoirs de coopération, d'adaptation, de loyauté bien sûr, illustrent cet étrange pilotage à vue du contrat, en même temps qu'une coopération inédite entre les parties⁶⁷⁶ ». C'est parce que les contrats s'inscrivent dans le temps que la coopération fonctionne. Dans un contrat instantané, la coopération ne s'impose pas, elle n'est pas nécessaire.

692. Pour tenter de cerner son objet, la caractéristique principale est donc l'inscription du contrat dans le temps contractuel en se rapprochant le plus possible du temps réel. Certains auteurs comme Suzanne Lequette ont fait émerger la catégorie des *contrats coopération*, en tentant d'y insérer l'ensemble des contrats qui s'exécutent dans une durée longue. En effet, la durée semble être l'élément déterminant de la catégorie des contrats coopération, dans la mesure où la coopération s'installe avec le temps. Cette nouvelle catégorie de contrats en effet se distingue nettement du contrat échange en inscrivant ses rapports dans un temps plus long. Pourtant, dans notre perspective, c'est le critère de la durée qui est déterminant et c'est cette durée qui imprime la spécificité du contrat coopération. La coopération naît de la durée. Cependant deux conceptions s'opposent sur la réception de la thèse **(A)** et de l'impact du temps **(B)**.

⁶⁷⁶ S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. Cl. BRENNER, 2012, p. 588.

A) La réception de la thèse de l'existence de la durée dans le contrat

693. C'est à travers la pensée de Bergson⁶⁷⁷ que nous avons tenté de comprendre l'enjeu de la réception de l'impact du temps dans le contrat. En effet, la durée selon Bergson est caractérisée par son mouvement et sa stabilité, ce qui peut paraître paradoxal. En effet selon Bergson il faut distinguer le temps figé du contrat et son instantanéité de la durée proprement dite. L'essence de la durée est « de couler et de s'écouler, de passer et de changer⁶⁷⁸ ». L'auteur poursuit en précisant même que « la durée est le mouvement lui-même qui n'est pas extérieur aux choses, mais qui se situe à l'intérieur des choses et qui est en est le mouvement⁶⁷⁹ ». Bergson distingue deux temps : le temps quantitatif et le temps qualitatif. Le temps quantitatif est un temps rationalisé et spatialisé. Il est sans doute à l'origine de la conception primitive du contrat en tant qu'acte de prévision. Le temps qualitatif est le temps vécu et s'assimile à la durée. Et en tant que tel Bergson considère la durée comme une continuité indivisible : « la durée se révélera telle qu'elle est, création continue, jaillissement ininterrompu de nouveauté⁶⁸⁰ ». Pour Bergson le temps vrai est le temps qui s'écoule et ce temps vrai est nécessairement hétérogène⁶⁸¹. En ce sens, l'auteur poursuit sa réflexion en considérant que « dès l'instant où on introduit de la moindre homogénéité à la durée, on introduit subrepticement l'espace », alors que selon Bergson « il y aurait lieu donc de se demander sous la forme d'un milieu homogène, ne serait pas un concept bâtard, dû à l'intrusion de l'idée d'espace dans le domaine de la conscience pure⁶⁸² ». En effet, la volonté de tout maîtriser dans le contrat participe d'une même volonté dans le contrat de rendre le contrat homogène et prévisible. Or, selon l'analyse de Bergson sur la durée, il nous paraît émerger une autre conception du temps qui peut expliquer davantage notre conception de

⁶⁷⁷ H. BERGSON., *La pensée et le mouvant*, essais et conférences.

⁶⁷⁸ M. CRESP, *Le temps juridique en droit privé essai d'une théorie générale*, préf. J. HAUSER, PUAM, 2013.

⁶⁷⁹ *Ibid.*

⁶⁸⁰ H. BERGSON, *La pensée et le mouvant*, essais et conférence.

⁶⁸¹ M.CRESP, thèse préc., p. 58.

⁶⁸² *Ibid.*, p. 59.

contrat de durée. En effet, selon le nouveau Petit Robert de la langue française : durer consiste à résister contre les causes de destruction. Force est de constater que l'analyse de Bergson est dans la continuité de notre recherche sur le recours nécessaire au contrat de durée pour enrayer les problématiques de temps sur le contrat. Pour promouvoir un contrat qui prend en compte certains changements dans la durée sans compromettre réellement le contrat et sans le remettre en question. En effet, en intégrant les perpétuelles modifications apportées par la durée, le contrat est en mouvement et la durée est vécue et la force de la présentation contractuelle est ainsi remise en cause d'après cette conception bergsonienne. Selon Judith Rochfeld : « Le critère préalable réside dans l'insertion de la durée dans l'exécution du contrat. Quel que soit le mode d'exécution instantané, successif, ou échelonné, le seul fait que l'exécution des obligations principales intègre le temps et ne s'épuise pas immédiatement suffit à influencer sur le sort du contrat. En cela la considération de la durée dans l'exécution apparaît plus pertinente que l'attachement classique au mode d'exécution. Elle pourrait se traduire par l'appellation, importée du droit des procédures collectives et du droit transitoire, de contrat en cours au sens de contrats dont les obligations essentielles sont en cours d'exécution⁶⁸³ ».

694. Cette notion même de *contrats en cours* implique l'intégration, dès le départ, d'une certaine incomplétude, que permet l'exécution en cours. Ainsi la durée dans le contrat semble être un facteur d'évolution dans le contrat. Dans la pratique contractuelle actuelle, interne comme internationale, la multiplication de contrats qui se déroulent sur une longue se développe de manière exponentielle. Si l'on pense par exemple aux contrats-cadres de franchise, de distribution, de concession, d'approvisionnement, aux contrats de grands travaux ou de grands chantiers, de livraison d'usines... tous ces types de contrats se développent sur une grande période. Il est intéressant de noter que le droit consiste « en la plus gigantesque entreprise de domination du temps jamais tentée par l'homme⁶⁸⁴ ». Le droit et en particulier le droit des contrats ont tenté de résoudre la problématique du temps en le niant et en créant un cadre destiné à masquer ses effets. Mais c'est sans compter avec la doctrine et la

⁶⁸³ J. ROCHFELD, les modes temporels d'exécution du contrat, *Revue des contrats* 2004 p. 47 et s.

⁶⁸⁴ J. HAUSER, « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique », *Mélanges J. ELLUL*, PUF, 1983, p.507.

jurisprudence qui ont contribué à rendre plus pragmatique la réalité contractuelle dans la durée et à rendre son impact réel au temps qui passe.

B) Les tentatives d'aménagements de la réforme des contrats de longue durée : la consécration des contrats-cadres

695. Face à la réalité de l'augmentation des contrats de longue durée, la réforme a voulu la prendre en compte en tentant de développer davantage les contrats-cadres. Cependant, d'une part en limitant la solution à une meilleure prise en compte des contrats-cadres tout en continuant à nier le réel besoin de reconnaissance de contrats de durée, contribue à semer la confusion dans le droit des contrats.

696. Il est paradoxal de consacrer le caractère contractuel du contrat-cadre d'un côté et de ne pas consacrer la forme contractuelle du contrat-cadre, à savoir le contrat organisation. En effet, la réforme de l'ordonnance du 10 février 2016 paraît élargir la notion de contrat à la notion de contrat-cadre. Pourtant, cette reconnaissance reste limitée aux apports jurisprudentiels dans les faits. Cette question se pose dans la mesure où le concept de contrat-cadre balance entre deux extrémités : « le sous contractuel et le sur contractuel⁶⁸⁵ ». Cette flexibilité du contrat au sein même du contrat-cadre est en faveur d'une figure pourtant bien connue et ancrée dans le discours juridique depuis bien longtemps. En effet, ce type de contrats dits contrat-cadre émerge de la pratique des affaires et plus particulièrement des réseaux de distribution. Mais à la recherche d'une plus grande cohérence, la notion même de contrat-cadre paraît comme un pléonasm dans la mesure où le contrat est un cadre.

697. En effet, le contrat-cadre est conçu comme un socle destiné à la poursuite des relations entre les parties. La définition posée par l'article 1111 du Code civil a repris cette idée en distinguant le contrat-cadre des contrats d'application. En effet, ce qui caractérise le contrat-cadre est sa spécificité : il est un support indirect. Son effet tient à la modification de

⁶⁸⁵ N. DISSEAUX, « *Les mystères du contrat-cadre* », *AJ Contrat* 2017 ; J. GASTI, *Le contrat-cadre*, LGDJ, 1996 ; F. POLLAUD-DULLIAN et A. RONZANO, « *Le contrat cadre, par-delà les paradoxes* », *RTD com.* 1996, p. 179 ; C. LAVABRE, « *Éléments de la problématique du contrat-cadre* », *RJDA* 2002, p. 603 ; A. SAYAG (dir.), *Le contrat-cadre*, CREDA, LITEC, 1995.

l'organisation contractuelle⁶⁸⁶. En effet ce type de contrats en l'occurrence le contrat-cadre permet d'organiser les relations commerciales à venir et futures. Certains auteurs ont même vu des variétés d'avant-contrats⁶⁸⁷. Cette division hiérarchique entre le contrat-cadre et ses contrats d'application donne une dimension organisationnelle ainsi que relationnelle qui est bien efficace dans des rapports de durée. En effet, entre le contrat-cadre et les contrats d'exécution, une dimension de dépendance et de complémentarité se dessine dans le temps. Selon l'article 1111 nouveau du Code civil⁶⁸⁸ : « Le contrat-cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution ». En dépit de cette apparente supériorité normative du contrat-cadre, le contrat d'application se détache et affirme au cours de l'exécution une possible flexibilité et surtout cette dichotomie permet une relative souplesse qui autorise une certaine incomplétude contractuelle.

698. Dans les relations d'affaires suivies, le contrat-cadre permet d'organiser les modalités futures. Les types de contrats concernés sont les contrats d'approvisionnement exclusifs qui ont été notamment utilisés pour les relations entre les compagnies pétrolières et les pompistes, entre les brasseurs et contrats de bière, les contrats de franchise.

⁶⁸⁶ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD civ.* 1999, p. 771.

⁶⁸⁷ Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit des obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 194.

⁶⁸⁸ Article 1111-1 du Code civil de l'ordonnance n°2016 - 131 du 10 février 2016.

Paragraphe 2 : Les conséquences de l'oubli de la catégorie de contrat de durée : du contrat-cadre au modèle du contrat incomplet

699. Il a été bien souvent relevé que la théorie générale du contrat, parce qu'elle est conçue à la lumière de l'échange⁶⁸⁹, était insuffisante à appréhender les contrats d'intérêt commun qui se prolongent dans la durée. Ce constat a eu pour conséquences de tenter d'aménager une certaine diversité de possibilités pour contourner un droit un peu archaïque et qui s'oppose la plupart du temps à un droit vivant. Dans les attentes, sur l'ordonnance adoptée le 10 février 2016, la non prise en compte de contrats de durée, ou de contrats alliant à la fois la durée et l'intérêt commun, a donné l'impression d'une relecture toujours dans le spectre de l'échange et a en quelque sorte enfermé le raisonnement et réduit considérablement la discussion sur ce type de contrats.

700. Comme le constate Josserand dès 1937 : « la théorie des contrats bénéficie ou souffre de la réputation [...] d'être une matière stagnante figée une fois pour toutes dans un moule romain indéformable [...] elle haïrait le mouvement qui déplace les lignes⁶⁹⁰ ». Comme le souligne très justement Suzanne Lequette, cette citation de Josserand a du sens au lendemain de la réforme du droit des contrats⁶⁹¹. Le but de cette réforme était de rattraper les incohérences et les retards du droit classique en consacrant le droit vivant. Pourtant, il apparaît qu'en ignorant les évolutions sur le contrat en général et sur le contrat d'intérêt commun en particulier ainsi que sur la non-prise en compte de la durée au sens où on l'entend dans ces travaux cette réforme a oublié l'apport majeur du droit vivant et, plus grave encore, semble l'avoir empêché d'évoluer : « pis la réforme, en inscrivant ces textes, beaucoup plus que par le passé, dans la lignée de l'échange, bien loin de donner une portée nouvelle au droit commun, l'empêche d'évoluer ». Nous verrons, en premier lieu, l'émergence de nouvelles

⁶⁸⁹ S. LEQUETTE, « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.* 2016, p. 1148.

⁶⁹⁰ L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.* 1937, p. 1, cité in S. LEQUETTE, art. préc., p. 1148.

⁶⁹¹ S. LEQUETTE, art. préc., p. 1148.

figures contractuelles mues par un intérêt commun (A), puis, en second lieu, les conséquences de la consécration du contrat-cadre par la réforme (B).

A) L'émergence de nouvelles figures contractuelles poursuivant un intérêt commun

701. L'émergence de nouvelles figures qui ont pour but la poursuite d'un intérêt commun dont les parties entendent en tenir un profit. En effet, comme nous l'avons exprimé à maintes reprises la réalité se partageait entre deux extrémités et contribuait à reconnaître ainsi les deux modèles principaux : le modèle instantané et le modèle de la société. C'est en empruntant au modèle du contrat de société qu'on perçoit davantage l'enjeu de la mutation du modèle contractuel. Techniquement, d'une part, le fait que le contrat de société soit resté un contrat traduit bien le malaise qui existe au sein même de la théorie générale. D'autre part, sur la figure du contrat-cadre, sa réception dans notre droit positif en y insérant la définition de l'article 1111 du Code civil⁶⁹² est relativement récente, elle est née de la problématique de la détermination du prix dans les contrats de distribution. Même si cela fait longtemps que cette figure est entrée dans le débat juridique, elle restait associée à l'ensemble des réseaux de distribution. Le schéma était connu : deux personnes se mettent d'accord pour poser les bases de leur relation contractuelle. L'idée semble simple, le contrat se pourvoit d'une constitution, d'une espèce de charte. Mais ne s'agit-il pas des prémisses de l'ouverture du contrat vers davantage d'incomplétude dès la formation ? Ne fallait-il pas l'inscrire dans les dispositions liminaires du contrat ? La démarche n'était *a priori* pas celle-là. Le problème de ce type de contrats est de savoir dans quelle mesure le contrat-cadre est un contrat et dans quelle mesure cette forme de contrat a su apporter des solutions à un modèle inadapté aux problématiques de temps. Le contrat-cadre n'est-il pas un signe avant-coureur de la notion même de contrat incomplet ? Notre sujet est du reste parti du point de départ des problématiques d'indétermination du prix pour tenter de comprendre l'enjeu du problème de l'intangibilité absolue du modèle classique dans des contrats qui s'étendent dans la durée. Mais ce type de

⁶⁹² Selon le nouvel article 1111 du Code civil issu de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, « *le contrat-cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent des modalités d'application* ».

contrat est-il vraiment un contrat ? Le contrat-cadre est en effet à la frontière entre l'avant-contrat et le contrat lui-même.

702. Comme le souligne certains auteurs, il s'agit d'une espèce de sous contrat, et l'ordonnance de 2016 ne s'y trompe pas en disposant « qu'il est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer ou à modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Avec cette nouvelle définition, la réforme semble faire l'impasse sur la notion même de norme contractuelle. En effet, le contrat est ainsi réduit uniquement aux obligations qu'il crée, modifie, transmet et éteint⁶⁹³. Le contrat-cadre crée-t-il des obligations ? Un cadre qui contraint tout en laissant les parties libres de conclure les contrats ultérieurs. En tous les cas, le modèle du contrat-cadre semble être à l'origine d'une réflexion plus profonde sur la réalité contractuelle et pose la question sous-jacente de la reconnaissance du contrat sans fonction normative au départ. Ainsi le contrat-cadre ne serait pas le support direct d'un échange d'obligations des parties⁶⁹⁴, mais dans l'analyse proposée pour comprendre l'enjeu du contrat-cadre, il est intéressant de comparer dans le contrat-cadre, le cadre lui-même et les contrats d'applications qui ne seraient ainsi que des modalités d'exécution. La réception du contrat-cadre a permis d'envisager l'ouverture à un autre modèle contractuel en posant des frontières entre la formation et l'exécution. En effet, la réflexion s'est inspirée du rapport entre la formation et l'exécution. Mais en l'occurrence ces frontières qui a priori n'en étaient pas dans la mesure où les décisions prises dès la formation devaient être exécutées comme prévu à la formation, devenaient des frontières tangibles efficaces, qui écartaient le contrat d'une trop forte présentation et lui permettaient ainsi de prendre en compte davantage la réalité de l'exécution. La frontière émerge ainsi de la distinction entre la formation et l'exécution du contrat, cette distinction entre ce que l'on peut prévoir à la formation et ce que l'on peut légitimement en attendre dans l'exécution. Il est important de poser donc que la distinction dans les contrats qui se prolongent dans la durée est bien réelle, contrairement à la volonté affichée du législateur de 1804 d'enfermer le contrat dans une prévision intenable dans la durée et surtout dans le refus d'un éventuel changement avec la réalité des circonstances.

⁶⁹³ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

⁶⁹⁴ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, p. 131.

B) La conséquence de la consécration du contrat-cadre par la réforme

703. À lire l'article 1111 du Code civil, le contrat-cadre détermine « les caractéristiques générales » de « relations contractuelles futures ». La réforme consacre non seulement le contrat-cadre, mais s'inspire également du mode de fonctionnement du ce contrat. Il consacre aussi la faculté laissée aux parties de fixer unilatéralement le prix. L'article 1164 du Code civil issu de la réforme consacre ainsi la jurisprudence des arrêts du 1^{er} décembre 1995⁶⁹⁵. Mais, ces différentes consécration sont insuffisantes, car la réforme n'en a pas tiré de conséquences assez tranchées pour construire et harmoniser en quelque sorte le nouveau modèle qui semble se dessiner. Ainsi, en intégrant les jurisprudences sans en tirer les conséquences, la réforme maintient en quelque sorte les zones d'ombre et les interrogations. Même si reconnaître des jurisprudences dans un texte est une étape, la réforme n'a pas contribué à éclaircir la problématique de la durée des contrats et les conséquences que cela implique.

⁶⁹⁵ Cass., ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.578, Bull. n° 7 ; *D.* 1996, p. 13 ; *RTD civ.* 1996, p. 153, obs. J. Mestre.

CONCLUSION DE SECTION II

704. En dépit des consécutions des différentes jurisprudences pour tenter d'appréhender un certain avenir dans le contrat, la réforme de l'ordonnance de 2016 n'a pas su dépasser la jurisprudence pour tenter d'en comprendre la réalité. L'ordonnance n'a pas tranché et n'a pas utilisé cette figure contractuelle pour y puiser un éventuel nouveau contrat et régime contractuel. Ce faisant, une certaine inadéquation subsiste et rend le contrat échange bien souvent inadapté dans la durée. Pourtant, les prémises de l'ensemble des raisonnements sur ce contrat-cadre ont contribué à faire naître une réflexion sur une possible émancipation de l'exécution. Or, la réforme, en renonçant par avance à tout changement et en refusant tout nouveau modèle, refuse de s'ouvrir aux changements et surtout à un modèle contractuel susceptible de réconcilier le contrat et le temps. Aussi, les conséquences de l'oubli de consacrer réellement le contrat de durée sont telles que cela rétrécit potentiellement le champ d'application du domaine contractuel. Il est paradoxal en effet de reconnaître dans les textes le contrat-cadre en tant que figure contractuelle et de ne pas être allé plus loin alors que ce modèle en lui-même aurait permis de proposer une alternative plus ouverte au droit contractuel dans une figure de contrat incomplet.

CONCLUSION DE CHAPITRE II

705. Au terme de ce chapitre, il est constaté que le droit contractuel se fissure de toutes parts, cette prise en compte d'une certaine évolution a amené le législateur comme la doctrine à vouloir réadapter le contrat, mais uniquement par touches impressionnistes successives et sans prendre en compte de manière globale les intrusions dans le droit contractuel.

706. On assiste pourtant à une réelle mutation du droit commun depuis quelques décennies et le nouveau droit vivant semble s'imposer par la jurisprudence. Jean-Claude Marin ne s'en est d'ailleurs pas caché lors du dernier rapport annuel de la Cour de cassation de 2016 en indiquant qu'il n'attendait pas grand-chose du législateur : « Je me dis parfois que les juges sont heureusement là pour suppléer le Parlement sur un certain nombre de sujets majeurs de notre société⁶⁹⁶ ». En effet, le nouveau droit des contrats a été construit très largement par les apports de la jurisprudence. Il était pourtant attendu du législateur une réception de l'ensemble des figures contractuelles en proposant un renouvellement complet et cohérent de la théorie générale.

⁶⁹⁶ J.-Cl. MARIN, *JSS*, 12 août 2017, n° 67.

CONCLUSION DE TITRE I

707. En guise de conclusion, il serait intéressant de répondre à la question posée à l'origine, à savoir existe-t-il une seule et unique catégorie de contrats susceptible de varier un peu ou est-ce que notre époque est réellement en attente d'un vrai renouvellement de la conception des contrats? Certains auteurs ont considéré que la conception des contrats se trouvait limitée aux contrats anciens qui sont fondés uniquement sur l'échange et sur la permutation économiques. Mais dans l'hypothèse de changements de circonstances en cours d'exécution, pour les contrats qui s'exécutent donc dans la durée, un vrai dilemme apparaît. Changer le contrat parce que cela change ou ne pas changer et donc ne pas accepter le maintien du lien contractuel avec les nouvelles circonstances. Il paraît indispensable d'accueillir le contrat de durée afin de mettre en harmonie l'ensemble du droit et de participer à une œuvre de simplification du droit en offrant une meilleure compréhension du droit, et en particulier du droit des contrats. La réception des différentes jurisprudences est une avancée certaine, mais insuffisante.

TITRE II : POUR LA RÉCEPTION DU MODÈLE DU CONTRAT DE DURÉE

708. Et si le contrat de durée était le véritable modèle contractuel ? La complication des facteurs économiques influence directement ou indirectement le monde contractuel. Le temps ou plus exactement la durée impacte le modèle classique et l'ignorer est à l'origine de constructions contractuelles hybrides⁶⁹⁷. En effet, le nombre d'édifices contractuels comme les groupes de contrats, les chaînes de contrats, les contrats-cadres obligent et contribuent à une approche renouvelée du contrat et de son droit. La réception du modèle contractuel s'est imposée progressivement et implicitement depuis quelques années tant le modèle du contrat dans l'instant semble dépasser pour des contrats de ce type qui s'effectuent depuis toujours dans la durée. La question de la distinction entre la formation et l'exécution du contrat avait toujours été considérée comme le fondement d'une réelle émancipation de l'exécution du contrat en renouvelant l'approche contractuelle. L'émancipation de cette exécution s'est jouée il y a bien longtemps, pourtant personne n'en a dit mot. Est-ce révolutionnaire de penser que l'exécution du contrat s'émancipe dans le temps ? Au fil des réformes et des jurisprudences, la nécessité d'avoir un modèle alternatif au contrat modèle classique s'est largement imposée. Dans ces conditions, il a fallu identifier les différents caractères de ce qui pourrait ainsi constituer un contrat de durée (**Chapitre I**), lui-même assorti d'un régime juridique adapté (**Chapitre II**).

⁶⁹⁷ « L'hybridation dans les contrats » in *Mélanges M. JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 27.

CHAPITRE I : LES CARACTERES DU CONTRAT DE DUREE

709. Ripert a compris le contrat comme une « garantie contre l'avenir »⁶⁹⁸. Ripert rejoint ainsi Hauriou⁶⁹⁹ en prenant le contrat pour un acte de prévision. Techniquement, l'avenir est inéluctable, le temps se déroule mécaniquement et on ne peut rien faire contre son écoulement. Mais cette introduction de la durée dans le contrat fait naître un risque de non-exécution aux conditions prévues dans le contrat.

710. Pourtant l'homme a tenté avec le droit de s'en abstraire au moyen du contrat purement instantané. En effet, le contrat échange est devenu ainsi le modèle et a imprimé sa marque au contrat classique. C'est en conciliant les intérêts contraires en un trait de temps que le contrat échange, manifestation instantanée et mécanique, a contribué à comprendre le contrat comme un modèle fugitif et intemporel. Cette vision se trouve à l'opposé de la réalité tangible du contrat de durée. Parce que dans le contrat de durée c'est une autre mécanique qui s'impose. Cette mécanique sous-entend dans la durée la prise de conscience d'un projet commun qui ne peut se réduire à un seul échange de droits et d'obligations dans l'instant. Le contrat de durée doit non seulement créer son cadre, mais il doit surtout être considéré comme un organisme vivant qui accompagne les parties dans le temps. Et ainsi les parties, qui ont vocation à maintenir les relations contractuelles dans la durée, sont animées par la recherche du maintien du lien et ont ainsi un fort *affectio contractus*. C'est-à-dire qu'elles sont davantage animées par un projet commun avec un intérêt commun. On pourrait ainsi comparer *l'affectio contractus* à *l'affectio societatis*. En cela le contrat de durée est notamment un *contrat de coopération*. En quoi le contrat de coopération est-il un contrat de durée ?

⁶⁹⁸ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., LGDJ 1949, n° 84.

⁶⁹⁹ HAURIOU, *Principes de droit public*, 1^{re} éd., 1910 : « le contrat est l'entreprise la plus hardie qui puisse se concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision ».

711. Pour tenter d'opérer le passage de l'une à l'autre figure, il est fait référence au contrat relationnel qui fut développé par l'américain Ian Macneil⁷⁰⁰. Il a considéré que deux figures principales émergent, celle du contrat discret c'est-à-dire le contrat de l'instant et du présent qui se contente d'organiser un échange ponctuel et celle du contrat isolé. Et dans ce cadre-là, les parties ne nouent aucun lien, à la différence du contrat qui s'exécute dans le temps.

712. La durée d'exécution du contrat ainsi que son mode d'exécution dans le temps n'apparaissent pas dans le Code civil⁷⁰¹. Cette prise de conscience aurait pourtant été source de clarification pour le contrat en général. En effet, le modèle contractuel classique pourrait être utilement relayé par un modèle plus ouvert et plus ancré dans la réalité contractuelle et ne faisant pas abstraction du temps et de la durée. Même si la doctrine et la jurisprudence ont tenté de pallier ce déficit en dévoyant des principes et que certaines catégories de contrats intègrent en leur sein la durée, comme les contrats à exécution successive, celle-ci est sous-entendue sans remettre en cause le contrat classique fondé sur la présentation et l'intangibilité du contrat. Il apparaît pourtant que le modèle classique ne permet pas d'appréhender pleinement les situations de longue durée et que la distinction entre le contrat échange et le contrat organisation ouvre un éclairage intéressant sur l'approche du nouveau modèle visé.

⁷⁰⁰ I. R. MACNEIL, « *The many futures of contracts* », *Southern California Law Review* 1974, vol. 47, p. 691 et s. ; « *Relationnal contract : what we do and do not know* », *Wisconsin law review* 1985, p.483 et s. « *Reflections on Relationnal Contract* », *Journal of Institutionnal and theoretical economics* 1985, p.541 et s. ; *The new social contract : an inquiry into modern contractual relations*, New Haven, Yale University Press, 1980 ; sur cette notion, v. égal. H. MUIR WATT, « *Du contrat relationnel, réponse à François Ost* » in *La relativité du contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, LGDJ, 1999, p. 170 ; H. BOUTHINON-DUMAS, « *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision* », *RIDE* 2001, p. 339 et s. C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, préf. M. FABRE MAGNAN, PUAM, 2005 ; Y.-M. LAITHIER, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, chron, p. 1003. L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent, l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, LGDJ 2004, n° 146 et s. ; A. CATHIARD, *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels, l'apport de l'analyse économique du contrat*, préf. X. LAGARDE, PUAM.

⁷⁰¹ J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004.

713. Une des premières perturbations de la durée sur le contrat est l'admission d'une baisse de la présentation. En effet, plus le temps passe sur le contrat et plus la capacité des mécanismes à rendre présent le futur baisse, ou plutôt moins la présentation en tant que mécanisme de prévision est efficace. On s'oriente ainsi vers un contrat évolutif.

714. La présentation est le terme qui désigne le fait de rendre présent le futur. Le contrat en tant qu'acte de prévision, est bien un contrat qui pratique alors la présentation. Les termes de la formation déterminent le cadre dans lequel s'inscrit le contrat. Ce cadre s'impose tout le long du contrat et en détermine le sens et devient alors intangible. C'est cela la présentation. Cependant, dans le contrat de durée le phénomène de temporalité provoque une baisse de la présentation afin d'accueillir au fur et à mesure avec le plus de flexibilité possible les changements éventuels à venir. Ainsi, aux principes de complétude du contrat de sa formation à son extinction, se substitue un principe d'incomplétude qui serait désormais au cœur de toutes les problématiques des contrats de durée et particulièrement des contrats-cadre⁷⁰². On oppose ainsi la souplesse d'adaptation nécessaire au contrat de longue durée à la rigidité du contrat en général dont l'exécution est initialement déterminée par la formation. Le contrat classique renvoie donc une image autarcique et fermée.

715. Le professeur Jean Carbonnier présentait déjà les implications de ce changement paradigme⁷⁰³. Deux logiques s'affrontent, d'une part, celle de la prévision consistant à rendre présent l'avenir et, d'autre part, une logique d'adaptation offrant une marge d'incomplétude. Cet auteur avait donc l'intuition des limites du modèle de contrat unique fondé uniquement sur l'échange et sur l'instant ainsi que les conséquences que ça génère. Ainsi le détour par les philosophes démontre aisément l'enjeu du temps sur les réalités humaines.

716. C'est dans cette perspective que la clause de *rebus sic stantibus* représente un intérêt certain pour répondre aux changements survenant en cours d'exécution du contrat. En effet, cette clause en vertu de laquelle le consentement des parties reste lié à

⁷⁰² J. GATSI, *Le contrat-cadre*, préf. M. BÉHAR-TOUCHAIS, LGDJ, 1996, p. 3 et 10.

⁷⁰³ J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, PUF, 22^e éd., 2000, § 138.

la prévision de la formation pendant la durée d'exécution que si n'intervenait aucun changement fondamental dans les circonstances existant au temps de la conclusion de cette convention. Cette clause renferme ainsi une condition tacite selon laquelle l'engagement ne vaut que dans la mesure où les choses ne changent pas. Or, l'émergence de cette théorie trouve sa source chez Sénèque : « je n'aurai trahi mon engagement, on ne m'accuserait d'infidélité que si toutes choses étant dans le même état qu'au moment de mon obligation, je manque à l'exécuter. Un seul point changé me laisse libre de me délivrer de nouveau et de me dégager de ma parole⁷⁰⁴ ». Cicéron avait précédé Sénèque en affirmant qu'« il se présente des circonstances ou des choses qui paraissent les plus dignes d'un homme juste, les principes qui sont les fondements de la justice, d'abord de ne nuire à personne, ensuite d'agir en vue de l'intérêt commun...lorsque le temps change de l'application des règles le devoir change et n'est pas toujours le même⁷⁰⁵ ». Pourtant les Romains accueillent ces principes avec réserve. Quelques solutions jurisprudentielles éparses n'en font pas un principe et c'est vers l'intangibilité du contrat qu'est portée l'attention des juristes. Saint Thomas d'Aquin, s'appuyant sur la pensée de Sénèque et de Cicéron, admet que l'on peut, dans des circonstances exceptionnelles, reprendre la parole donnée. Selon cet auteur, celui qui manque à sa promesse peut être excusé si les conditions ont changé. Il est en effet des circonstances où il n'est pas possible de maintenir la promesse initiale. Il y a bien dans ce cas distinction entre la formation et l'exécution du contrat. Le philosophe Spinoza appuyait sur le droit naturel la révocation de la parole donnée en cas de changement de circonstances. Inversement, Grotius y voit un danger pour les conventions. Il lui reproche de trop manquer de rigueur et de précision.

717. Les philosophes soulignent l'ambivalence du respect de la parole donnée. Machiavel affirme « qu'un prince bien avisé ne doit point accomplir sa promesse lorsque cet accomplissement lui serait nuisible, et que les raisons qui l'ont déterminé à promettre n'existent plus⁷⁰⁶ ». Contrairement à la logique de la prévision, la philosophie renvoie à une logique d'évaluation du changement. L'obligation s'éteint si trois

⁷⁰⁴ SÉNÈQUE, *De beneficiis*, Livre IV, chap .XXXV.

⁷⁰⁵ CICÉRON, *De officiis*.

⁷⁰⁶ MACHIAVEL, *Le Prince*, chapitre XVIII, « Comment les princes doivent prendre la parole ».

conditions sont remplies : « que le changement ne soit pas imputable, ni à la demeure, ni à la faute, ni au fait du débiteur ; qu'il n'ait pas été facile de le prévoir, qu'il soit de telle nature que si par avance le débiteur n'avait pas prévu pareilles modifications, il ne serait, d'après le sentiment impartial et honnête des personnes raisonnables, jamais engagé. Si ces conditions étaient réunies, il reste à décider juridiquement si l'obligation doit être entièrement éteinte, ou doit être adaptée aux changements survenus ». La question est de savoir si cette théorie de la clause *rebus sic stantibus* est un contre-pouvoir à la logique de prévision et si elle introduit une dose de pragmatisme dans le contrat. L'ensemble des juristes et l'article 1134 rejettent cette clause en spécifiant que les conventions ne peuvent être révoquées du seul fait d'un changement de circonstances.

718. La mise en pratique de la *summa divisio* offre l'opportunité d'apprécier les interférences économiques entre les activités de durées et les activités instantanées et offre aussi l'opportunité de les différencier pour mieux cerner la problématique du temps et de son influence sur le contrat. En effet, au-delà de la distinction classique du contrat à exécution instantanée et celui du contrat à exécution successive, tout un modèle qui rompt avec la traditionnelle unité du contrat se met en place. Ce dernier est celui de l'organisation qui se distingue du modèle de l'échange. Nous ne pouvons que constater qu'en l'état actuel des distinctions, l'opposition articulée autour du mode temporel d'exécution peine à remplir le rôle qui lui a été assigné.

719. On ne voit pas dans cette définition classique émerger un régime différent du contrat. Pourtant, la durée insérée dans l'exécution influence réellement la vie du contrat et remet en cause toute conception unitaire du contrat. Ce n'est pas tant la distinction entre la formation et l'exécution du contrat que celle des contrats instantanés et des contrats inscrits dans la durée qui est prise en compte dans notre recherche. Ainsi, le maintien du lien contractuel dans la durée peut entraîner différentes modifications imprimant une tendance à la déconstruction d'une théorie simplement unitaire. Fort de ce constat, la Doctrine ainsi que la jurisprudence ont largement contribué à réduire l'ampleur de cette théorie en niant le phénomène et en réduisant la portée. C'est ainsi que toutes les questions soulevées par le temps et la durée ont été minimisées. Comme le

dit très justement un auteur⁷⁰⁷, ce n'est pas tant la distinction entre les modes temporels d'exécution qui importe que la présence de la durée ou non dans le contrat. Cette dernière impose une redéfinition du contrat et redessine les contours du contrat de durée et des contrats instantanés. Il faut certainement distinguer les durées d'exécution et les durées d'engagement comme l'exprime très justement le professeur Mousseron⁷⁰⁸.

720. Aujourd'hui, la pratique contractuelle a largement intégré la problématique de la durée⁷⁰⁹. La doctrine propose d'ailleurs de réévaluer l'ensemble de la théorie contractuelle à l'aune des nouvelles tendances en matière internationale, revisitant ainsi notre droit des contrats. Nous sommes donc à la recherche d'un critère qui pourrait justifier une certaine remise en cause d'une conception unique du contrat. Il s'agit soit de remettre en cause la conception unitaire du contrat, telle que décrite dans le Code civil, et ainsi permettre au contrat une totale réorganisation en fonction de critères pertinents soit, simplement de rester au *statu quo ante* et de dénoncer les entorses faites au principe pour tenter de consolider notre théorie dissidente et de permettre une certaine reconnaissance de toutes les théories niées par l'unité et l'intangibilité du contrat, l'autre solution est d'admettre la réalité de plusieurs modèles avec chacun un régime qui leur est propre pour pouvoir concilier les différences attachées à chacune des spécificités contractuelles.

721. Le contrat de durée est le critère de la relation. Il est évident que lorsque l'on prend de l'essence dans une station, la relation instantanée établie avec le pompiste n'est pas la même que celle qu'engendre un contrat de 10 ans. Le même régime doit-il s'appliquer à ces deux types de contrats ? Le contrat instantané peut parfois voir ses effets étalés dans le temps. Par exemple, le contrat de vente au comptant peut voir des obligations de garanties s'étaler dans le temps. Comme le souligne un auteur, l'insertion de la durée a pris une nouvelle dimension que cette opposition traditionnelle n'intègre pas. Sous l'influence de plusieurs facteurs, on peut citer la multiplication des tâches dont l'accomplissement prend un temps considérable comme les livraisons d'usine clé

⁷⁰⁷ J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004/1, p. 47.

⁷⁰⁸ V. l'opposition de la durée d'exécution de la durée d'engagement, J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, p. 341.

⁷⁰⁹ J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47.

en main, ainsi que l'insécurité grandissante dans lesquels celles-ci s'exécutent qui pousseraient les contractants à reconsidérer le contrat en cours d'exécution. Le temps et la durée sont facteurs de complication et de changement et orientent le contrat vers la remise en cause de l'intention des parties de départ pour mieux appréhender l'avenir du contrat en cours d'exécution avec comme volonté de prendre en compte la prise en compte de la réalité contractuelle. Deux solutions face à la durée sont envisageables : soit les parties au contrat tentent de résoudre de manière anticipée toutes les problématiques à venir afin de tenter d'avoir la complétude la plus aboutie, ou bien en situation d'incertitude radicale, lorsqu'il n'est pas possible d'envisager diverses hypothèses, « la complétude des contrats est impossible, il faut alors recourir à l'autorité, c'est-à-dire reconnaître contractuellement à l'une des parties de décider de l'usage effectif des facteurs apportés à chacun⁷¹⁰ ». C'est ainsi dans le contexte de contrats incomplets de fait que le pouvoir unilatéral d'une partie se dessine. Mais malgré ce pouvoir unilatéral, nous tentons de reconnaître que le contre-pouvoir de ce pouvoir unilatéral serait la recherche de l'équilibre et de la justice qui aurait tendance à objectiviser le contrat dans l'exécution, en considérant que le contrat n'est plus exclusivement une rencontre de consentements, mais une adhésion progressive à un projet plus global.

722. En effet, sa force obligatoire n'est plus fondée uniquement sur la volonté des parties, c'est ce qu'implique l'élargissement de la notion de clause abusive, car comme nous le soulignerons l'acceptation de la notion même de clause abusive remet en cause le fondement volontariste du contrat. Comme le confirme un auteur autorisé il y aurait une sorte de paradoxe à admettre le recours à la clause abusive dans le contrat dans la mesure où on considère que lorsqu'une clause insérée dans un contrat valable et dont le contenu ne viole pas une règle d'ordre public elle ne peut être en soi qualifiée d'abusives dans la mesure où elle incarne la loi des parties⁷¹¹. Mais c'est sans compter sur la

⁷¹⁰ E. BROUSSEAU, « Contrats et comportements coopératifs : le cas des relations interentreprises » in *Coopération entre les entreprises et organisation industrielle*, (dir.) J. L. RAVIX, CNRS édition, 1996, p. 23, citant Cl. MÉNARD, « Comportement rationnel et coopération : le dilemme organisationnel », *Cahiers d'économie politique*, vol. 24-25.

⁷¹¹ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Les clauses abusives », *Répertoire de droit commercial Dalloz* 2016.

révolution conceptuelle et philosophique consistant à trouver le fondement de la force obligatoire du côté de l'exécution et du fondement de la justice, c'est-à-dire du côté d'un certain réalisme contractuel. Ainsi nous avons constaté au cours de nos recherches que toute atteinte à cette volonté est un pas vers l'émancipation du contrat en rendant le contrat plus objectif et en permettant une progressive objectivisation du contrat et de sa réalité (**SECTION I**) dans un contexte de recherche d'équilibre constant avec comme hypothèse que le modèle contractuel du contrat de durée cohabite depuis déjà bien longtemps avec le modèle classique, mais que la reconnaissance explicite du contrat de durée permettra d'apporter une cohérence renouvelée à l'ensemble du droit contractuel français (**SECTION II**).

SECTION I : LE CARACTÈRE ALÉATOIRE DE L'OPÉRATION DE DURÉE

723. La durée est selon Bergson⁷¹² un temps vécu et qualitatif. Elle se caractérise par rapport à son contenu, il s'agit d'un temps vécu, concret et interne et se distingue du temps objectif qui est une donnée abstraite et extérieure.

724. Identifier le contrat de durée consiste à faire émerger les différents critères qui vont constituer la nouvelle alternative au modèle contractuel. Reconnaître le contrat de durée va permettre de protéger le lien contractuel des affres du temps et va donc donner une nouvelle perspective au droit civil des contrats en intégrant de manière tangible et cohérente les solutions alternatives qui n'ont eu de cesse de tenter d'élargir les propositions pour tenter d'assouplir le modèle classique tout en rejetant les contrats qui ne rentrent pas dans cette catégorie.

725. Il convient de comprendre que la spéculation contractuelle chasse naturellement la prise en compte du statut protecteur que pourrait avoir le contrat de durée et ses nombreux avantages notamment en matière d'assouplissement et de flexibilité des conditions contractuelles. Elle ne permet donc pas une adaptation, qui serait ainsi favorable au contrat en lui-même (**Paragraphe 1**). En effet, elle paraît même déjouer les avantages du statut de contrat de durée en matière notamment de révision. Pourtant même si une part spéculative existe, l'opération qui consiste à tirer profit des spéculations naturelles du marché afin de réaliser par exemple des plus-values s'éloigne ainsi de la réalité économique et n'est pas considéré en cas d'échec comme pouvant bénéficier d'un régime contractuel plus favorable comme celui du contrat de durée. Dans ces conditions, le contrat de longue durée s'inscrit nécessairement dans un certain aléa économique en fonction des circonstances, mais doit toujours rattacher le contrat à une activité économique réelle (**Paragraphe 2**).

⁷¹² H. BERGSON, *La pensée et le mouvant, essais et conférences*, p. 4.

***Paragraphe 1 : La distinction entre l'aléa et la spéculation
illustration de la problématique du contrat de durée***

726. Certains auteurs refusent de distinguer les contrats aléatoires et les contrats spéculatifs. En effet, selon eux, « sont des contrats aléatoires tous les contrats qui s'exécutent dans la durée et pour lesquels les parties n'ont pas prévu de mécanisme spécifique destiné à prévenir le risque de déséquilibre⁷¹³ ».

727. Les parties à un contrat dans le modèle classique peuvent mettre en place divers mécanismes pour appréhender l'avenir. Mais, le contrat fonctionne de façon différente selon qu'il tend de se garantir contre l'incertain ou contre l'imprévu. L'incertain est prévisible tandis que l'imprévu ne l'est pas. L'intérêt du contrat, et a fortiori d'un contrat qui s'exécute dans la durée, fonctionne de façon distincte selon qu'il s'agit de se prémunir contre l'incertain ou l'imprévu. À travers cette distinction entre l'incertain et l'imprévu, la distinction entre la formation en tant que source et l'exécution est renforcée. En effet, afin de tenter de juguler l'incertitude contractuelle, les parties tentent d'insérer soit un événement précis, mais incertain, soit se désintéressent de la précision et ne s'attachent vraiment qu'aux conséquences. Ainsi, force est de constater que le contrat dans ce deuxième cas s'attachera à appréhender la réalité de la situation dans l'exécution et contribuera à mettre en exergue non pas des prévisions, mais uniquement les conséquences de l'imprévu dans l'exécution.

728. Un courant doctrinal analyse l'aléa juridique en une modalité de l'obligation⁷¹⁴. Certains auteurs considèrent des cas dans lesquels l'aléa économique qui n'affecte que la valeur de la prestation future transforme les contrats « à l'origine commutatifs, mais devenus aléatoires en raison de l'absence de clause contractuelle destinée à prévenir le risque de déséquilibre inhérent à tout contrat dont l'exécution s'inscrit dans la durée ».

729. Dans cette perspective le fait de penser le contrat de manière uniquement économique est susceptible de transformer le contrat. Il y a dans le contrat et a fortiori

⁷¹³ V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, préf. C. SAINT ALARY HOUIN, PUAM

⁷¹⁴ PLANIOL, « *Traité élémentaire de droit civil* », t. 2, 11^e éd., LGDJ, 1940, n° 956.

dans les contrats se prolongeant dans la durée l'idée de pari. Tel est le cas des contrats aléatoires. Mais, pour certains auteurs, la spéculation est un acte inspiré par le bénéfice et le lucre. Cette notion renferme donc l'idée de faire une bonne affaire en s'entremettant dans un produit ou un facteur de richesse pour l'acheter à un prix donné et le revendre à un prix plus élevé. La notion de spéculation comporte celle d'entremise. La contrepartie est donc le risque élevé⁷¹⁵. En effet, la spéculation rejoint dans cette hypothèse l'aléa. Les contrats spéculatifs sont des contrats tributaires des variations de cours. Contrairement au gestionnaire à l'attitude d'un bon père de famille, le spéculateur prend des risques. La spéculation est une anticipation du futur. Le contractant spéculateur achète en anticipant le profit éventuel lors de la revente, c'est donc un contrat aléatoire. L'opération s'appuie sur une probabilité mathématique. La spéculation mêle le hasard, l'anticipation et l'analyse du risque de l'investisseur. La part d'aléa doit être réelle, faute de quoi la validité de l'opération pourra être remise en cause.

730. Les conséquences de la distinction entre les contrats spéculatifs et les contrats non spéculatifs tiennent à l'admission d'une certaine imprévision contrôlée dans les seconds. En effet, l'imprévision n'est admise que si, et seulement si, les contrats demeurent ancrés dans la réalité. Tel est le cas de certains contrats dits de longue durée, ce qui impose une certaine émancipation de leur exécution à l'égard de leur formation.

A) Les prémisses d'un encadrement juridique de la spéculation

731. Les prémisses d'un encadrement juridique de la spéculation trouvent leur origine en Hollande où la « tulipomania » bat son plein dès 1630. Le prix des bulbes atteint alors des sommets. Dans ce contexte, le législateur hollandais décida d'encadrer juridiquement la spéculation. Les tribunaux qualifiaient alors les contrats spéculatifs de paris, rejetant ainsi les demandes des parties insatisfaites. Ce contexte éclaire les enjeux de notre problématique. Tout comme l'inexécution licite, il est important pour nous de porter le regard sur une spéculation licite. Le principe de liberté du commerce et de l'industrie consacré par la loi du 17 mars 1791 constitue l'un des fondements de l'éthique économique du XIX^e siècle. Les spéculations franches et

⁷¹⁵ Y. GUYON, *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, 11^{ème} éd, Economica, 2001, t. 1, n° 56.

loyales étaient désormais permises et les tribunaux allaient seulement réprimer les manœuvres frauduleuses destinées à fausser les cours. Spéculations licites et illicites étaient ainsi distinguées. L'acte de prévision est légitime et inhérent à l'exercice normal de toute profession industrielle et commerciale. Dans toute décision financière, cette marge de prévision existe. Mais il peut arriver qu'au lieu de jouer le rôle de régulateur du marché, le spéculateur joue sur les hausses et les baisses des prix pour en retirer un profit beaucoup plus important. Dans ce cas, la prévision est biaisée et le recours à l'imprévision doit être exclu. L'admission de l'imprévision est en effet destinée à alléger les charges devenues trop lourdes dans le temps au cours du contrat. Les contrats purement spéculatifs ou contrats spéculatifs illicites en sont donc exclus. La prévision est un acte tout à fait légitime et normal dans toute profession commerciale et industrielle. La seule limite qu'elle connaît est la fraude.

732. La question des frontières entre les pratiques commerciales licites et illicites est séculaire. Aristote soulève ce délicat problème en l'illustrant par des cas concrets⁷¹⁶. En premier lieu, celui de Thalès de Milet, l'un des sept sages de la Grèce, qui avait découvert avant la fin de l'hiver grâce à l'astrologie que les olives seraient abondantes. Il décida donc de louer tous les moulins et les celliers de la région. Ses prévisions s'étant avérées justes, les demandes affluèrent brusquement si bien qu'il les loua à un prix très élevé et fit fortune. Ainsi la question de la licéité de cette opération se posa. Une autre affaire concernait un Syracusain qui avait acheté l'ensemble du métal pour le revendre le double aux forgerons. Il fut banni de Syracuse pour avoir utilisé des moyens nuisibles au commerce.

733. Alors que la répression de la spéculation illicite semble être une affaire d'État, le législateur semble de plus en plus tenté de réguler les marchés afin que les denrées de première nécessité soient épargnées par la bulle spéculative et ses ravages. Cependant, dans cette course à la répression, le législateur paraît s'être perdu dans la mesure où on assiste à une baisse ou une hausse artificielle des prix et une certaine altération des cours avec une intention frauduleuse. Depuis des années, par touches successives, le législateur a tenté d'encadrer la spéculation de l'ancien article 419 du Code pénal qui réprimait l'altération des prix au regard de ceux qui auraient été

⁷¹⁶ ARISTOTE, *Politique*, Livre I, chapitre IV, § 5.

déterminés par une libre concurrence naturelle à la loi de 1916 puis les lois éparses se multiplient sur différents sujets. C'est le critère du bénéfice excessif qui devient le critère principal. Nous ne pouvons que constater que l'ensemble de l'arsenal législatif mis en œuvre depuis plus d'un siècle n'a pas suffi à générer une éthique commerciale. Ce n'est qu'en 1986 que le gouvernement a voulu faire table rase de l'ancienne législation en lui substituant un texte clair réaffirmant dans son article 1^{er} que le prix des biens, produits et services sont librement déterminés. Outre ce changement, l'ordonnance de 1986⁷¹⁷ a modifié l'ancien article 419 du Code pénal et son second alinéa.

734. L'ordonnance de 1986 vise bien le délit de spéculation illicite, mais la question qu'on est en droit de se poser est l'utilité de cet arsenal dans la mesure où le non-respect de l'ensemble de ces mesures et des recommandations paraît absurde dans une mondialisation constante. Que peut l'ordonnancement juridique français face à des données mondiales et une spéculation préméditée et organisée. C'est dans ce contexte que resurgit notre problématique de changement de circonstances mise en lumière par ce détour par la spéculation. Dans la mesure où il est constaté que l'imprévision est constamment et implicitement acceptée pour des raisons de survie du contrat, il nous appartient de vérifier quels types de contrats sont susceptibles de remettre en cause le rejet de l'imprévision. Comme le souligne un auteur, certains contrats seraient légitimes à bénéficier de l'imprévision et d'autres non : « prenons le cas d'un opérateur spécialisé dans les contrats à terme sur devises qui investit sur des marchés futurs en vue de faire une plus-value, si à la suite d'évènements politiques économiques et sociaux la monnaie américaine vient à se déprécier de telle sorte que la contrepartie des devises américaines est beaucoup plus faible et met notre opérateur dans une situation financière

⁷¹⁷ Ord. de 1986 modifiant l'article 419 du Code pénal et son second alinéa : « Tous ceux qui par des faits faux ou calomnieux semés sciemment dans le public par des offres jetées sur le marché à dessein de troubler les cours par suroffres faites au prix que demandaient les vendeurs eux mêmes, par des voies ou des moyens frauduleux quelconque auront directement ou par personne interposée, opéré ou tenté d'opérer la hausse ou la baisse artificielle du prix des denrées de marchandises ou des effets publics ou privés, seront punis d'emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 7200 à 360 000 francs ».

délicate⁷¹⁸ », il est hors de question d'envisager que celui-ci puisse alléguer de l'imprévision pour obtenir la révision du contrat.

B) Le rejet de la prise en compte de l'imprévision : le prix du risque en cas de spéculation

735. Les contrats spéculatifs se caractérisent dans leur rapport à l'incertain. L'incertain devant l'augmentation ou la diminution des bénéfices tirés de l'exécution du contrat. À la formation, les parties acceptent cet incertain dans la mesure où elles renoncent par avance à tout recours si elles subissent une moins-value. Ce renoncement au recours impose ainsi le rejet de la problématique de révision et de protection en cas de changements de circonstances. Dans une certaine mesure on peut dire que le contrat spéculatif est un contrat complet dans le sens où peu important la prévision de départ, l'aléa chasse l'imprévision. Les parties dans le cadre de contrats de durée et spéculatifs ne peuvent donc bénéficier du changement de circonstances.

736. Les contrats qui sont par essence spéculatifs ne peuvent bénéficier de l'imprévision. Le risque est dans ces circonstances accepté par les parties qui prennent un risque d'ailleurs rémunéré. La perte ou le gain inhérent à ce type de contrat interdit l'accès au régime privilégié de l'imprévision. La théorie de l'imprévision est là pour soulager le créancier surchargé du fait d'un changement de circonstances non prévu. Rappelons que par l'arrêt canal de Craponne, la jurisprudence rejette sans ambiguïté possible la théorie de l'imprévision en droit privé. La position du droit positif français est donc de refuser systématiquement cette révision. La Cour de cassation affirme que la règle selon laquelle « les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites est générale et absolue : en aucun cas, il n'appartient aux tribunaux de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties » et ils ne pourront pas davantage, sous prétexte d'une interprétation que le contrat ne rend pas nécessaire, introduire dans l'exercice du droit constitué par les

⁷¹⁸ H. BOUTHINON-DUMAS : « Certains contrats devraient pouvoir faire l'objet d'une révision pour imprévision. Il s'agit de contrats relationnels, ces contrats visent à organiser une relation économique durable entre des agents juridiques autonomes ».

contractants des conditions nouvelles, quand bien même le régime ainsi institué paraîtrait plus équitable à raison des circonstances économiques.

737. Le contrat spéculatif a intégré dans son mode de fonctionnement une finalité incertaine. Cet aléa exclut les règles classiques de protection et écarte notamment l'application du droit de la consommation⁷¹⁹. Cette exclusion est la différence de régime majeure entre les contrats commutatifs et ceux frappés d'un aléa⁷²⁰. Les parties à un contrat spéculatif prennent un risque et le bénéfice de l'opération est la rétribution de cette prise de risque. Lorsque le risque est avéré, le contrat spéculatif est licite et chasse alors l'imprévision comme pour le contrat aléatoire dont il n'est d'ailleurs qu'un avatar⁷²¹. L'une des explications classiques de ce mécanisme consiste à dire que le bénéfice de ce contrat est la rétribution de la prise de risque qu'il implique. Le gain est également la juste rémunération de cette juste anticipation. Le temps et le risque sont inhérents à ce type de contrat et commandent un régime juridique plus strict que pour les autres contrats de durée qui n'auraient pas intégré dans leur sève le risque du temps et qui se trouveraient alors dépourvus de mécanismes pour tenter d'assurer la pérennité du contrat. Ainsi deux situations nous intéressent ici, celle des contrats spéculatifs et celle des contrats qui ne le sont pas.

738. La présence d'une spéculation influence la qualification du contrat. En effet, selon que le contrat intègre ou non le temps et le risque en son sein, son rapport aux changements de circonstances change. Cette constatation déjà soulignée en économie faisait place à une analyse assez succincte en droit. Dans les contrats d'assurance, le raisonnement est le même que pour les contrats spéculatifs, c'est-à-dire que le contrat d'assurance spéculé sur la prévision. L'aléa chasse l'imprévision et en fonction de l'évolution des circonstances, l'un des contractants sera gagnant et l'autre perdant. La

⁷¹⁹ A. BÉNABENT, *Droit civil : les obligations*, 11^e éd., Montchrestien, 2007, n° 20 ; J. GHESTIN, *Traité de Droit civil, la formation du contrat*, n° 25 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Cours de droit civil. Les obligations*, t. 4, n° 319.

⁷²⁰ A. BÉNABENT, *ibid.*

⁷²¹ A. KIRILLOV, « Les clauses de *hardship* en droit prospectif à l'épreuve de l'article L. 442-6-I-2° du Code de commerce », *LPA* 23 sept. 2011 : « enfin il se peut que les parties veuillent conclure une convention purement spéculative et assumer les risques de l'imprévision ».

délimitation du traitement progressif de l'imprévu. Il est important de distinguer l'imprévu qui rentre dans le champ contractuel de celui qui ne peut être prévu et qui devrait entraîner l'admission d'une modification possible du contrat. En effet, certains contrats ne sont pas susceptibles de recevoir un allègement de charges dans la mesure où leur prévision était spéculative et excessive.

Paragraphe 2 : Le déjouement de la protection du contrat de durée en cas de spéculation

739. Le contrat dans la durée est nécessairement un contrat aléatoire dans la mesure où le temps peut le soumettre à une certaine indétermination. En revanche, la spéculation sur cet aléa est une activité abstraite qui permet artificiellement de maintenir ou de profiter d'une situation de marché favorable sans lien avec l'activité économique réelle. Or, le bénéfice que peut apporter la qualification de contrat de durée est en quelque sorte un statut protecteur du contrat dans la durée. L'impact de la protection contribue en quelque sorte à détacher de toute spéculation le contrat de durée. En effet, la spéculation chasse la possible révision du contrat, dans la mesure où la spéculation est le fait d'agir par intérêt unilatéralement le plus souvent et en compromettant la réalité contractuelle en n'ayant en tête qu'un profit personnel qui n'accompagne pas la réalité économique du réel et sans prendre en compte *l'affectio contractus* du contrat. La spéculation a donc tendance à remettre en cause toutes sortes d'aménagements susceptibles d'assouplir la réalité contractuelle. L'intangibilité du contrat redouble ainsi de sévérité à l'égard de ces types de contrats qui auraient pu dans la mesure où ils s'étendent dans la durée bénéficier du statut protecteur. Si l'on constate qu'en présence de spéculation les assouplissements sont remis en cause **(A)**, il faudra s'interroger sur l'impact de la spéculation sur le contrat complet **(B)**.

A) Remise en cause des assouplissements en cas de spéculation

740. Ce raisonnement trouve son prolongement dans l'analyse des clauses de *hardship*. Il convient de remarquer en effet que, dans les clauses de *hardship*, la probabilité de déclenchement de la réadaptation du contrat est inversement proportionnelle à l'intensité du caractère spéculatif de la convention. Plus cette dernière est spéculative et plus le seuil à partir duquel le contrat devra être révisé et réadapté doit être difficile à atteindre. Le critère spéculatif permet donc d'autoriser ou de refuser une certaine intrusion dans le contrat. Il encadre l'incidence de l'insécurité juridique sur le contrat à certains d'entre eux seulement. Il est possible dans cette même ligne de stipuler dans le contrat une clause refusant toute adaptation en cas de changement de circonstances. On parle alors de clause *anti-hardship*⁷²². Ainsi, la qualification de contrat spéculatif l'empêche de pouvoir bénéficier du régime protecteur du contrat de durée. En effet, même si le critère du contrat de durée s'avère être un critère pour bénéficier des avantages de l'analyse du contrat comme étant un contrat de durée. Cependant ce statut protecteur tant pour les parties que pour le contrat tend à se généraliser dans la mesure où ils s'inscrivent dans la durée. Il est ainsi important de constater que ce critère négatif ou plus exactement ce contre-exemple négatif renforce notre raisonnement sur la réelle potentialité de notre contrat de durée et surtout renforce ces critères positifs, à savoir un fort *affectio contractus*.

741. En effet l'intrusion du temps dans le contrat inscrit nos travaux dans la recherche de la réponse à donner à des contrats aux longs cours et qui ne cadrent pas dans une réalité contractuelle figée à la formation du contrat. Notre propos est de reconnaître la spécificité de ces contrats pour envisager un traitement distributif de la théorie de l'imprévision compatible avec la notion même de contrat et de la force obligatoire qui en résulte. Il s'agit en quelque sorte de l'aménagement de la force obligatoire puisqu'il s'agirait de revisiter cette notion à la lumière de la contrainte temporelle. Et c'est sans doute permettre à ces contrats d'avoir un régime différent et plus protecteur de la volonté des parties, mais d'une volonté qui s'est déplacé dans le

⁷²² A. KIRILLOV, « Les clauses de *hardship* en droit prospectif à l'épreuve de l'article L. 442-6-I-2° du Code de commerce », *LPA* 23 sept. 2011, p. 5.

temps et qui comprend mieux les nouveaux enjeux de la réalité de leur contrat au moment où il s'exécute. Ce déplacement de la volonté des parties participe au renforcement ainsi de la force obligatoire. C'est ainsi que le rejet de la spéculation d'une seule volonté sur le contrat prend toute sa mesure, car ce déplacement de la volonté des parties se fait non pas unilatéralement, mais à deux et contribue à confronter les parties à une réalité contractuelle tangible.

742. En effet l'origine de nos questionnements tient au fait que deux types de contrats bien différents coexistent et pourtant bénéficient de la même solution bien adaptée pour l'une et considérablement injuste et déséquilibrée pour l'autre, dans bien des cas. Cette distinction entre les contrats relationnels et les transactions en un trait de temps ont été source de large débat notamment aux États-Unis. Son précurseur M. Macneil a pris soin de préciser que les transactions discrètes ne sont pas véritablement des contrats. Ces actes comprennent une forte « présentation »⁷²³ et le contrat s'exécute automatiquement. À l'opposé se trouvent les contrats de durée. La question que l'on peut se poser est de déterminer si le même régime peut s'appliquer aux deux types de contrats alors même que leur physionomie est très différente. En effet, la pratique contractuelle fait apparaître, aussi bien en droit interne qu'international, des contrats dont l'exécution se déroule sur une longue durée qui leur fait quitter l'échange proprement dit pour entrer dans la « relation ». Que l'on songe aux différents contrats de franchise, de concession, de distribution, d'approvisionnement, de fournitures, aux contrats-cadres en général aux contrats de réalisation de grands chantiers, de livraison d'usines clés en main, etc. Tous ces contrats s'exécutent sur une longue durée. Il s'agit de contrats relationnels⁷²⁴ qui mettent ainsi l'accent sur la naissance d'une véritable relation durable à raison du long déroulement de l'exécution de ce genre de contrats. Notons toutefois que le contrat d'assurance est un contrat aléatoire qui donne naissance à des obligations pesant à la fois sur l'assuré et à la fois sur l'assureur. Sa cause réside dans l'existence d'un aléa pour les deux parties. L'exécution de ce contrat représente

⁷²³ La notion de la présentation est une notion qui inscrit le passé dans le présent, avec cette notion il n'y a plus de temps que du présent...

⁷²⁴ I.R. MACNEIL, *The new social contract. An inquiry into Modern Contractual Relations*, éd. Yale University Press, 1980, p. 20 et s.

pour elles une incertitude qui, selon l'évolution des circonstances, peut s'avérer plus ou moins favorable.

B) L'impact de la spéculation sur le contrat complet

743. Nier l'incidence du temps, c'est tenter de figer le contrat dans le présent pour faire en sorte qu'il ne change pas au gré des circonstances. Le schéma est le suivant : les parties veulent se prémunir contre l'incertain dans un contrat complet. Mais dans les cas du contrat spéculatif, les parties peuvent ne pas avoir peur de l'avenir et peuvent désirer le provoquer et même peuvent ainsi spéculer sur l'avenir⁷²⁵. Le terme spéculation trouve son origine dans le latin *specio* qui signifie « observer attentivement⁷²⁶ ». Dans un autre sens figuré, spéculer est l'action de miser sur quelque chose ou quelqu'un. Cette seconde acception assimile la spéculation à une opération financière ou commerciale qui consiste à profiter des fluctuations du marché et notamment de l'évolution du prix pour réaliser une plus-value⁷²⁷. La spéculation procède en deux étapes. Les parties observent dans un premier temps les paramètres économiques, puis déterminent dans un second temps les bonnes surprises que peut leur réserver l'avenir. Dans le cas d'un contrat spéculatif et d'un contrat aléatoire, les parties parient sur l'avenir d'un événement incertain. La spéculation est donc l'art du calcul. Les contrats aléatoires⁷²⁸ et contrats dits spéculatifs sont différents, car dans les seconds le risque est pleinement intégré dans le contrat.

⁷²⁵ L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. AYNÈS, Economica, 2011, p.42

⁷²⁶ E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, t. 6, p. 6031, v° spéculation.

⁷²⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF, 2011, v° spéculation.

⁷²⁸ A. BÉNABENT, *Droit civil : les obligations*, 11^e éd., Montchrestien, 2007, n° 52 : « l'assurance est organisée de façon qu'elle ne puisse jamais servir de base à une spéculation, qu'elle ne puisse jamais devenir pour l'assuré un moyen de gagner qui la ferait dégénérer en pari » ; pour l'assureur le contrat ne fait courir aucun risque.

744. Toute opération de spéculation emporte l'acceptation d'un aléa⁷²⁹. Les parties peuvent ne pas craindre l'avenir, mais souhaiter le provoquer lorsqu'elles spéculent. Le premier investissement de type spéculatif fut une transaction avec option d'achat effectuée il y a 2500 ans. Aristote raconte ainsi l'histoire de Thalès, un philosophe pauvre qui démontra aux sceptiques qu'il avait conçu un instrument financier d'application universelle en s'enrichissant après avoir négocié avec les propriétaires des pressoirs d'olives le droit exclusif d'utiliser leurs machines pour la future récolte en se faisant payer immédiatement. Thalès avait eu raison de prévoir une bonne récolte et la demande d'usage exclusif. Il céda son droit exclusif et réalisa un bénéfice. C'était le premier contrat de vente à terme sur les matières premières. Cette première tentative porte en elle les germes de la spéculation, mais elle correspond en même temps à une réelle attente des agriculteurs. En effet, c'est très rassurant qu'un autre prenne les risques à sa charge et paye en avance. Les contrats à terme de matières premières permettaient de vendre à un prix convenu à l'avance leur production.

745. Le prix des produits agricoles et des matières premières en général est très volatil à cause de la météo. Par ailleurs, la demande est peu sensible aux prix. Dans le cas d'une sécheresse, l'offre est en baisse et les prix augmentent fortement sans que les populations en viennent à changer leur consommation. Les prix augmentent pour que la demande soit égale à l'offre. Dans ce cas, vendre à terme est un moyen pour un agriculteur de se prémunir contre les risques des fluctuations trop importantes et lui permet en pratique de financer la production en avance à condition de trouver des acheteurs ou des spéculateurs qui acceptent de parier sur l'évolution des cours.

746. À travers cet exemple, les spéculateurs du monde entier se détachent de la réalité du marché et jouent avec les fluctuations déconnectées de l'économie réelle. Prenons également l'exemple d'opérateurs spécialisés dans les contrats à terme sur devises qui investissent sur un marché de futures. Si, à la suite d'évènements politiques, économiques ou sociaux, la monnaie américaine vient à se déprécier rendant ainsi l'investissement de départ désastreux, il sera impossible de demander d'une manière ou d'une autre une révision du contrat.

⁷²⁹ V. LASBORDES : « il est permis de présumer du silence des parties l'acceptation d'un risque de déséquilibre économique, risque que constitue cet aléa conjoncturel ».

747. On distingue d'ores et déjà les contrats spéculatifs des contrats non spéculatifs. Les premiers sont non susceptibles de modifications en cours d'exécution pour imprévision. Ils conduisent à une financiarisation des matières premières et donc a priori à une minimisation du risque. Cependant, à partir des années 1990, les choses changent, car afin de varier leurs investissements, les spéculateurs choisissent de s'intéresser davantage aux matières premières. Plusieurs fonds d'investissement, en particulier Goldman Sachs, créent l'indice GSCI⁷³⁰ qui sert de référence pour les matières premières. Dans ce contexte et afin d'éviter que le cours des marchés ne soit trop influencé par une spéculation grandissante et artificielle, un projet de loi français a suggéré d'interdire les investissements sur les marchés de matière première aux banques françaises. Cette proposition paraît toutefois inefficace dans un cadre d'investissement mondialisé. Le projet de loi trace donc une frontière nette entre les activités de banque autorisées, car utiles à l'économie réelle et les activités spéculatives qui seraient préjudiciables au bon fonctionnement du marché et qui agiraient sur la volatilité des prix ayant ainsi des conséquences directes sur l'augmentation du prix de l'alimentation en général.

748. Au plan juridique, les conséquences sont similaires, à savoir que l'on veut distinguer les contrats spéculatifs de ceux non spéculatifs, en particulier les contrats qui subissent de fortes fluctuations⁷³¹. Ces derniers, dont la volatilité est due à diverses formes de spéculation, ne peuvent bénéficier de l'imprévision dans la mesure où le risque est largement compensé en cas de perte. Ainsi cette approche économique permet d'en tirer des justifications sur le plan juridique et sur le recours ou non en cas de changements de circonstances à la théorie de l'imprévision.

⁷³⁰ GSCI : indice boursier sur les matières premières qui a contribué à déstabiliser le marché alimentaire. Création d'un nouveau produit financier dérivé financier composé de 24 matières premières, des métaux précieux à l'énergie en passant par le café, le bétail, le maïs, les porcs, le soja et le blé. Ils ont pondéré la valeur d'investissement de chacune d'elles, ont mélangé et transformé et ont créé un ensemble compliqué d'éléments tangibles en une simple formule mathématique baptisé Goldman Sachs Commodity Index.

⁷³¹ A.-D. MERVILLE, *La spéculation en droit privé*, (dir.) Y. GUYON, thèse Paris I, 2001.

749. Un contrat spéculatif a pour but de tirer profit des variations du marché. Celui-ci porte sur des recherches abstraites coupées de la réalité et qui ont pour effet d'accélérer financièrement la perte. La spéculation est une option prise artificiellement qui influence directement le marché, car l'option peut être significative comme dans les contrats spéculatifs de Lisbonne⁷³². La spéculation en économie est l'action de prévoir les évolutions du marché et d'effectuer des opérations d'achat et de vente en conséquence de façon à retirer des bénéfices du seul fait de cette évolution.

750. L'enjeu de la spéculation depuis le XVII^e siècle est compris en termes de prévisions afin que les parties au contrat anticipent les quantités et les prix futurs. La particularité donc des contrats spéculatifs est de prévoir le risque. La spéculation en matière contractuelle permet un enrichissement qui, sinon, n'aurait pas de cause. La spéculation pure s'oppose donc à une certaine idée de l'économie réelle respectant les fluctuations de l'économie naturelle. La spéculation est en quelque sorte coupée de la réalité et assume exclusivement le risque de ses prévisions. C'est pourquoi il est courant de distinguer les contrats spéculatifs des contrats non spéculatifs. Ces derniers pourraient être libérés du joug de la théorie de l'imprévision qui altère l'équilibre du contrat tandis que le contrat spéculatif pur chasserait l'imprévision. Il faut comprendre que dans les contrats spéculatifs, le risque de perdre est inhérent et il est en quelque sorte prévu *ab initio* d'en assumer les conséquences. Le bénéfice de l'imprévision dans les contrats non spéculatifs est cohérent avec leur nature, car ils subissent les aléas du marché et sont à l'origine d'une altération globale de l'équilibre du contrat.

751. Deux types de cocontractants s'opposent dans les marchés à terme. On trouve, en premier lieu, les agriculteurs ainsi que les grandes multinationales du type Nestlé, Pizza Hut, Kraftfood ces acteurs sont *bona fides hedgers*, car ils ont réellement besoin d'acheter et de vendre dans une économie réelle. En second lieu se situent des

⁷³² Contrats hautement spéculatifs : le gouvernement portugais a indiqué avoir découvert dans les comptes de plusieurs entreprises publiques, notamment dans le secteur du transport des contrats hautement spéculatifs pouvant entraîner des pertes de l'ordre de 3 milliards d'euros. Ces contrats concerneraient en particulier les entreprises publiques gérant le métro de Lisbonne, celui de Porto et le réseau de chemin de fer, Refer, selon des infos des médias. D'après le quotidien *Publico* il s'agirait de contrats swaps toxiques qui ont fait bondir les taux d'intérêt d'entreprises publiques.

spéculateurs qui sont en quelque sorte coupés d'une certaine économie réelle dans la mesure où ils ne produisent ni ne consomment de maïs ou de blé et qui ne stockent pas non plus ce qu'ils achètent. Leur but est d'acquérir de grandes quantités à bas prix pour mieux les revendre dans de très bonnes conditions. Ces opérations de spéculation ont d'abord été bien accueillies, car elles permettaient d'apporter de la liquidité en flux continu et offraient une meilleure gestion des stocks et des risques. Malheureusement, l'indice de Goldman Sachs a déstabilisé ce système. En effet, un certain nombre de banques uniquement portées sur la spéculation ont massivement contribué à la création d'une bulle spéculative. Il y a donc, d'une part, une spéculation rationnelle et, d'autre part, une spéculation qui serait irrationnelle et déstabilisante. On rejoint ainsi les analyses de M. Stuart Mill qui considère que les crises financières du XIX^e siècle démontrent que les prix peuvent être déconnectés des valeurs intrinsèques aux biens et services et devenir ainsi irrationnels. L'indice des matières premières de *Goldman Sachs* a largement contribué à la promotion d'un comportement collectif irrationnel des intervenants sur le marché.

CONCLUSION DE SECTION I

752. Le recours au contrat de durée doit s'appliquer très strictement avec des caractères précis pour pouvoir bénéficier de son régime protecteur. C'est pourquoi le régime du contrat de durée met à l'écart les contrats spéculatifs qui par leur essence ont intégré le risque. En effet, toute opération de spéculation emporte l'acceptation d'aléa. Dans le cas du contrat spéculatif on présume ainsi le risque de déséquilibre économique.

SECTION II : LE CARACTÈRE ÉVOLUTIF ET RELATIONNEL

753. Selon Brière de l'Isle, il n'y aurait aucune différence sensible entre les contrats à exécution instantanée et les contrats à exécution successive à durée déterminée⁷³³. L'auteur prend en compte la durée du contrat et non la durée de l'exécution⁷³⁴ ce qui nous intéresse ici c'est que l'angle de voir le contrat dans sa globalité n'est pas nouveau et pourtant aucune conséquence n'aurait été tirée de ce principe. Cette analyse conforte l'idée que la doctrine a dénoncé parfois la totale réduction de la vie du contrat à l'instant ou à l'exécution des obligations, ce qui dans l'analyse reviendrait au même. Force est de constater qu'il faut dépasser cette analyse et percevoir la réalité des caractères spécifiques de ce type de contrats.

754. La réduction du contrat à la vente au comptant est une approche limitée tant elle induit des positionnements et des qualifications insuffisantes pour des contrats de longue durée. Par ailleurs, la réduction uniquement au mode d'exécution ne permet pas de prendre en compte la réalité et l'enjeu de la durée sur le contrat. Deux critères cumulatifs sont de nature à identifier un contrat de durée, le premier est le critère évolutif de l'opération de durée (**Paragraphe 1**), l'autre critère semble l'aspect relationnel entre les cocontractants (**Paragraphe 2**).

⁷³³ BRIERE DE L'ISLE, « De la notion de contrat successif », *D.* 1957, chron. p. 153.

⁷³⁴ J. GHESTIN et M. BILLIAU, *Le prix dans les contrats de longue durée*, LGDJ, 1990, p. 6.

Paragraphe 1 : Le caractère évolutif et relationnel du contrat de durée

755. Comme les tribunaux judiciaires refusent d'adapter le contrat à l'évolution des circonstances, ce sont les parties contractantes qui insèrent dans leurs contrats des clauses destinées à atténuer la rigueur du principe de la force obligatoire. Elles atténuent ainsi la prévision de la formation et donnent ainsi la possibilité de renégocier en fonction des nouvelles circonstances. Ce sont notamment des clauses dites de *hardship* : le contrat intangible fait place au contrat évolutif (A). Ce constat ancien pour les contrats de longue durée a été réactivé depuis quelques décennies face à la problématique de l'influence de la durée sur le contrat. Ainsi « on avancerait ce faisant d'un temps statique où l'exécution du contrat est d'ores et déjà figée vers un temps dynamique, d'un contrat liant deux personnes rigidement, par la parole donnée, à des formes de lien souples et pérennes, évoluant au fil des circonstances⁷³⁵ » (B).

A) Du contrat intangible au contrat évolutif

756. En effet, dans le contrat de durée la réalité contractuelle est très vulnérable face aux affres du temps et c'est cette vulnérabilité qui a conduit la doctrine ainsi que la jurisprudence à reconsidérer le Code civil dans sa manière d'appréhender le contrat. Certains auteurs notamment dans l'analyse qu'ils font notamment du contrat instantané ou encore du contrat permutation ont compris les enjeux du contrat et l'avantage qu'il y aurait à avoir un nouveau support pour une réalité différente. En effet, le contrat de durée serait un contrat qui dispose d'obligations susceptibles de fournir non pas un résultat interchangeable, immédiat, et automatique, mais plutôt un résultat destiné à concourir à la réalisation du contrat. Tout comme le contrat coopération, le contrat de durée est a fortiori un contrat évolutif⁷³⁶, c'est-à-dire que le contrat suit et accompagne tout le long du contrat la destinée de celui-ci.

757. La difficulté est de comprendre selon la morphologie du contrat son caractère divisible ou pas, car « selon que l'exécution est conçue comme répondant à un équilibre

⁷³⁵ J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004-1, p. 4 et s., spéc. n° 31.

⁷³⁶ S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, préf. Cl. BRENNER, Economica, 2012.

global ou comme pouvant s'articuler en une succession d'équilibres partiels et potentiellement autonomes, les conséquences diffèrent ». Dans un contrat à exécution déterminée, l'équilibre global de l'accord est prévu dès la formation, si bien qu'il n'y a pas de place pour une éventuelle indétermination. À l'inverse, dans le cas d'un contrat à exécution indéterminée, les termes mêmes de cette indétermination renvoient à l'idée qu'il existe bien une division ou divisibilité du contrat tolérant une certaine d'incomplétude. Ce n'est pas parce que le contrat est à exécution successive qu'il est automatiquement un contrat dit de durée. Dans certains contrats à exécution successive, le mode d'exécution se déplace dans le temps sans incidence sur le contrat, il n'y aura pas forcément de changements de circonstances et dans ce cas le régime du contrat à exécution instantanée est le même que celui du contrat à exécution successive. Mais dans d'autres cas, l'exécution se détache de la formation en fonction des nouvelles circonstances qui s'imposent.

758. Considérer le caractère évolutif du contrat est de lui permettre d'être remis en question en cours d'exécution et de consacrer dès la formation une certaine incomplétude. Dans la mesure où l'on permet une relecture du contrat à la lumière des nouvelles circonstances. Selon la rédaction de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, les articles 1193, 1194 et 1195 sur les effets du contrat traduisent la volonté du législateur de prendre en compte dans les effets du contrat une certaine réhabilitation de la force obligatoire. Il s'agit d'une reprise fractionnée du principe de la force obligatoire. Cette reprise fractionnée est reprise dans les articles 1193 : « les contrats légalement formés tiennent de loi à ceux qui les ont faits » qui reformule l'ancien article 1134 : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Et en effet, les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.

B) Un contrat relationnel à texture ouverte

759. Après avoir présenté la théorie du contrat relationnel, nous montrerons sa diffusion en droit positif. M. Macaulay a procédé dans les années 1960 à une enquête sociologique auprès d'hommes d'affaires révélant que, pour ces personnes, la véritable notion de contrat concernait uniquement des contrats complexes. C'est ainsi qu'est née quelques années plus tard la théorie du contrat relationnel. Cette dernière a été reprise par un juriste américain du nom de Mac Neil⁷³⁷ et lui a permis de résoudre en partie l'opposition classique entre le besoin de stabilité du contrat et la nécessité de l'adapter aux évolutions du monde extérieur. Mac Neil identifie deux types de contrats aux régimes différents. Toutefois, peu d'auteurs se sont intéressés aux fruits de ses recherches. Ce désintérêt est d'autant plus étonnant que ses découvertes ne remettent pas totalement en cause le droit français. L'éclairage de cet auteur fut source d'inspiration⁷³⁸. Aussi, essayerons-nous d'exposer au préalable la notion de contrat relationnel en le comparant au droit commun, ce qui permettra de cerner les implications de la notion dans le régime de droit applicable au contrat de durée.

760. L'idée est de résoudre, d'une part, le conflit entre les données initiales de la formation et les données nouvelles de l'exécution et, d'autre part, celui entre le besoin de sécurité et de flexibilité. Le but de ce contrat relationnel est de ne pas tout planifier. En cas de difficulté liée à un changement de circonstances, dans une véritable approche relationnelle le point de référence sera la relation dans son ensemble. On observera donc la manière dont la relation s'est développée. L'auteur souligne l'importance de l'exécution de la bonne foi en tant qu'instrument de contrôle du contrat à tous les stades. Ce contrat relationnel appartient au courant de pensée plus vaste du solidarisme en général qui voit éclore au sein du contrat un état d'esprit de coopération et de soutien

⁷³⁷ V. la typologie des contrats proposée par I.R. MACNEIL, « *Contracts : adjustments of long-term economic relations under classical, neoclassical and relationnal contract law* », *Northwestern University Law Review*, 1978, vol. 72, p. 854 et s.

⁷³⁸ H. BOUTHINON-DUMAS, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE* 2001, p. 339.

mutuel entre les cocontractants. Pour certains, ces approches sont le fruit d'un sentimentalisme juridique qui n'a pas forcément lieu d'être dans le monde des affaires.

761. L'avantage du contrat relationnel est de s'inscrire dans un système cohérent. Il a pour objectif de maintenir le contrat nonobstant les difficultés rencontrées. On sait qu'en droit commun la notion de contrat relationnel n'est pas considérée comme un contrat à part entière. Il faut bien remarquer que la notion de contrat relationnel dans ce contexte est assez étroite. Elle semble cependant correspondre à la finalité actuelle du droit. Ainsi, la finalité de la loi proposée induira cette notion parce qu'elle est susceptible de repenser le droit à la lumière de l'élément temporel. En l'état actuel de ces textes, on peut raisonnablement admettre que le contrat relationnel entend préserver le contrat des meurtrissures du temps sous réserve de l'appréciation souveraine des juges du fond.

762. La notion d'incomplétude du contrat serait devenue un terme générique permettant de mieux rendre compte de la théorie du contrat dans son ensemble puisqu'elle tient compte de tout un pan contractuel émergent, mais dont on n'a pas tiré toutes les conséquences. Cette volonté d'abandon ou de non-prise en compte de la réalité a eu pour conséquence une analyse fermée et réductrice de la portée du contrat dans son ensemble. Le développement d'un contrat qui serait intangible et respectueux de la volonté des parties à un instant T et qui serait immuable est un risque que l'on ne saurait courir dans le monde actuel.

763. En distinguant les contrats discrets des contrats relationnels ou de durée, Mac Neil ouvrit de bonnes perspectives pour comprendre l'enjeu de ce système. Les contrats discrets, du latin *discretus* qui signifie « séparé », suggèrent le caractère ponctuel de l'échange ou encore un échange impersonnel. Dans ce type de contrats, il y a une volonté de maîtriser tous les éléments futurs susceptibles de l'affecter. D'effet ponctuel et sans risque majeur, il s'intègre parfaitement dans un système de complétude. C'est ainsi que Georges Ripert considère le droit comme une stabilité : « le droit est la formulation de l'ordre social établi et non la représentation d'un ordre futur, il est la défense du présent et non l'anticipation de l'avenir⁷³⁹ ».

⁷³⁹ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 10.

764. Le système de complétude implique une forte *présentiation* et une volonté de tout maîtriser *ex ante*. Cette *présentiation* interdit toute modification de l'accord consenti en cours d'exécution. En revanche dans le contrat relationnel, la flexibilité et l'adaptation deviennent la règle. Alors que dans les contrats discrets il n'y a aucune flexibilité, celle-ci devient la règle dans les contrats incomplets. La flexibilité et l'incomplétude du contrat prennent ici le pas sur les normes contractuelles de planification et de *présentiation*. Pour d'autres auteurs comme François Rigaux, le droit se définit par sa capacité à définir des projets, qui implique un minimum de durée⁷⁴⁰. Dans ces contrats plus ouverts, on voit apparaître des normes de préservation de la relation, telles que des clauses de négociation, susceptibles de désamorcer le conflit et de pérenniser la relation. C'est ainsi que le contrat relationnel, en permettant une certaine ouverture du contrat, est nécessairement un type de contrat incomplet.

⁷⁴⁰ Fr. RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, 1974, p. 370 et 371.

Paragraphe 2 : La diffusion de l'approche relationnelle et son impact

765. L'étude de la diffusion de la notion de contrat relationnel nous paraît fondamentale pour mieux cerner les nouveaux enjeux du contrat. La genèse de la notion est traditionnellement liée aux recherches américaines sur le contrat et la doctrine allemande⁷⁴¹. On retrouve cette théorie sous la plume de l'américain Mac Neil dans un article publié en 1974 avant d'être reprise par un courant dit « réaliste » amorcé par Lelwellyn⁷⁴². La théorie prétend amorcer une réponse face au contrat classique qui, né de l'autonomie de la volonté, est par essence autarcique, clos et complet. Ainsi la distinction entre la formation et l'exécution n'aurait pas lieu d'être dans ce cas, car la formation dans ce cas est la projection de l'image de l'exécution. L'exécution est donc dans ce cas à l'image de la formation. Mac Neil s'oppose à cette complétude et à cet hermétisme contractuel en posant cette théorie dont le critère principal est la durée. Il s'agit donc d'une théorie qui propose une alternative comme nous l'indique très justement Guillaume Busseuil : placé sous le sceau de l'autonomie de la volonté et de la complétude, il représente un univers clos aux prétentions des tiers et à l'évolution du contexte économique présidant à sa formation. C'est en réaction à l'hermétisme de ce modèle contractuel que Macneil a forgé la théorie alternative du contrat relationnel⁷⁴³. Cependant, le professeur Judith Rochfeld nous met en garde contre les critiques, car il n'existe aucune définition précise de la notion de contrat relationnel, mais cela peut être une grille de lecture pertinente pour illustrer notre propos. En effet, n'est-ce pas une catégorisation plus sociologique et économique que juridique ? Mais cette grille de lecture nous permet de remettre en question quelques vérités sur le contrat en esquisant de nouveaux contours afin de voir émerger une théorie de l'autonomie de l'exécution

⁷⁴¹ L. AYNÈS, « Rapport de synthèse », in *La confiance en droit privé des contrats*, (dir.) V.-L. BENABOU et M. CHAGNY, Dalloz, 2008, p. 153.

⁷⁴² I.R. MACNEIL, « *The many futures of contract* », *Southern California Law review*, 1974, vol.47, p. 691.

⁷⁴³ G. BUSSEUIL, *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, préf. M.-J. CAMPANA, LGDJ, 2009, p. 150.

dans les contrats de durée (A). C'est dans cette perspective qu'un auteur y voit même la possibilité d'admettre l'imprévision dans les contrats relationnels ⁷⁴⁴ (B).

A) Le contrat relationnel et l'émancipation de l'exécution

766. Certains contrats, dits relationnels, peuvent faire l'objet d'une révision en cours d'existence. Un auteur distingue des types de contrats différents : « prenons le cas d'un opérateur spécialisé dans les contrats à terme sur devises qui investit sur un marché de futures (destiné à permettre de se couvrir contre les risques de changes) par exemple en achetant à une échéance de quelques semaines un montant important en dollars. Si à la suite d'évènements politiques économiques ou sociaux la monnaie américaine vient à se déprécier de telle sorte que la contrepartie des devises américaines au jour de la livraison soit beaucoup plus faible et met notre opérateur dans une situation financière délicate, il est hors de question d'envisager que celui-ci puisse demander la révision de son contrat. Mais considérons maintenant la situation d'un détaillant de bois de chauffe à un prix fixé au début de leur relation, contractuellement lié à un grossiste à qui il est tenu d'acheter un certain volume de bois à un prix fixé au début de leur relation alors qu'à la suite de la tempête les cours du bois s'effondrent empêchant le détaillant de pouvoir pratiquer des prix concurrentiels. Il semblerait moins injuste d'imaginer que le détaillant puisse avoir le droit de demander la révision de son contrat de manière à ce qu'il puisse maintenir des marges suffisantes ⁷⁴⁵ » sans se ruiner. Seul ce second contrat peut être affublé de l'épithète « relationnel ». Nous distinguons ainsi les contrats spéculatifs des contrats non spéculatifs. Et notre propos s'inscrit dans la volonté de mettre le contrat en phase avec la réalité du marché et certainement pas de protéger le contrat spéculatif qui s'en éloigne au contraire.

⁷⁴⁴ H. BOUTHINON-DUMAS, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE* 2001.

⁷⁴⁵ H. BOUTHINON-DUMAS, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE* 2001

767. Largement ignorée du Code civil, la durée en constitue pourtant un paramètre important⁷⁴⁶. Les contrats de durée sont ceux dans lesquels le temps est une donnée fondamentale. Il s'inscrit entre la conclusion du contrat et son dénouement. Dans la typologie de la théorie générale, les contrats soumis au temps sont les contrats à exécution successive ainsi que les contrats à exécution différée. Il faut également y ajouter les conventions de garanties⁷⁴⁷.

768. Lorsque la durée s'intègre dans le contrat, nombreuses sont les surprises pouvant survenir entre l'échange des consentements et le terme du contrat. Le contrat est alors considéré comme un bien détaché de la volonté des parties et ayant une valeur économique autonome justifiant sa sauvegarde. L'ensemble des théories parcourues au long de cette étude laisse percevoir un certain consensus autour de la notion de contrat de durée. En effet, comme le souligne un auteur, en intégrant la durée dans le contrat on tente de comprendre comment cette durée peut être contrôlée sur le fondement de la satisfaction des parties⁷⁴⁸. La durée doit être suffisante pour que les parties entrent dans un certain degré relationnel. L'auteur poursuit en considérant qu'il n'est pas nécessaire de se placer au moment de la formation pour rechercher la durée et son impact, cette dernière s'apprécie dans l'exécution, car c'est à ce moment-là que ses effets se manifestent le plus.

769. Comme le révèle un jurisconsulte, la durée d'exécution du contrat ainsi que son mode d'exécution dans le temps sont absents du Code civil⁷⁴⁹. Ses auteurs n'avaient pas intégré le mode d'exécution temporel du contrat. La nouvelle place accordée à

⁷⁴⁶ J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47 : « la durée d'exécution du contrat ainsi que son mode d'exécution dans le temps n'apparaissent pas dans le Code civil ». Selon l'auteur, l'explication tient en ce que les codificateurs avaient en tête, en effet, les seuls contrats instantanés, ce qui paraît plausible, les pères du Code ayant fait de la vente la matrice du droit des contrats.

⁷⁴⁷ J. CARBONNIER, *Les obligations*, op.cit., n° 138 : la durée du contrat successif le laissant ouvert aux fluctuations économiques et monétaires.

⁷⁴⁸ L. GRYNBAUM, « Création d'un trou noir (la disparition du consensualisme) et découverte d'une étoile (la durée) au firmament du contrat », *RDC* 2007, p. 57.

⁷⁴⁹ J. ROCHFELD, art. préc.

l'exécution du contrat se détache ainsi de l'exécution en tant que projection de la formation.

770. Il arrive que le contrat à exécution instantanée se prolonge dans le temps par les effets de la garantie qui court après la vente. Le contrat voit alors, au-delà de ses obligations principales, ses effets secondaires se prolonger dans le temps⁷⁵⁰. C'est la seule présence de la durée qui impacte le contrat et non son mode de formation. L'intercession du temps dans le contrat dénature en quelque sorte sa principale fonction et introduit la notion de risque. En effet, l'insertion de la durée dans le contrat a une influence sur la construction du lien contractuel. Le risque d'un engagement durable est un aspect à prendre au sérieux et est déterminant pour la relation future.

771. Pour le juriste, l'incertitude a pour nom l'imprévision et l'incomplétude. Inversement, pour des contrats de longue durée cette incomplétude est la solution pour faire assurer leur évolution en les dotant d'une texture ouverte⁷⁵¹. Cependant, cette dernière entraîne une intervention accrue du juge. Les difficultés que les parties n'ont pu prévoir sont réglées postérieurement au prétoire lorsque la crise contractuelle survient. Selon un auteur, « tout se passe comme si les carences des parties dans l'élaboration de leur accord contractuel revenaient à transformer *ex post* au juge judiciaire la charge de l'amélioration du contenu de l'accord⁷⁵² ». Ce résultat fait malheureusement pièce à la volonté actuelle de désencombrement des tribunaux. La notion d'incomplétude pourrait être une solution intéressante ouvrant le contrat vers de nouvelles perspectives. On se demande si le contrat de longue durée n'est pas toujours ou ne doit pas toujours être un contrat incomplet. Les contrats du monde réel ne sont-ils pas essentiellement des contrats incomplets ?

772. Certains économistes cherchent à faire correspondre approches juridiques et économiques. Les deux soulignent que l'essence même de la relation dans le contrat est

⁷⁵⁰ *Ibid.*

⁷⁵¹ C. MÉNARD, « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste », *Mélanges J. GHESTIN*, LGDJ, 2001.

⁷⁵² Th. KIRAT, « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats incomplets à la pratique des contrats administratifs », *RIDE*, 2003, p. 11.

l'accord et la relation interindividuelle plutôt que la sanction exercée par un tiers. Certains économistes ont même schématisé les différentes approches économiques des contrats. Ils tentent de démontrer l'influence de la préparation contractuelle et son incidence sur le contrat dans la durée. On note une influence indéniable entre la pré-information des parties et la suite des événements et la manière dont la structure institutionnelle prendra la place de l'accord de départ. La plupart du temps, il y a corrélation entre la complétude des informations et la symétrie de la relation. Dans ce cas, le contrat est considéré comme parfait et garant de l'absence de déviation dans l'exécution par rapport à la formation de départ. Il s'agit de contrats complets qui ne nécessitent aucun aménagement. En revanche, dans les contrats de longue durée certaines variables du contrat ne sont pas déterminées à l'avance.

773. Le Code civil est silencieux sur la notion même de modification ce qui a pour conséquence un désintérêt de cette notion en doctrine. Malgré ce constat, la modification est une véritable technique juridique consacrant implicitement la possibilité d'un changement dans la continuité du contrat. C'est bien un élément de notre recherche, à savoir comment concilier l'apparente stabilité du contrat et les changements qui rendent parfois absurde la continuité du contrat dans ses termes initiaux. D'après un auteur, si la volonté peut faire et défaire le contrat, elle peut également le modifier⁷⁵³. Bien que non inscrite à l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, cette faculté pour les parties de modifier un élément essentiel de leur contrat est inhérente à l'esprit de cette disposition législative.

774. La notion de modification est présente dans de nombreuses applications du droit positif. À travers la notion d'inexécution licite, par exemple, on découvre une certaine autonomie de l'exécution par rapport à la demande initiale. En matière d'inexécution licite, il est indéniable que la recherche de changement dans la continuité

⁷⁵³ S. PONS, « Réflexions sur la modification d'un élément essentiel du contrat par les parties », *LPA* 8 avr. 2008, p. 4.

nécessite la coopération des parties et du juge afin d'assurer la pérennité du contrat⁷⁵⁴. Conscients d'un certain détournement de la règle absolue d'intangibilité et du besoin d'écarter dans certaines hypothèses l'imprévision, les juges exigent parfois une réponse motivée. La motivation d'un acte permet de cerner un détournement du principe d'intangibilité du contrat. En effet les juges conscients de l'interdiction de principe en faveur de la révision judiciaire sentent l'enjeu de l'acceptation de l'allègement de certaines contraintes et le risque de se voir sanctionner pour irrégularité voire même illégalité. Par exemple, en matière de surendettement, les articles L. 331-7, 3°, 4° et L. 331-7-1 du Code de la consommation disposent que la Commission recommande un droit de ne pas exécuter ou d'exécuter autrement dans la mesure où la décision est motivée et spéciale.

775. On peut également citer le cas du contrat de prêt, de la réduction du taux d'intérêt ou encore de l'octroi d'un délai de grâce. Il est remarquable que, par touches impressionnistes, le législateur offre au débiteur de faire modifier judiciairement le contrat lorsque faute de changement ou de modification, la relation contractuelle serait vouée à l'échec et à disparaître à plus ou moins brève échéance. Que ce soit en droit de la consommation ou dans le cadre de la Commission du surendettement, les propositions d'assouplissement du contrat sont récurrentes. Dans le cadre de l'obtention d'un délai de grâce, si les juges ne sont pas obligés de motiver leur refus ils sont en revanche tenus de motiver leur assentiment. Dans ces cas d'ouverture à une certaine imprévision, la motivation du juge est fondamentale⁷⁵⁵. En fait, toutes ces mesures d'allègements sont autant de modifications du contrat destinées à en assurer la pérennité dans les meilleures conditions.

⁷⁵⁴ En matière d'inexécution licite il faut une décision motivée. Sur cette question, v. J. NORMAND, « Le domaine du principe de motivation en droit des contrats », *in La motivation, travaux de l'association Henri Capitant*, LGDJ, 2000, p. 17 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *Mélanges J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 301 et s.

⁷⁵⁵ C. civ., art. 1244-1, al. 2 : il faut une décision spéciale et motiver sur l'octroi du délai. Si les juges ne sont pas obligés de motiver leur refus, à l'inverse l'article 510, alinéa 4, du Nouveau Code de procédure civile oblige les juges à motiver l'octroi d'un délai.

776. La mise en évidence des correspondances entre les discours du droit et de l'économie révèle la difficulté de la détermination du prix. À cet effet, beaucoup d'aléas entrent en compte lorsque le contrat s'inscrit dans la durée. L'incertitude inhérente à ces contrats incomplets est un faux-nez de l'imprévision. C'est pourquoi certains économistes pensent que l'incomplétude des contrats de longue durée relève de la sphère juridique de la notion d'imprévision.

777. Le contrat incomplet est celui dans lequel les parties abandonnent l'idée de tout prévoir. C'est la dimension *ex post* de la prévision. Devant l'impossibilité de prendre en compte l'ensemble des contingences, le contrat incomplet repose sur l'idée qu'il vaut mieux gérer après, au fil de l'eau. La notion de contrat incomplet, dont Hart est l'un des pères fondateurs, est en passe de devenir un nouveau paradigme en économie et désormais en droit. Ce concept a des répercussions sur l'approche stricte du contrat. Dans les contrats de durée où la temporalité est longue, les risques d'inexécution des obligations deviennent prégnants. Le facteur le plus perturbant est bien évidemment le temps. L'imputation des risques dans ce type d'accords est une grande question, notamment pour l'économie et particulièrement pour les juristes.

778. La théorie de la bonne foi est-elle capable de jouer le rôle qu'on veut bien lui prêter pour réguler les difficultés d'exécution du contrat ? Cette notion remet en cause la complétude du contrat en instaurant une certaine souplesse à l'intangibilité de départ. L'article 57 du projet de loi de la Chancellerie indique que « les parties s'engagent non seulement à ce qui est explicitement stipulé dans le contrat, mais aussi à ce qui est tacitement admis ». En outre, selon l'article 58, « elles sont également tenues à toutes les suites que la loi, l'équité, les usages et les pratiques donnent à l'obligation d'après sa nature ». Cette rédaction ne va pas à l'encontre des principes élémentaires du droit anglo-saxon⁷⁵⁶. Le contrat contient en effet des dispositions expresses et implicites. Les secondes découlent de l'intention des parties, de la nature du contrat et de la bonne foi. C'est cette notion de l'implicite dans le contrat qui a retenu toute notre attention.

⁷⁵⁶ G. H. TREITEL, *An outline of the law of contract*, 5^e éd., Butterworths : l'auteur débute et cerne le champ d'étude du chapitre consacré au contenu du contrat de la manière suivante : « *a contract may contain both express and implied terms.* »

Elle est un instrument du contrat permettant de le compléter. Un auteur parle même d'obligations « complétives » qui complètent le contrat au-delà de ce qui a été dit⁷⁵⁷.

779. Dans les très grands contrats, à mesure que les parties précisent leur projet commun, leurs capacités réciproques à mener à bien le projet et les moyens dont elles disposent, elles définissent avec précision les obligations réciproques et les éventuelles sanctions associées. Corrélativement à ce souhait de tout contrôler cher aux économistes, il est laissé aux parties une certaine marge de manœuvre comprenant des aspects innovants afin de gérer les éventuels imprévus. Le contrat est un instrument de coopération. Plus le contrat est relationnel et moins le conflit peut être efficacement résolu par le juge tant la matière est devenue complexe. Ce dernier sera en effet incapable de recréer véritablement les conditions d'une coopération. En outre, à partir du moment où le contrat dit relationnel se retrouve devant le juge, la coopération peut être considérée comme éteinte. Cela dit, par le détour de la bonne foi dans l'exécution du contrat et grâce aux attentes raisonnables des parties, il est possible d'introduire dans le contrat une dose d'imprévision raisonnée et raisonnable.

B) L'impact de l'approche relationnel sur le contrat durée

780. En se référant à l'article 1134 du Code civil, une partie de la doctrine admet que certains contrats bénéficient de l'assurance d'une relation continue. En effet, plutôt que de rechercher la complétude du contrat, c'est-à-dire à rechercher *ex ante* le plus précisément possible les conditions de formation et d'exécution du contrat, on fait plus volontiers appel à des structures hybrides telles que le contrat organisation ou de longue durée. Ces types de contrats ne cherchent pas à anticiper tous les événements futurs. Plus sagement, ils se contentent de prévoir des mécanismes de renégociation en cours de contrat et d'adaptation dont l'objectif est de sauver le contrat. Ces différents recommandations et mécanismes interviennent en amont avant que ne survienne la crise contractuelle. Par ailleurs, l'intervention du juge reste une menace réelle de solder la relation contractuelle.

⁷⁵⁷ Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, préf. Fr. CHABAS, Dalloz, 2005, n° 425.

CONCLUSION DE SECTION 2

781. La diffusion de cette approche relationnelle éclaire la notion même de contrat « incomplet ». Effectivement, devant l'impossibilité de déterminer *ex ante* l'ensemble des états du monde à venir, les cocontractants ne peuvent pas tout savoir à l'avance. Ainsi, le contrat de durée ouvre une perspective au problème central de la prévision. En effet, plutôt que de définir la convention *en extension*, la volonté du contrat complet, ce qu'on appelle aussi la *présentiation*, c'est-à-dire rendre présent le futur, la convention comporte une texture ouverte qui appréhende davantage le contrat dans sa globalité et surtout à travers son économie réelle.

CONCLUSION DE CHAPITRE 1

782. Les contrats de longue durée⁷⁵⁸ commencent à constituer un objet d'étude spécifique au point que l'on en vient à se demander s'ils ne forment pas déjà une catégorie originale et à part⁷⁵⁹. La réforme a pourtant laissé complètement en suspens une approche globale des problématiques contractuelles dans la durée. En effet, aucune classification ne fut spécifiquement dédiée à la distinction des différents modèles économiques.

⁷⁵⁸ J. GHESTIN et M. BILLIAU, *Le prix dans les contrats longue durée*, LGDJ, 1990.

⁷⁵⁹ Ch. JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 », *Dr. & patrimoine* mars 1998, p. 46 et s.

CHAPITRE II : LE RÉGIME DU CONTRAT DE DURÉE

783. L'émergence d'un nouveau modèle contractuel ne saurait rester sans incidence sur le régime contractuel actuel. En effet, le droit commun des contrats qui a été fondé sur l'échange peine à intégrer des modèles plus proches d'un intérêt commun que d'un intérêt antagoniste. Un régime est la matrice sur lequel le contrat se repose et se doit d'en connaître les règles pour avancer sur un terrain le plus connu possible et sans surprise : c'est un mode d'organisation, en l'occurrence le régime du contrat de durée s'est imposé de manière implicite et de manière éparses par opposition au régime du contrat classique. En ont émergé des figures contractuelles conduisant à une certaine *hybridation* du droit contractuel⁷⁶⁰. Dans cette perspective, il est d'abord apparu opportun d'intégrer ces figures contractuelles éparses qui posaient des difficultés de frontières entre la formation et l'exécution, autrement dit d'intégrer le droit vivant dans le droit classique, cela pour deux raisons. D'une part, en vertu du principe de liberté contractuelle, de nombreux contrats ne sont pas compatibles avec les autres catégories de contrats existantes, de sorte que la qualification de certains contrats est souvent malaisée, notamment les contrats de coopération. D'autre part, il est apparu de manière assez criante que certains contrats dans la durée donnent naissance à des obligations identiques ou similaires, il apparaît par conséquent utile de les soumettre à un régime identique. La reconnaissance d'un régime contractuel adapté au contrat de durée contribuerait à remettre de l'ordre et à consigner au même endroit l'ensemble des jurisprudences consacrées à la même problématique.

784. Ce régime de durée aurait pour conséquence de consacrer les solutions qui s'imposent en matière de contrats incomplets à la formation et en matière de contrôle de l'abus à l'exécution. Ce sont ces deux volets d'une même pratique d'un contrat en cours d'exécution (**Section 1**) qui font rejaillir le besoin d'une dimension causale du contrat (**Section 2**). Le but ultime est donc de maintenir le lien contractuel quand bien même la durée aurait impacté le contrat. C'est une contribution au maintien de l'équilibre contractuel dans

⁷⁶⁰ « L'hybridation dans les contrats » in Mélanges M.JEANTIN Dalloz 1999 p.27

des circonstances qui changent avec la poursuite d'une réelle adhésion au contrat, fort du renforcement de la force obligatoire, au nom d'une volonté des parties plus objective.

SECTION I : VERS UNE DIMENSION PLUS CAUSALE EN COURS POUR LE CONTRAT DE DURÉE

785. Les constats des insuffisances du modèle unique du contrat échange nous ont conduits à tenter de substituer au modèle de référence différents critères qui permettront d'esquisser certainement un nouveau régime. L'essence même du contrat de durée est d'être incomplet et d'avoir une texture ouverte susceptible de pouvoir accueillir des changements. Dans ces conditions, les premiers signes du régime du contrat de durée proviennent de figures contractuelles connues, dont l'essence même était l'adaptation en cours d'exécution. Ce nouveau modèle pourrait trouver sa source d'inspiration dans le modèle du contrat d'entreprise. En effet, le contrat d'entreprise se distingue de la vente en tous points et notamment en raison de l'inexistence de son objet à la formation. Ainsi, le contrat d'entreprise admet l'existence d'un contrat incomplet. C'est le cas où la forme même du contrat de durée consiste à gérer une incomplétude de départ, incomplétude, imperfection, ou encore indétermination.

786. Dans une certaine mesure, le contrat de durée est considéré comme étant un contrat imparfait, sa perfection étant subordonnée à son exécution⁷⁶¹. Mais, plus encore c'est sa texture ouverte à la formation, qui renforce la force obligatoire du contrat et son adhésion au contrat. Le contrat de durée organise lui-même la naissance de sa réalité et celle-ci a lieu en cours d'exécution. Contrairement au contrat classique, le contrat qui s'exécute dans le temps interdit aux obligations réciproques d'exister tant que le contrat ne se réalise pas véritablement⁷⁶².

⁷⁶¹ P. PUIG : « de ce point de vue le contrat d'entreprise peut être considéré comme imparfait au moment de sa conclusion, sa perfection est alors subordonnée dans une certaine mesure à son exécution ».

⁷⁶² P. PUIG à propos du contrat d'entreprise : « son inexistance anticipée interdit en conséquence aux obligations s'y rapportant d'exister tant que l'ouvrage n'est pas réellement créé. Leur naissance dépend donc de l'exécution du contrat, du moins de certaines obligations nées de celui-ci : institution originale que celle qui organise elle-même la création d'une partie de ses éléments constitutifs. De ce point de vue, le contrat d'entreprise peut être considéré comme imparfait au moment de sa conclusion ; sa perfection étant alors subordonnée dans une certaine mesure, à son exécution ».

787. Cependant, parallèlement à cette indétermination de départ du contrat à la formation, on a tendance à remarquer aussi dans certains contrats spéciaux qui s'apparentent à des contrats de durée une remise en cause du principe d'égalité entre les parties⁷⁶³. Cela souligne un vrai changement de perspective en reconnaissant une conception plus sociale⁷⁶⁴ que volontariste pour le contrat et cette conception s'impose d'autant plus dans les contrats qui se prolongent dans le temps. En effet, la plupart des contrats spéciaux recherchent une certaine égalité entre les parties contractantes. En effet, ce n'est pas tant le principe d'égalité qui innerve ce type de contrats que la dimension commune vers un seul objet : la volonté commune de maintenir le lien contractuel dans la durée. Pour tenter de réaliser le maintien de ce lien contractuel, il existe des clauses dites d'adaptation ou de renégociation permettant de surmonter les imprévus inhérentes à toutes les conventions qui s'inscrivent dans la durée afin de maintenir le lien contractuel. Mais, ces clauses étaient au service du contrat et participent à l'effort contractuel de prévision. Elles se présentent comme des instruments de gestion du risque à disposition des parties. Un acte de prévision muni de clauses contractuelles s'apparente à une entreprise d'appropriation de l'avenir et relève toujours de la logique prévisionniste. En effet, le contrat doit avoir une certaine discipline et tenter de répondre aux problématiques de l'évolution des variables dont l'opération dépend. La reconnaissance d'une imprévision implicite va alors de pair avec une certaine procéduralisation du contrôle du contrat dans l'exécution ainsi que sur la gestion du risque contractuel (**Paragraphe 1**). Ce contrôle implique aussi un renforcement du lien contractuel et de la force obligatoire dans le contrat (**Paragraphe 2**).

⁷⁶³ J. ROCHFELD, *Les grandes notions de droit privé*, PUF, 2013 p. 426 : « le contrat en tant que reflet du mode de la relation propre à une société, n'est pas resté à l'écart des évolutions connues par cette dernière. Celles-ci ont induit des distorsions dans les postulats initialement posés. En effet, la réalité sociale n'a jamais correspondu aux postulats proclamés de l'égalité des parties ».

⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 430.

Paragraphe 1 : La procéduralisation de l'incomplétude de la formation

788. Le contrat de durée peut se définir comme une opération en cours dans l'exécution qui laisse une grande marge de manœuvre au modèle contractuel. Cette perspective d'ouverture emporte avec elle certaines transformations inhérentes à l'impact du temps sur le contrat (A) ainsi que le développement d'un contrôle inhérent à une phase d'exécution plus ouverte (B).

A) L'impact de l'insertion de la durée dans l'exécution du contrat en cours

789. L'insertion de la durée implique de prendre plus en compte le contexte global du contrat et s'attache davantage au maintien du lien contractuel ce qui nécessairement va rendre compte d'une approche différente du contrat. En effet, la première étape de cette remise en cause du modèle contractuel unique est née de la confrontation entre plusieurs idées. Différentes transformations ont émergé progressivement dans la mesure où certains gros contrats qui s'exécutaient dans la durée n'étaient plus en mesure de proposer un rapport de stricte d'égalité *ab initio*. Dans ces cas particuliers, le nouveau modèle de contrat se devait d'être remis en cause totalement⁷⁶⁵. En effet, pour certains auteurs « la négociation et la définition du contenu contractuel ne constituaient pas ou plus le critère du contrat »⁷⁶⁶. L'impact du temps sur le contrat le fait changer de perspective et remet en cause les équilibres de départ en consacrant la possibilité d'une inégalité de départ dans la mesure où un rattrapage dans l'exécution se fait jour (1), cette nouvelle perspective de prise en compte de l'exécution tente d'identifier l'impact de la durée sur la divisibilité du contrat (2).

⁷⁶⁵ J. ROCHFELD, op. cit., p. 430 : « si la rencontre des volontés, conçue comme l'instrument d'un rapport d'égalité, n'existe plus dans ces situations, le contrat se trouve également remis en question. En effet, l'adhésion d'une volonté à la proposition d'une autre en situation de force marque l'assujettissement d'un contractant à un autre ».

⁷⁶⁶ *Ibid.*

- 1) Le rattrapage dans l'exécution dans un contrôle *a posteriori* par l'obligation de motivation, avatar de la cause

790. Apparemment, le critère de l'égalité entre les contractants ne serait plus forcément un critère déterminant de la réalité contractuelle. Pourtant, même si l'égalité n'existait pas de fait, les apparences étaient sauvées dans la mesure où l'autre partie exprime quand même sa volonté en adhérant au projet contractuel dans le temps. Cependant, il était nécessaire de prendre en compte ce changement en reconnaissant un certain déplacement de l'équilibre de la formation en tant que fondement contractuel intangible et égalitaire à l'exécution, c'est-à-dire par rapport au contrôle concret qui doit se faire. En effet, la reconnaissance des déséquilibres éventuels dus à la structure même du contrat inégalitaire se devait d'être contrôlée sérieusement afin de pouvoir rétablir, le cas échéant, l'équilibre dans l'exécution. Ce contrôle se retrouve alors fatalement dans la période d'exécution qui confronte les cocontractants à la réalité du contrat et qui fait émerger les déséquilibres.

- a) L'obligation de motivation du respect des intérêts des parties

791. Pour répondre à cette tendance, on assiste à une certaine *procéduralisation* dans le contrôle du pouvoir contractuel de l'un des contractants à la phase d'exécution. En effet, selon M. Guillaume Wicker : « le titulaire d'un pouvoir devrait indiquer à son cocontractant les éléments lui permettant d'apprécier que le pouvoir a été exercé en respectant les intérêts définis par l'accord des parties ou conformément à l'utilité particulière — à la cause — qui a justifié que l'un des contractants accepte d'en attribuer le bénéfice à l'autre ; de la même façon qu'un mandataire doit rendre compte à son mandant de l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés, il semble s'imposer que le titulaire du pouvoir justifie de son exercice légitime⁷⁶⁷ ». Dans cette perspective, l'obligation de motivation s'est affirmée d'autant plus dans des contrats de durée avec un fort intérêt commun. Que ce soit *l'obligation de motivation* de la rupture du contrat ou *l'obligation de motivation* de la modification du prix, cette nouvelle obligation

⁷⁶⁷ G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels à l'heure des Principes de droit européen des contrats*, P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), Dalloz, 2003, p.151 et s.

permet une intrusion du juge afin de contrôler le contrat. Cette obligation répond à cet enjeu. En effet, le contrat de distribution peut symboliser l'écart qui existe entre le contrat de droit commun et son intangibilité de façade, et les contrats qui régissent des relations contractuelles longues. Alors qu'*a priori* dans ces contrats d'affaires, l'obligation de motivation ne paraissait pas nécessaire et même risquée pour la sécurité contractuelle⁷⁶⁸, on assiste désormais à certains fléchissements des décisions jurisprudentielles en la matière. En effet l'obligation de motivation investit également insidieusement le droit de la distribution. Il est remarquable que depuis quelque temps, la Cour de cassation change de cap et porte son regard sur la pertinence des motifs invoqués par la partie, ce qui oriente donc de manière progressive vers la reconnaissance de *l'obligation de motivation*. Cette obligation permet d'avoir un contrôle de la décision. Face à un certain unilatéralisme de la décision, qui est considéré comme un pouvoir susceptible de déséquilibre, le droit tente d'organiser un contre-pouvoir intense en instaurant ce contrôle dans l'exécution. Mais ce contrôle de la motivation n'est-il pas en quelque sorte un avatar de la cause pour contrôler l'équilibre du contrat ? La cause⁷⁶⁹ n'a-t-elle pas toujours permis de rétablir un équilibre qui transcende le contrat au nom de son intérêt commun. On le voit le spectre de la dimension causale hante le contrat et en particulier le contrat de durée.

792. Ce questionnement porte largement sur la problématique de la détermination de la contrepartie poursuivie par les parties, qui pourrait être dérisoire ou non. En effet, dans un *contrat échange* le nom même de contrat échange nous donne déjà une réponse, la contrepartie est objective et la dimension causale est importante. Les obligations échangées des contrats s'annulent mutuellement. Mais plus particulièrement dans les contrats de durée la cause est un facteur d'équilibre et de compréhension plus large et contribue à une certaine souplesse tout le long du contrat, tout en contrôlant la réalité objective de celui-ci. C'est peut — être sur ce dernier point que l'obligation de

⁷⁶⁸ J. ROCHFELD, « Du contrôle de la motivation de la rupture des contrats à durée indéterminée », *JCP G.* 2001, I, 354, n^{os} 19 et 21 : « cet arrêt est tout à fait remarquable en ce qu'il imprime un coup de frein très net au développement du contrôle de la motivation de la rupture des contrats à durée indéterminée que d'autres décisions pouvaient laisser espérer [...] Voilà une prise de position claire : le contrôle de la motivation c'est à dire l'opportunité de la décision [...] se trouve pour l'heure rejeté ».

motivation de la poursuite du contrat semble se justifier et atteindre dans une certaine mesure la notion de cause. Mais réduire l'équilibre contractuel à une contrepartie stricte, quasiment mathématique, est réducteur. C'est toute la philosophie du modèle du contrat échange qui inspire encore largement ces solutions et particulièrement la réforme.

b) La substitution du principe de causalité par une règle d'application

793. On le voit la notion de cause emprunte plusieurs voies, mais l'on constate que le législateur en tentant de la supprimer n'a pas réussi à la remplacer réellement. C'est la notion de contrepartie convenue qui la remplace et qui enferme davantage dans l'échange et qui nie toute problématique de durée. Selon l'article 1169 du Code civil : « un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire et dérisoire ». On voit bien que le modèle du contrat échange hante toujours l'ensemble du raisonnement contractuel et le réduit toujours. En effet, c'est la notion de contrepartie qui véhicule la notion de cause. Mais cette notion de contrepartie a réduit considérablement le champ d'application du concept. Même si une certaine complexité du concept paraissait brouiller le message, il n'en demeure pas moins que pour rendre plus accessible cette notion, on l'a remplacée par *sa règle d'application*⁷⁷⁰. Inversement, le concept de cause induisait plusieurs problématiques et son éventail de solutions laissait la porte ouverte à une plus grande adaptation et un prisme plus large. Ainsi, le recours à la seule notion de contrepartie amenuise considérablement le rôle de la cause en tant qu'outil de contrôle de l'exécution et traduit une volonté de limiter à l'échange et son régime le concept de contrat. En ce sens, un auteur considère que : « là où la cause était un concept suffisamment abstrait et malléable pour pouvoir s'adapter à toutes les réalités économiques—, force est d'admettre que la “contrepartie convenue” referme un peu plus le contrat sur l'échange⁷⁷¹ ». En effet, la cause au sens large permettait d'analyser des situations contractuelles qui dépassaient le simple cadre de l'échange. Et dans ces conditions, on

⁷⁷⁰ S. LEQUETTE, « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêts commun », *D.* 2016, p. 1148.

⁷⁷¹ Y. LEQUETTE cité in S. LEQUETTE, art. préc., n° 47.

peut dire que les contrats de durée portent en germe un intérêt commun. Or, non seulement la réforme n'a pas reconnu la diversité des différents modèles économiques, mais surtout, elle n'a pas offert d'autres concepts à même de pallier ce manque.

794. On peut raisonner à partir du contrat de franchise. Le franchisé obtient du franchiseur sa marque et son savoir-faire. Il n'y a pas dans ce cas de réelle contrepartie au sens d'échange, mais un « avantage attendu au regard de l'économie d'ensemble⁷⁷² ». Cet avantage attendu dans l'exécution nous paraît tout à fait indiqué pour le régime du contrat en cours d'exécution comme le contrat de franchise. Mais, il est intéressant de soulever quelques incohérences du législateur. Il a eu l'intuition de proposer une alternative à la simple contrepartie. En présentant la contrepartie *comme l'avantage attendu au regard de l'économie d'ensemble* il y a bien une tentative d'alternative. Cependant le législateur ne semble pas aller au bout du raisonnement. En effet, avec la notion même d'avantage attendu on se rapproche de la notion d'attente légitime, c'est-à-dire ce que les parties peuvent légitimement attendre du contrat. Mais le législateur a malheureusement réduit la portée de l'avantage attendu à la seule contrepartie, ce qui réduit considérablement la potentialité de cette notion. En effet, en introduisant la notion d'avantage attendu, c'est la notion même de la cause au sens de l'équilibre global du contrat qui serait sous-entendu. Le législateur ne peut pas d'un côté supprimer la cause et la faire réapparaître dans d'autres notions. Pour ces raisons, il est tout à fait regrettable que la réforme ait supprimé le texte général sur la cause pour le remplacer par des apports épars. Au lieu de simplifier la notion, tout cela la complique de manière évidente.

795. Pour amenuiser le risque contractuel dans des contrats non pourvus d'un système adapté à l'incomplétude de la formation, les clauses d'adaptation et de renégociation restent des moyens efficaces pour surmonter les imprévus inhérentes à toutes les conventions qui s'inscrivent dans la durée. Mais, si ces clauses sont au service du contrat et participent à l'effort contractuel de prévision, elles sont un instrument de gestion du risque à disposition des parties. Cet acte de prévision muni de clauses contractuelles s'apparente à une entreprise d'appropriation de l'avenir. En effet, le contrat doit avoir une certaine discipline et tenter de répondre aux problématiques de

⁷⁷² G. WICKER, « Suppression de la cause et solutions alternatives », préc., p.121

l'évolution des variables dont l'opération dépend. Notre propos s'inscrit davantage dans une certaine généralisation des clauses d'adaptation dès lors que le contrat s'inscrit dans la durée.

796. C'est alors dans ce contexte, il est opportun de s'interroger sur la possible généralisation de ces clauses dans les contrats de longue durée afin de prévoir le risque contractuel en l'insérant dans le régime juridique du contrat de durée. Cette possible généralisation d'une clause de *hardship* à tout contrat de durée permettrait de gérer l'imprévision et de permettre de maintenir la force obligatoire du lien contractuel en proposant une texture ouverte sous le contrôle de l'équilibre contractuel et de l'attente légitime du contrat. Mais avant de proposer cette généralisation à tous les contrats de durée, il nous a paru opportun de poser la question de la possible divisibilité du contrat, comme étant un indice du degré d'attachement au modèle du contrat complet.

2) La divisibilité du contrat : indice du degré d'attachement au modèle du contrat complet

797. L'insertion de la durée impacte de manière différente les contrats selon qu'ils ont une durée déterminée ou indéterminée. Cette typologie classique a été à l'origine d'une prise de conscience de la nécessité d'avoir une recherche sur l'impact de la durée et la nécessité de proposer un autre modèle. En effet, comme le souligne Judith Rochfeld : « Selon que l'exécution est conçue comme répondant à un équilibre global ou comme pouvant s'articuler en une succession d'équilibres partiels et potentiellement autonomes, les conséquences diffèrent. Dans le premier cas, il y a une indivisibilité dans l'exécution, celle-ci étant conçue comme unique ». L'auteur illustre son propos à l'aide d'un contrat d'entreprise de construction d'un ensemble immobilier conclu à prix forfaitaire, la Cour de cassation avait souligné la convention en la considérant comme *indivisible*⁷⁷³. « Dans le second cas, il y a divisibilité selon des tranches d'exécution

⁷⁷³ J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004/1 p. 55.

équilibrées, ce que l'on peut isoler, notamment, quant au paiement d'un prix correspond une contrepartie corrélative pour une période donnée⁷⁷⁴ ».

798. À la lumière de ce constat, on se rend compte que le véritable critère réside pour le contrat de durée dans ce caractère divisible ou non de l'opération. En effet, dans le cas d'un contrat divisible au fur et à mesure de l'exécution du contrat en tranches bien distinctes, l'exécution peut se diviser et il est possible de vérifier et de contrôler l'attachement progressif des parties au contrat. En effet, certains arrêts s'attachent à regarder dans l'intention des parties si les parties contractantes regardent l'exécution globale comme seule susceptible de satisfaire leur intérêt au contrat. Il est intéressant de noter que le critère de divisibilité ou d'indivisibilité est alors subjectif.

799. Mais la question qui émerge est de savoir dans quelle mesure le spectre du modèle du contrat unique ne continue pas d'hanter l'ensemble du système dans la mesure où un autre modèle alternatif, entraînant un changement de paradigme, n'a pas encore été consacré. Pourtant, à travers l'analyse de cet auteur sur la jurisprudence et la méthode avec laquelle celle-ci en déduit l'existence ou non du critère de divisibilité ou d'indivisibilité dans le contrat, il est évident qu'il s'appuie sur le modèle unique du contrat échange dans ses analyses. En effet, dans le modèle du contrat échange la vision du contrat tente d'être à la fois globale une et indivisible. C'est en cela qu'il n'y a pas de distinction entre la formation et l'exécution du contrat, entre ce qui est prévu et ce qui doit s'exécuter. Mais cette vision complète et linéaire peut rentrer dans la catégorie des contrats à durée déterminée. Selon Judith Rochfeld, « un contrat à durée déterminée, parce que l'équilibre global de l'accord peut y être plus facilement apprécié dès la conclusion, est plus à même de composer, dans l'esprit des parties et de par sa structure, un tout indivisible ». La durée déterminée du contrat serait donc un indice d'un tout indivisible⁷⁷⁵ et du modèle du contrat complet. Cette compréhension du premier indice

⁷⁷⁴ *Ibid.* Cass. 3^e civ., 20 nov. 1991, *Bull. civ.* III, n^o 285, p. 168 ; Cass. civ., 4 mai 1998, relevant que les parties avaient regardé l'exécution comme un tout indivisible.

⁷⁷⁵ V. Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1971, *D.* 1971, p. 608, note G.C.M., *JCP G.* 1971, II, 17083, note R. Rémond (contrat d'enseignement par correspondance de six ans avec prix payable par mensualités) : « Le contrat de durée déterminée à prestation successive doit s'analyser comme un contrat unique dont le fractionnement dans le temps ne peut être considéré que comme le mode d'exécution d'une seule et même convention ».

révèle la complétude du modèle du contrat à exécution déterminée, qui est un et indivisible et qui peut être analysé de manière globale et complète. Au contraire, dans le cas d'un contrat à durée indéterminée, il semble plus compliqué de s'attacher dès l'origine à « un équilibre global et indivisible ». Ainsi, dans une certaine mesure, cette analyse introduit dans le paysage contractuel la notion même de contrat incomplet qui est la caractéristique du contrat de durée et du régime que l'auteur veut proposer.

B) L'émergence implicite d'un contrat incomplet dans le paysage contractuel

800. La complétude du contrat rend le contrat intangible et indivisible et permet dès sa naissance d'avoir une réalité globale et déterminée. Cette analyse ne tolère pas de divisibilité entre la formation et l'exécution du contrat. Pourtant de nombreux risques peuvent être à l'origine d'une déviation de la ligne voulue par les contractants. Il est intéressant de se pencher plus particulièrement sur les risques qu'engendrent les contrats à long terme. La notion d'imprévision implicite va retenir toute notre attention et, à travers elle, tous les remèdes qui permettent d'introduire dans le contrat une certaine marge de manœuvre. En effet, la situation d'une des parties contractantes peut se trouver modifiée en cours d'exécution par rapport à celle qui était la sienne lors de la formation⁷⁷⁶. En principe, un tel changement ne modifie pas nécessairement le cours du contrat, car avant de s'engager, les parties ont pu prévoir les évolutions à venir. Chaque engagement constitue un pari sur l'avenir. Le risque s'accroît à mesure que le contrat s'inscrit dans le temps long. Une application stricte de notre droit des obligations implique un refus de prendre en compte le changement de situation des parties avec le rejet de la théorie de l'imprévision, la plupart du temps détournée **(1)**. Même si la charpente initiale peut s'adapter en fonction des circonstances, la modification reste mesurée **(2)**.

⁷⁷⁶ V. not. Cass. 3^e civ., 18 mars 2009, *RTD civ.* 2009, p. 528, obs B. Fages : la Cour de cassation censure les juges du fond au visa de l'article 1134 du Code civil pour avoir converti une obligation de surveillance du bailleur décédé en complément du loyer, alors que le contrat ne prévoyait pas une telle modification.

1) Le détournement de la complétude contractuel par l'imprévision implicite

801. Pour répondre aux situations les plus pressantes, une certaine imprévision implicite cohabitait avec le rejet strict de la théorie de l'imprévision. En effet, la survenance d'évènements postérieurement à la conclusion peut justifier une modification de la convention et des obligations auxquelles elle a donné naissance. C'est pourquoi le droit dérogeait parfois à la théorie de l'imprévision. La modification du contrat en cours d'exécution constituait une atteinte au principe d'intangibilité. Nous ne reviendrons pas sur les décisions divergentes des juges judiciaires et administratifs. La position du premier s'appuie sur une conception statique et non dynamique du contrat. Ce positionnement spécifique du droit français l'a isolé progressivement des autres législations nationales. Mais, le propos de l'auteur vise à justifier la clause de renégociation en tant que pièce maîtresse du système juridique en matière d'imprévision.

802. La réforme du 10 octobre 2016 a fini par consacrer une certaine imprévision pour tenter d'appréhender les relations contractuelles de longue durée. Malgré tout, il est recommandé aux parties contractuelles d'insérer un certain nombre de clauses dès la formation du contrat afin de l'adapter le mieux possible aux changements de circonstances à venir. Cette perspective réaffirme la nature du contrat comme un acte de prévision dans la mesure où les modifications qui adviennent en cours d'exécution peuvent être prévues lors de la formation du contrat. Il existe toutefois deux sortes de prévisions, l'une à la texture fermée c'est-à-dire une prévision prévue dès la formation du contrat qui rend compte de toutes les éventualités prévisibles, mais incertaines et l'autre à la texture ouverte qui prend en compte une certaine dose d'imprévisible, en ayant toujours en vue la finalité du contrat à terme.

803. Distinguer la formation et l'exécution du contrat, c'est distinguer la lettre et l'esprit, c'est-à-dire différencier la prévision fermée et la prévision ouverte. Le contrat est alors intangible et tous les changements à venir doivent avoir été prévus et circonscrits au moment de sa formation. En contrepoint de cette logique, on trouve celle de la révision du contrat. Cette dernière propose une lecture stimulante de la distinction entre formation et exécution. Les frontières entre ces deux notions deviennent poreuses.

La révision marque également une prise d'autonomie de l'exécution à l'égard de la formation.

804. C'est en effet, dans le contexte d'une clause de renégociation que la distinction entre la formation et l'exécution trouve à s'épanouir. L'émancipation de l'exécution dans les contrats de durée ouvre de larges perspectives en ce qu'elle permet d'officialiser tout un pan du droit des contrats en remettant en cause sa complétude, plus largement difficile dans les contrats de durée. La distinction entre la formation et l'exécution permet d'entrevoir les relations qu'entretient le contrat dans l'exécution. Cette dernière dispose alors d'une marge d'autonomie pour appréhender l'imprévu. Cette émancipation de l'exécution permet de réconcilier le contrat avec le temps et surtout de ranger dans une catégorie les contrats dont l'essence même est de prendre en compte le temps et son impact sur le contrat.

805. La distinction entre la formation et l'exécution n'est autre que l'épreuve de la formation face à l'exécution dans un contrat de durée. Les techniques de traitement des divergences entre ce qui est prévu initialement et ce qui est imprévu sont variées et tentent de pallier les difficultés qui se présentent. Plusieurs remèdes existent, mais la plupart s'avèrent impropres à régler les difficultés d'exécution. Ils relèvent du champ de la formation et sont donc inaptes à appréhender les difficultés engendrées sur le terrain contractuel de l'exécution. Voilà pour la première difficulté : une difficulté entre les différentes techniques qui, pour la plupart, appartiennent à la formation. Ces techniques sont davantage des sanctions que des moyens de faire perdurer le contrat en cas de défaillance.

806. Mais l'adaptation du contrat est vécue par certains auteurs comme une atteinte à la force obligatoire du contrat⁷⁷⁷. Cette dernière s'analyse au contraire comme

⁷⁷⁷ P. ANCEL, « La force obligatoire. Jusqu'où faut-il la défendre ? » in *La nouvelle crise du contrat*, (dir.) Ch. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 163 ; « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat » *RTD civ.* 1999, p. 771 ; Ch. JAMIN, « Une brève histoire politique de l'interprétation de l'article 1134 du Code civil », *D.* 2002, chron. p. 901 ; « la force obligatoire du contrat », in *Le contrat aujourd'hui. Comparaison franco-anglaises*, (dir.) D. Tallon et D. Harris, LGDJ, 1987, p. 57 ; J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134, al. 1^{er} du Code civil », *RTD civ.* 2001, p. 265.

une chance dans le cadre d'une approche dynamique. Cependant, la maxime *pacta sunt servanda* et son pendant, « *pax sevetur, pacta custodiantur*⁷⁷⁸ » s'oppose à toute adaptation du contrat. Fort de ce constat, la règle prévue par les parties ne peut être modifiée que par leur consentement mutuel. L'adaptation devient tout à fait suspecte, car elle est susceptible de malmener le contrat ou, à tout le moins, de défaire l'accord initial. Toutefois, à l'heure où la plupart des systèmes juridiques consacrent l'adaptation du contrat, la résistance du droit français nous paraît être un combat d'arrière-garde.

807. En ce sens, un auteur estime que le refus de l'adaptation judiciaire du contrat est un hommage à la loi des parties⁷⁷⁹. Ce nouveau concept d'unilatéralisme s'impose comme un remède permettant l'adaptation du contrat. Cette notion fait écho à une nouvelle vision plus dynamique du contrat. En effet, même si la charpente initiale doit s'atteler à rester stable, il n'en reste pas moins qu'elle doit accepter une certaine dose de transformation⁷⁸⁰.

2) L'adaptation, le renforcement de la force obligatoire du contrat en cours

808. L'adaptation est généralement analysée comme une menace pour l'accord initial. Alors que dans la majeure partie des systèmes juridiques étrangers et dans le droit international, la possibilité de changement et de modification du contrat est admise, la réticence du droit français marque un hommage à la loi des parties et au contrat d'origine. Cependant, une fois ce premier constat dressé, une partie de la doctrine s'interroge sur le point de savoir ce qu'il reste en pratique du principe

⁷⁷⁸ J.-Ph. et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 531, p. 781 : cette sentence est reproduite dans le Canon d'Antigonus à propos d'un litige ponctuel entre évêques par un concile tenu à Carthage en 348 qui exprime qu'à l'origine de la maxime *pacta sunt servanda* se trouve une volonté de sécurité et de paix juridique : « que la pax soit conservée, que les pactes soient observés ».

⁷⁷⁹ J.-M. MOUSSERON, « Rapport de synthèse », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, (dir.) J. Mestre, PUAM, 1990 : « le traitement des risques contractuels dans son principe même et a fortiori, ses modalités appartient aux parties et leur est réservé ».

⁷⁸⁰ J.-J. BARBIÉRI, th. préc.

d'intangibilité⁷⁸¹. La raison profonde du rejet de l'imprévision reposait sur la croyance en la capacité des parties à prendre en main le contrat et à le faire échapper aux risques d'un remaniement judiciaire⁷⁸². Cette nouvelle flexibilité permet de donner un second souffle au contrat tout en respectant l'accord initial. Cette adaptation possible du contrat n'est pas une atteinte directe au contrat, mais plutôt un assouplissement de la force obligatoire afin de permettre une adhésion plus grande des parties au contrat. Cette nouvelle flexibilité tend à ajuster le contrat aux nouvelles circonstances pour assurer sa pérennité⁷⁸³.

809. Comme l'observe un auteur, l'évolution du contrat traduit l'évolution des intérêts des parties au cours du contrat⁷⁸⁴. On passe d'un modèle statique et imperméable aux assauts du temps, à un contrat vivant qui connaît des évolutions et qui se transforme afin de maintenir son homéostasie. D'un contrat intouchable et intangible, on passe à un contrat vivant. C'est en effet sous l'impulsion du droit européen et des échanges constants entre droits voisins que le contrat français s'est trouvé contraint d'évoluer. L'harmonisation du droit européen entraîne forcément le droit français à sortir de sa tour d'ivoire et à consacrer l'autonomie de l'exécution avec un contrôle de l'équilibre contractuel. Cette possible renégociation contractuelle serait un nouvel instrument légitime des parties pour reprendre le contrôle du contrat et le faire échapper à une intangibilité trop stricte qui, faute d'adaptabilité, entraîne sa résiliation.

⁷⁸¹ V. actes du colloque de Chambéry, « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », in *Dr. & patrimoine*, mars 1998.

⁷⁸² B. FAUVARQUE-CAUSSON, « Le changement de circonstances », *RDC* 2004, p. 89 ; Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 9^e éd., Dalloz, 2005, p. 467. Pour ces auteurs, le rejet de l'imprévision est une invitation tacite faite aux parties de prendre en main la gestion des risques pour laquelle le juge n'a pas de compétence nécessaire.

⁷⁸³ J. MESTRE, « Du souci de pérennité contractuelle », *RTD civ.* 1990, p. 653.

⁷⁸⁴ M. FONTAINE, *D. P.C.I* 1976, « le contrat de longue durée notamment n'exprime plus le point d'équilibre définitif résultant d'une confrontation d'intérêts opposés, mais il traduit, par ses modifications successives, l'évolution de la communauté d'intérêt qui s'est instaurée entre les parties liées à long terme par des relations qui ne peuvent échouer ».

810. L'adaptation du contrat aurait pu être considérée comme une atteinte certaine à sa force obligatoire. Pourtant, on pourrait considérer à l'inverse que cette nouvelle approche dynamique du contrat a pour effet de le renforcer en assurant sa pérennité. Au lieu de défaire l'accord initial, l'adaptation au moyen de la renégociation assure le prolongement de l'accord et force en quelque sorte les parties à sauver le contrat. En ce sens, un auteur considère, à juste titre, que les clauses d'adaptation participent de la préservation du contrat⁷⁸⁵. Cette adaptation ouvre une réflexion sur la notion d'attentes légitimes des contractants. C'est ainsi que la doctrine favorable à la renégociation en cours de contrat considère que l'adaptation du contrat est nécessaire et qu'elle assure le respect de l'accord initial en y intégrant une certaine dose de flexibilité. À l'origine de cette méfiance à l'encontre de l'adaptation du contrat, on retrouve la volonté de certains auteurs de laisser le contrat aux mains des parties. En ce sens, l'un d'eux considère que le refus d'adaptation judiciaire du contrat tient au souhait de laisser le traitement des risques du contrat aux soins exclusifs des parties⁷⁸⁶.

811. Mais la question de l'adaptation se distingue selon qu'existe ou non une prérogative unilatérale. Dans un premier cas, l'adaptation s'opère dans l'exercice du pouvoir contractuel reconnu à l'une des parties de modifier le contrat⁷⁸⁷. Mais le devoir d'adaptation peut s'inscrire aussi dans un rapport plus bilatéral.

⁷⁸⁵ J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », *in La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, (dir.) P. DURAND, LGDJ, 1960, p. 206, n° 12.

⁷⁸⁶ J.-M. MOUSSERON, art. préc.

⁷⁸⁷ J. MESTRE, *RTD civ.* 1999, p. 98. Dans l'arrêt rendu le 24 novembre 1998 : le mandant avait l'obligation de revoir le système du prix de manière à permettre au mandataire de faire face à la concurrence. La mise en œuvre du devoir d'adaptation soulève alors la question des modalités de l'exercice de ce pouvoir, en particulier ce pouvoir est contrôlé sur le fondement de la bonne foi selon l'ancien article 1134, al. 3, du Code civil. Aussi l'exercice abusif de cette prérogative unilatérale est sanctionné par la résiliation et par la responsabilité contractuelle.

Paragraphe 2 : La proposition du renforcement de la force obligatoire dans la durée du contrat

812. Le bienfondé d'une certaine consécration d'un traitement progressif de l'imprévu s'impose particulièrement dans les contrats de durée. Mais, un argument revient inlassablement au soutien du rejet de toute atteinte à la prévision de la formation dans l'exécution : le respect de la force obligatoire des contrats. Pourtant, le domaine de la force obligatoire est plus vaste que la celui de la seule formation et se renforce au fur et à mesure de l'exécution (A). Elle comprend en effet, la force obligatoire s'attache davantage au but contractuel et aussi davantage à la conception économique du contrat (B).

A) Le champ d'application de la force obligatoire décuplé dans l'exécution en cours

813. Plutôt que de le fragiliser, la durée peut au contraire renforcer le contrat et l'adhésion de celui-ci aux parties. En effet, l'adaptation du contrat qui résulte de cette autonomie en cours d'exécution ne doit plus être perçue comme une atteinte à la force obligatoire, mais plutôt comme son affirmation. La force obligatoire tirerait sa force de cette capacité à la négociation en cours de contrat. L'analyse du contrat comme un monde clos et hermétique à tout changement n'offre pas une idée dynamique du contrat. Ainsi, dans la pratique contemporaine, le contrat est un espace nécessairement ouvert aux changements susceptibles de l'affecter.

814. Mais le contrat reste obligatoire à raison de la confiance légitime des attentes du créancier sur l'engagement contractuel du débiteur, ce qu'on peut légitimement attendre du contrat. Mais la multiplication des actes unilatéraux, les différentes clauses d'adaptation et de *hardship* dans les contrats internationaux contribuent à insuffler un autre état d'esprit au contrat. Ces différentes clauses consacrent un contrat sensible à son environnement et en phase avec la réalité. Les adaptations éventuelles contribuent à donner une vision plus pragmatique au contrat. L'adaptation est un moyen de renforcer

le *negotium* et les attentes légitimes des contractants⁷⁸⁸. Elles sont donc utiles au maintien de la sécurité juridique des conventions dans la durée. L'analyse considérant que l'obligation de renégocier est source de renforcement du contrat remet en cause la conception traditionnelle du contrat qui opère une distinction artificielle entre la formation et l'exécution.

815. La notion même de force obligatoire doit être comprise à la lumière de la confiance légitime du créancier. En d'autres termes, la confiance serait le fondement de la force obligatoire : la force obligatoire apparaît comme le vecteur du respect des attentes légitimes. Le prolongement de ce constat contribue à faire émerger dans le régime du contrat de durée incomplet une clause de *hardship* ouverte qui permet une renégociation, et dont le prolongement naturel serait alors d'obtenir la révision du contrat.

816. L'autonomie de l'exécution aboutit à la reconnaissance d'un espace évolutif encadré par les attentes légitimes des contractants. Comme l'exprime un auteur, on passerait d'une approche statique à une approche dynamique⁷⁸⁹. Le modèle d'un droit vivant est en passe de supplanter le modèle figé. C'est ainsi que la réforme de 2016 a confirmé cette tendance et propose de consacrer en droit français l'adaptation du contrat⁷⁹⁰. Cette réforme permettrait au droit français de sortir de son isolement. Toutefois, avant que cette réforme soit consacrée en droit positif, c'est par les vertus

⁷⁸⁸ J.-J. BARBIÉRI, th. préc., p. 494 : « Plutôt que de voir disparaître le contrat sous les coups de boutoir des modifications de son environnement, ils préfèrent utiliser cette évolution pour en faire une des composantes de l'accord [...] on ne saurait affirmer que l'adaptation contractuellement prévue, vient troubler le dogme de la convention-loi. Cela serait un non-sens puisque, précisément, l'obligation de renégocier, contractée, rentre, à ce titre, dans le réseau des contraintes issues de l'expression de la volonté des contractants ».

⁷⁸⁹ M. FONTAINE, D.P.C.I 1976, p. 7-49 : « Le contrat de longue durée n'exprime plus le point d'équilibre définitif résultant d'une confrontation d'intérêts opposés, mais il traduit, par ses modifications successives, l'évolution de la communauté d'intérêts qui s'est instaurée entre les parties, liées à long terme par des relations qui ne peuvent échouer ».

⁷⁹⁰ Ch. JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 », *Dr. & patrimoine* mars 1998, p. 46.

d'une bonne gestion contractuelle que les contrats de durée ont survécu⁷⁹¹. En effet, la doctrine et la jurisprudence ont pallié ces insuffisances en instaurant une certaine imprévision implicite en droit des contrats et en particulier dans les contrats de durée.

817. Dans la littérature contemporaine du droit des contrats, on a relevé des contradictions apparentes entre deux philosophies. La première est sécuritaire et la seconde est plutôt empreinte de justice et de solidarité contractuelle. Ces deux approches peuvent paraître antagonistes. Cette opposition trouve son origine en droit interne, comme certains auteurs l'ont souligné, dans la double philosophie de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil⁷⁹². La sécurité juridique tente d'enfermer dans le contrat un monde clos dès la formation. Pourtant, c'est sans compter avec une certaine évolution du contrat qui sévit dans l'exécution des contrats de durée. Selon un auteur, cet impératif de sécurité a laissé place à un impératif de justice contractuelle. On passe de l'idée que les conventions tiennent lieu de loi aux parties, principe d'intangibilité assez radical, à celle selon laquelle elles doivent être exécutées de bonne foi, ce qui marque un certain assouplissement.

B) L'esquisse d'un régime de durée implicite par la pratique

818. La pratique contractuelle s'est rattachée implicitement à la philosophie de la deuxième partie de l'ancien article 1134 du Code civil afin de contourner le rejet de l'imprévision. Elle a fait fi de la distinction entre la formation et l'exécution du contrat dans l'appréciation de la sécurité juridique. Comme certains auteurs ont pu l'observer, le droit commun des obligations dispose d'un arsenal juridique important. Pour tenter d'intégrer une certaine flexibilité dans le contrat, la jurisprudence comme la doctrine consacrent des standards juridiques qui donnent toute sa cohérence au contrat. Cette exigence de cohérence crée un véritable système contractuel capable de limiter les risques. La notion d'économie du contrat correspond à cet objectif de structuration et de cohérence du contrat. Afin de remédier aux défaillances éventuelles des parties au

⁷⁹¹ J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 45 : « la durée d'exécution des contrats ainsi que son mode d'exécution dans le temps n'apparaissent pas dans le Code civil ».

⁷⁹² Ch. JAMIN, *ibid.*

contrat ou du contrat lui-même, la jurisprudence a consacré plusieurs standards juridiques imposant aux contractants de rechercher une certaine objectivité dans le contrat. C'est ainsi que les clauses contractuelles mises en place pour anticiper les risques du contrat doivent se conformer à « l'économie du contrat ».

819. D'après la doctrine majoritaire, ce standard reste encore insaisissable en droit positif, car c'est avant tout une règle d'interprétation de la volonté des parties. Grâce aux tentatives doctrinales de systématisation, l'efficacité de cette grille de lecture tend à s'affirmer. L'expression « *économie du contrat* » apparaît dans plusieurs textes législatifs ou réglementaires qui viennent infléchir la rigueur du principe d'intangibilité des obligations. Cependant, même si cette notion reste, pour la plupart des auteurs, floue et incertaine, il est indéniable que le critère d'économie du contrat pousse le contrat vers plus d'objectivité afin de mieux servir l'objectif final qui est d'assurer sa pérennité. En définitive, le cadre juridique du contrat de durée exigerait une amélioration pour tenir compte de l'évolution amorcée depuis une vingtaine d'années. Le régime juridique du contrat de durée consisterait à déplacer le centre de gravité de notre réflexion, car dans la plupart des contrats surgit une obligation de négocier qui consiste à obliger les individus à des échanges de propositions et de contrepropositions en cas de circonstances susceptibles de modifier l'équilibre du contrat et cela, afin de préserver l'équilibre global du contrat dans l'exécution.

820. La présente étude a eu pour objet d'établir un parallèle entre les régimes juridiques respectifs des activités de durée. En effet, l'étude d'un droit transnational a mis à jour progressivement le principe du *favor contractus* selon lequel le contrat dispose d'une valeur économique intrinsèque détachée de la volonté des parties⁷⁹³ et qui doit être préservée. Le contrat se détache donc progressivement de l'image d'un monde clos entre les seules parties contractantes. La notion de *favor contractus* permet de cerner plus précisément celle de contrat dans le temps. En effet, dans le droit allemand le BGB contenait une partie générale dans laquelle se trouvait une clause générale de bonne foi. Le contrat n'était qu'une forme d'acte juridique, notion plus large élaborée

⁷⁹³ C. JAUFFRET-SPINOSI, « Le Code civil à l'épreuve des directives communautaires et des principes relatifs au contrat (Principes européens du contrat et Principes unidroit) », in *Mélanges X. BLANC — JOUVAN*, éd. Société de législation comparée, 2005, p. 297 spéc. p. 299.

par la doctrine allemande. Le juge se fonde sur cette clause générale pour donner du contrat une vision nouvelle et originale. La bonne foi imposera la justice contractuelle, l'idée de collaboration entre les parties, du solidarisme contractuel, qui conduira à donner une valeur propre au contrat et indépendante des obligations des parties. Le contrat échange de la *common law* s'inscrit dans la même tendance. Une fois conclu, il échappe à la volonté des parties et le juge peut déclarer non écrite une clause du contrat voire, changer ses dispositions si les circonstances ont changé et entraînent une charge démesurée pour l'une des parties. La jurisprudence allemande a reconnu l'imprévision afin d'assurer la sécurité des transactions. L'idée qui émerge est de sauver le contrat au moyen de la *favor contractus*.⁷⁹⁴

821. L'idée est de souligner à nouveau la valeur intrinsèque du contrat en tant que tel, c'est-à-dire en tant que valeur économique détachée de la volonté de départ⁷⁹⁵. C'est-à-dire qu'il y a détachement de la volonté et du contrat devenu une valeur économique. On pourrait parler d'une objectivisation du contrat⁷⁹⁶. C'est dans ce sens que sont interprétés les Principes du droit européen des contrats. L'article 6 : 111 relatif aux changements de circonstances prévoit l'obligation pour les parties d'engager une négociation en cas de changement de circonstances. À défaut d'accord, le juge peut soit mettre fin au contrat, soit l'adapter. La notion de *favor contractus* fonde alors la possibilité d'adapter le contrat. Cependant, le droit français a résisté très longtemps à cette possibilité de révision pour imprévision. L'avant-projet de réforme prend en compte cette nécessité sans toutefois précipiter les choses. Les parties ne maîtrisent plus le passé, car l'intervention du juge n'a d'intérêt qu'autant qu'elle supprime les devoirs

⁷⁹⁴ *Ibid.*

⁷⁹⁵ G. BUSSEUIL, *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, préf. M.-J. CAMPANA, LGDJ, 2009, p. 180.

⁷⁹⁶ D. MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », *D.* 2007, p. 2959, spéc. p. 2965 ; v. égal. G. FRANÇOIS, *Consentement et objectivation. L'apport des principes de droit européen du contrat à l'étude du consentement contractuel*, préf. P. CHAUVEL, PUAM, 2007, p. 33 : « Il s'agit d'un principe selon lequel il faut autant que possible prendre des mesures destinées à favoriser la conclusion et la validité du contrat. Il faut privilégier l'existence et la survie du contrat plutôt que de privilégier la nullité du contrat. Il faut préserver dans tous les cas l'économie du contrat et le contrat dans l'économie ».

du passé qui ne sont plus admissibles dans les circonstances présentes. En effet, adapter c'est déposséder les parties de leur passé contractuel⁷⁹⁷, pour aboutir et considérer le lien contractuel en tant que tel, objectivement.

822. Ce constat ne doit pas pour autant alarmer les partisans de l'intangibilité absolue du contrat. En effet, le juge fait le plus souvent preuve de modération dans l'analyse des situations. Un auteur considère même qu'il n'y a pas grand danger à conférer un certain pouvoir au juge sur ce point⁷⁹⁸. Le juge fait généralement preuve de sagesse quand il tranche des litiges et les cris d'orfraie concernant la perte de la substantifique moelle du contrat sont donc à relativiser. Dans une certaine logique d'adaptation, il est évident que le contrat doit être considéré comme un *continuum* dont la pérennité doit être protégée.

823. En application du principe de cohérence, la jurisprudence a mobilisé divers standards juridiques afin de réguler la force obligatoire des conventions. Elle impose la cohérence de la structure interne du contrat en s'inspirant du régime de responsabilité et en ayant recours aux standards juridiques tels que l'essence du contrat, son économie ou encore le déséquilibre significatif des prestations. Cette exigence de cohérence également est relayée par des standards de l'équilibre contractuel tels que la cause, l'erreur, ou encore l'objet. L'utilisation jurisprudentielle de l'arsenal juridique a un côté anarchique alors qu'il serait envisageable de fonder l'exigence de modification sur la grille de lecture du « raisonnable ». Le critère du « raisonnable » paraît à lui seul capable d'absorber les problématiques contractuelles en instaurant une certaine imprévision. Le contrat, en tant que *continuum*, voit son efficacité reposer sur des fondements objectifs permettant un certain étirement du contrat tout en le préservant de l'insécurité. Actuellement, l'opportunité que représente la réforme de droit interne et de droit

⁷⁹⁷ O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2012, p. 391 et spéc. p. 393.

⁷⁹⁸ D. MAZEAUD, « La révision du contrat », *LPA* 30 juin 2005, p. 4 : « si l'ingérence du juge dans le contrat n'est plus fatalement appréhendée comme une arme fatale contre les sacrosaints principes de force obligatoire et impératif de sécurité juridique, c'est parce que à l'épreuve du feu, c'est à dire dans l'exercice des pouvoirs de révision du contrat qui lui ont été accordés, le juge a généralement fait preuve de sagesse et d'une modération qui ont été unanimement saluées ».

européen des contrats ne peut qu'inspirer une démarche volontariste de prospective juridique dans le dessein de promouvoir cette notion d'imprévision raisonnable.

CONCLUSION DE SECTION 1

824. La dimension causale du contrat en cours d'exécution est un aspect complètement étranger à la réforme dans la mesure où elle a sciemment nié l'alternative d'un autre modèle contractuel. Pourtant, le nouveau modèle proposé en l'accueillant est susceptible de renforcer l'adhésion des parties dans la période d'exécution. En effet, le droit des contrats est en effet, confronté à l'émergence de nouvelles figures qui ont pour objet la poursuite d'un projet commun, et particulièrement ce projet commun s'étend dans la durée. Le but de ces contrats est non pas de permuter des valeurs, mais plus de réunir leurs forces pour la réussite d'un projet commun. Ainsi, nous percevons les limites à vouloir opposer le principe de force obligatoire des contrats et la notion de cause dans l'exécution, car loin de s'exclure ils sont complémentaires et se renforcent mutuellement dans ces cas de figure. En ne voulant pas reconnaître cette figure hybride moitié contrat de société, moitié échange et en remplaçant la cause par la notion de contrepartie, la réforme aggrave la dépendance du contrat avec le modèle du *contrat échange* et reste dans l'impasse du passé. En effet, avec la proposition d'intégration du nouveau modèle de contrat de durée, c'est la reconnaissance d'une mutation en marche depuis des décennies qui seraient susceptibles d'offrir une procédure propre à ces types de contrats et qui offriraient un cadre plus cohérent à la théorie générale en reconnaissant le besoin pressant de diversification dans les modèles.

SECTION II : L'ÉMERGENCE DU RÉGIME DE L'INCOMPLÉTUDE POUR LE CONTRAT DE DURÉE

825. Le rapport entre la distinction de la formation et l'exécution dans le contrat et l'expansion du pouvoir unilatéral ne semblait pas à première vue s'imposer dans une réflexion sur la durée et sur le contrat de durée, notamment. Et pourtant, on voit bien que le modèle contractuel subit des agressions en raison de l'inadaptation de ce modèle dans la durée.

826. En effet, face à l'épreuve du temps, le modèle contractuel se redéfinit et se réoriente vers une plus grande autonomie de l'exécution ainsi que d'une redéfinition du principe de la force obligatoire. Même si une plus large place est faite aux prérogatives unilatérales dans le contrat au long cours, celles-ci doivent être encadrées pour résister aux affres des déséquilibres éventuels. C'est pourquoi le juge tout comme le législateur ont permis au contrat de se réajuster et de mettre en place des procédures pour rétablir un nouvel équilibre entre les parties et empêcher des modifications abusives. À ce titre, il est manifeste que la mise en œuvre d'une prérogative d'une seule partie dans le cadre de certains contrats spéciaux spécifiques doit répondre à des exigences plus nettes dans la mise en place du contrôle de l'exercice de pouvoir unilatéral par le juge puis dans les différentes garanties mises en place par le législateur.

827. Classiquement appréhendé comme le fruit d'une rencontre et d'un accord de deux volontés, le contrat de cette fin de siècle est pourtant le siège d'une multitude de pouvoirs unilatéraux. Dans ce contexte, l'un des contractants devenait le maître du contrat. Le sort de l'acte est scellé par la volonté d'un seul. Face à cet état de fait qui contamine le contrat, il s'agit de mesurer la capacité du juge à contrôler cette volonté unilatérale et son rééquilibrage nécessaire. « Le droit ne saisit pas le pouvoir en cherchant à le supprimer, mais uniquement à le contrôler⁷⁹⁹ ».

⁷⁹⁹ P. LOKIEC, thèse préc., p. 133.

828. Le juge a en effet la possibilité d'exercer un certain contrôle sur le contrat en jouant sur la notion de cause. Ce contrôle implique indéniablement une appréciation de la valeur économique des prestations des cocontractants. Comme le souligne le professeur Farjat : « il pouvait, d'une façon générale, utiliser les pouvoirs qu'il détient pour contrôler la qualité des volontés, à des fins économiques et sociales. Par ailleurs, même si le droit classique attribue au contrat la qualité de loi avec sa force et sa permanence, le juge a le pouvoir d'interpréter les conventions. Qu'il use avec audace de son pouvoir d'interprétation, que sous couvert d'interprétation, il est à même de diriger les relations contractuelles dans une notable mesure⁸⁰⁰ ». Enfin au stade de l'exécution le juge a aussi un pouvoir de contrôle avec la notion plus large de recherche de l'abus.

829. Le constat de cette tendance au développement de figures unilatérales dans le contrat a traduit une sorte d'émancipation du pouvoir. C'est dans la mesure où un contrôle existe que la possibilité d'un certain unilatéralisme émerge au sein du contrat. Il s'agirait de consacrer progressivement un certain devoir de loyauté. En effet, le concédant maître du contrat devrait appliquer des mesures allant bien au-delà des obligations contractuelles classiques stipulées dans le contrat et qui peuvent aller jusqu'à une révision de la loi contractuelle initiale⁸⁰¹. C'est pourquoi nous nous concentrerons particulièrement sur l'ensemble des manifestations du contrôle avec l'abus et le principe du raisonnable (**Paragraphe 1**) avant d'y rechercher une cohérence (**Paragraphe 2**). La question sous-jacente est alors de savoir dans quelle mesure l'extension de fait de ces pouvoirs unilatéraux n'est pas un signe du déplacement du modèle du contrat échange qui nécessite sans aucun doute de revisiter le modèle contractuel à la mesure de cette nouvelle propension et qui induit un déplacement du centre de gravité du contrat. Cette perspective serait la preuve de la coexistence d'une conception renouvelée du contrat qui s'attache davantage à la finalité du contrat. Les différents instruments tendent à démontrer cette nouvelle réalité contractuelle qui émerge.

⁸⁰⁰ G. FARJAT, *L'ordre public économique*, préf. B. GOLDMAN, LGDJ, 1963.

⁸⁰¹ J. MESTRE, *RTD civ.*1999, p. 99.

Paragraphe 1 : Les prémisses d'un nouveau modèle à travers les instruments au service de cette incomplétude

830. Dans les innovations majeures, l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats a introduit le principe d'une interprétation raisonnable **(A)** des contrats codifiés à l'article 1188, alinéa 2, du Code civil. Une invitation au bon sens qui simplifiera la négociation de certains contrats et qui permettra un contrôle de l'abus plus objectif **(B)**.

A) La consécration du principe du raisonnable, instrument au service de la finalité du contrat

831. Il est important de préciser que cette notion de raisonnable vient de la pratique anglo-saxonne qui ne connaît pas l'obligation générale de bonne foi dans l'exécution des contrats⁸⁰² pour tempérer un engagement ou l'exercice d'un droit par une partie au contrat. Le concept du raisonnable est défini comme étant le rapport entre la norme conçue par les parties contractantes confrontées avec le droit naturel, c'est-à-dire ce que légitimement on peut en attendre⁸⁰³. Dans ce contexte le contrat se distingue de la volonté des parties et acquiert en quelque sorte une certaine autonomie. Cette autonomie lors de l'exécution va lui permettre de développer indéniablement des principes qui vont donner au contrat une valeur économique propre. L'intrusion dans le droit contractuel classique de différents droits spéciaux lui a permis d'approcher un certain réalisme contractuel. Le raisonnable s'apparente non pas à une notion standard comme celle du

⁸⁰² E.McKENDRICK, *Good Faith its role in English law*, 4^e éd., p.105 s., l'auteur avait généralisé la tendance à l'insertion dans les contrats pourtant soumis au droit français du terme raisonnable.

⁸⁰³ Portalis déclarait dans son Discours préliminaire sur le projet de code civil : « Nous avons entendu développer les principes du droit naturel ».

bon père de famille, mais plutôt à un facteur de « modération minimisation⁸⁰⁴ ». C'est ainsi que le raisonnable accepte de simples excès très proches de la norme.

832. Dans la même direction aussi, le changement de paradigme opéré par la généralisation du contrat relationnel dans l'analyse effective du contrat permet de comprendre l'émergence de nouvelles notions telle *l'économie du contrat*. En tentant d'imposer aux esprits un détour par les droits spéciaux confrontés au réel, on aboutit à un droit moins abstrait. Le changement de paradigme opéré par la généralisation du contrat relationnel dans l'analyse effective du contrat permet de comprendre l'émergence de nouvelles notions telle l'économie du contrat. Dans la mesure où le contrat n'est plus considéré comme une somme d'obligations⁸⁰⁵, mais comme une relation des attentes légitimes nées de l'économie du contrat doit trouver une consécration dans la détermination du contrat en tant que tel. Les notions de *prestations caractéristiques* et *d'obligation essentielle* permettent de renforcer le contrat autour de ce qui est attendu dans l'exécution. C'est cette prise d'autonomie abstraite et générique qui favorise la relation et qui permet une certaine prise de distance nécessaire par rapport à la volonté d'origine. Donc paradoxalement, c'est en s'éloignant de l'autonomie de la volonté et de son diktat que l'on réussit à rendre le contrat plus flexible et ancré dans la relation tout en conservant une réelle place à l'opération globale et concrète⁸⁰⁶.

833. Il est constaté depuis quelques années que la notion de raisonnable serait un outil efficace de correction. L'origine de cette étude réside dans la lecture approfondie des arrêts de 1995 relative à la nullité de la vente pour indétermination du prix. Par ce

⁸⁰⁴ G. WEISZBERG, la notion de raisonnable doit être juste en deçà et au-delà du raisonnable, du modèle parfait ou idéal et avant d'atteindre les extrêmes que l'ordre social ne peut souffrir, le raisonnable admet de simples excès tolérables à proximité de la norme. C'est une norme non pas de perfection, mais de normalité.

⁸⁰⁵ C. ATIAS, « Qu'est-ce qu'un contrat ? », in *Droit et économie des mécanismes contractuels*, (dir.) Ch. JAMIN, LGDJ, 2008, p. 3, spéc. p. 5 : « rencontres des volontés, qui postule la réalité des parties, effet obligatoire, tels seraient les éléments distinctifs du contrat ».

⁸⁰⁶ S. PIMONT, *L'économie du contrat*, préf. J. BEAUCHARD, PUAM, 2004, n° 15 : « Avec l'économie du contrat, le contrat obligation fait place au contrat opération, il se dote d'une matière indépendante des obligations qu'il a pour but de produire : ni cause, ni obligation, ni objet de l'obligation, le contenu de la convention s'entend d'une opération économique globale et concrète ».

revirement la Cour de cassation en appliquant strictement l'article 1591 du Code civil affirmait que l'absence de détermination du prix⁸⁰⁷ ou la stipulation d'un prix dérisoire ou déraisonnable dans le contrat de vente constituait un motif de sa nullité absolue. Ce principe n'était pas tenable dans la réalité des contrats-cadres, c'est pourquoi la Cour de cassation avait jugé que l'indétermination du prix, dans le ce type de contrats, n'était désormais plus une cause de nullité absolue, mais simplement une cause de résiliation pour abus dans la détermination du prix. Ce qui mérite d'être souligné dans cette décision, c'est le passage radical sur le terrain de l'exécution et non plus sur celui de la formation. Cependant, ce nouvel arsenal ne précisait pas les modalités d'appréciation de l'abus dans la détermination unilatérale du prix⁸⁰⁸. Cette décision tendait à généraliser un système sans en préciser le fonctionnement ce qui donnait une marge de manœuvre très étendue au juge. Un auteur a précisé d'ailleurs que la détermination de l'objet dans certains contrats était maintenant au temps de l'exécution comme nous l'avons souligné dans la première partie.

834. Ainsi, le principe du raisonnable permet de corriger les abus des données initiales et donne une marge de manœuvre interprétative du contrat au juge. Il est intéressant de noter que le nouvel article censé remplacer l'article 1156 du Code civil précise : « lorsque la commune intention des parties ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même décision ». C'est par cette notion qu'on peut atténuer les effets rigoristes du contrat en introduisant une notion acceptable par tous. La notion de raisonnable est ce à quoi on est fondé à croire. Il faut que l'événement obstacle crée une difficulté obstacle dont le créancier ne pouvait raisonnablement croire que le débiteur le prendrait à sa charge. La question du raisonnable chez Hobbes réfute l'idée d'un être raisonnable, car l'homme est un loup pour l'homme. Dans ces conditions, c'est le contrat qui permet un assouplissement de la nature humaine des règles et introduit des principes raisonnables et des contraintes réciproques. Le concept du raisonnable est défini comme étant le

⁸⁰⁷ *Dr. et patrimoine*, 2008, p. 91, obs. L. Aynès et Stoffel-Munck.

⁸⁰⁸ Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, *GAJC*, 11^{ème} éd., n° 151-154, *LPA*, 27 déc. 1995, p. 17, note Bureau et N. Molfessis ; *D.* 1996, p. 10, note L. Aynès ; compl. N. MOLFESSIS, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *LPA*, 5 mai 2000, p. 46 ; D. FERRIER, « Les apports au droit commun des obligations », in *La détermination du prix nouveaux enjeux*, Dalloz, 1997, p.55.

rapport entre la norme conçue par les parties contractantes et la confrontation avec le droit naturel c'est-à-dire ce que légitimement on peut en attendre⁸⁰⁹. C'est ainsi que le droit naturel dans le Code civil transcende l'ensemble des principes et inscrit au plus profond du contrat une dimension éthique et objective qui se traduit par le fameux concept d'attentes légitimes. Aux vues des circonstances, le contractant se demande ce qu'il est en droit d'attendre naturellement, légitimement et raisonnablement. Dans cette construction, le raisonnable, le légitime et le naturel sont les attributs de la norme qui procède ou se conforme aux préceptes de la raison primitive ou au droit naturel.

835. On retrouve la plupart de ces concepts, et en particulier celui du raisonnable, à l'article 1135 du Code civil. Le raisonnable se situe à la lisière du droit et du non-droit. Même si sa justification n'est pas toujours évidente à dévoiler en suivant les concepts d'éthique, il est indéniable que la tendance du raisonnable s'inscrit dans un cadre qui transcende les prescriptions des lois ordinaires et du contrat.

836. Est assimilé à un changement de circonstances le fait que de considérations essentielles des parties qui ont été le fondement du contrat se retrouvent erronées. Lorsque l'adaptation du contrat est impossible à réaliser ou qu'elle ne peut être imposée à l'une des parties, la partie défavorisée peut déclarer le contrat résolu. La résolution est remplacée par la résiliation lorsqu'il s'agit d'un contrat à exécution successive. Les circonstances forment le fondement objectif alors que les considérations sont le fondement subjectif. Seule la conception objective avait été dégagée. Notre intuition depuis le départ de cette étude est que l'imprévision peut être acceptée dès lors que c'est un fondement objectif qui est visé, c'est-à-dire qu'objectivement les parties ne peuvent continuer le contrat dans ces nouvelles circonstances. Le contrat peut subir une certaine imprévision dans la mesure où le seuil de cette révision est objectivement raisonnable.

837. L'exigence du raisonnable en droit est la preuve la plus éclatante de la justice, de la solidarité et de l'égalité dans les rapports juridiques dont l'accomplissement ne doit pas avoir pour effet de porter préjudice aux intérêts juridiquement protégés. Le raisonnable permet donc d'assouplir la rigueur et la

⁸⁰⁹ Portalis déclarait dans son Discours préliminaire sur le projet de code civil : « Nous avons entendu développer les principes du droit naturel ».

rationalité juridique des normes positives par la prise en compte du dynamisme des faits sociaux⁸¹⁰. Les fondements du raisonnable dans l'analyse économique du droit témoignent alors de l'ouverture du juridique sur l'économie et ouvrent l'utilisation des concepts de l'économie qui sont autant de grilles de lecture pour lire le droit à travers un prisme très pragmatique. En effet, l'intégration de l'analyse économique dans le droit permet de souligner l'opportunité de la réussite du contrat ainsi que les notions qui y sont attachées comme la régulation.

838. Dans la plupart des systèmes juridiques civilistes, les manifestations du concept du raisonnable en jurisprudence demeurent latentes et l'intérêt que porte les différents projets de réforme de droit français et européen des contrats sur la codification du raisonnable témoigne de l'importance de ce concept. Toutefois, ce concept est implicite et non explicite, car il n'est pas retranscrit tel quel dans la plupart des droits nationaux. On parlera volontiers de « prégnance » du raisonnable en droit des contrats. Cette notion a fait une entrée marquée au Québec⁸¹¹ et occupe maintenant une place décisive dans la lutte contre la déraison⁸¹² dans les conventions.

839. Il nous paraît difficile d'affirmer que le législateur va généraliser l'adaptation du contrat. Il l'admet progressivement en fonction de conditions strictes de changements non imputables à l'une des parties et sous réserve de la bonne foi du demandeur. Ces conditions strictes permettent de renforcer la théorie générale du contrat avec un instrument fiable qui renforce, d'une part, la relation contractuelle et, d'autre

⁸¹⁰ En ce sens, v. Ch. PERLEMAN : « Alors qu'en droit, les idées de raison et de rationalité ont été rattachées, d'une part à un modèle divin, d'autre part à la logique et à la technique efficace, celle du raisonnable et son opposé le déraisonnable, sont liés aux réactions du milieu social et à leur évolution. Alors que les notions de raison et de rationalité se rattachent à des critères bien connus de la tradition philosophique, tels que les idées de vérité, de cohérence et d'efficacité, le raisonnable et le déraisonnable sont liés à une marge d'appréciation admissible et à ce qui, excédant les bornes permises, paraît socialement acceptables ».

⁸¹¹ Il est intéressant de noter que le droit québécois est un droit qui subit les deux influences à la fois anglosaxonne et à la fois française.

⁸¹² Code civil du Québec, art. 1437 qui soumet toutes les conventions, indépendamment de la nature des obligations auxquelles elles donnent naissance et de la qualité des parties impliquées, à l'épreuve du raisonnable.

part, redonne au contrat réadapté le moyen d'assurer sa pérennité. Pourtant il est indéniable que la notion de cause reste la charpente de tout le système contractuel, notamment dans le contrat de durée, afin de justifier la poursuite objective du contrat.

B) La cause omniprésente dans la conception de l'abus

840. À travers le contrôle économique du contrat, le parfum de la cause en effet transparait : « notre temps si social devrait essayer de socialiser la cause. Il l'a envisagée comme la fonction économique et sociale du contrat hors de laquelle celui-ci serait indifférent au droit, et partant, destitué de sa sanction juridique » a pu écrire le Doyen Carbonnier. Le fabuleux destin de la cause qui aujourd'hui semble pourtant s'arrêter là est dû entre autres à son évolution passant d'une notion simplement abstraite à une notion véritablement concrète et qui ouvre un horizon de rééquilibrage dans le contrat lors de l'exécution.

841. Le juge doit contrôler que le prix n'a pas été abusivement fixé ; il doit s'assurer de l'exercice non abusif du pouvoir de fixation du prix et de l'absence de détournement de pouvoir. Il vérifie que l'auteur de la fixation du prix a effectivement et suffisamment pris en compte l'intérêt de l'autre partie : il exerce avant tout un contrôle de motivation. Si l'auteur du prix réussit à démontrer que la partie a pris en compte l'intérêt de l'autre, le juge doit conclure au caractère non abusif du prix.

842. L'idée est de souligner le principe de détermination unilatérale du prix au temps de l'exécution⁸¹³ dans la mesure où ce déplacement offre une opportunité aux parties de rééquilibrer l'engagement en cours d'exécution. Les arrêts de 1995 ont permis au juge de devenir un acteur majeur du dispositif dans la détermination du prix en évitant l'écueil de la potestativité dans la mesure où la fixation du prix reste soumise au contrôle de l'abus dans la fixation du prix. Le but du système n'est pas de donner un pouvoir à l'un des contractants dont il serait évidemment tenté d'abuser, mais de permettre d'assurer un meilleur équilibre et une détermination optimale, quand bien même il y aurait entre les contractants une inégalité de départ. Cette dernière passe par

⁸¹³ Th. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999.

une détermination au temps de l'exécution qui serait peut-être une porte d'entrée à notre problématique, à savoir qu'un contrat de longue durée se doit d'avoir des subterfuges pour pouvoir compenser une éventuelle rigidité classique du contrat de départ tout en restant dans l'équilibre et la juste proportion⁸¹⁴.

843. Cette remise en cause de la formation du contrat au temps de l'exécution n'était-elle pas un signe avant-coureur d'une progressive prise d'autonomie de l'exécution par rapport à l'accord de départ ? Dans le même esprit, la possibilité d'une modification en cours d'exécution du contrat pose la question d'une possible imprévision et l'hypothèse paraît rompre à nouveau avec la rigidité du contrat.

844. L'hypothèse est la suivante : un contractant détient un pouvoir unilatéral de fixer ou de modifier le contenu du contrat, dans ce cas il est possible de permettre sur le fondement de l'obligation de bonne foi une possibilité de réviser le contrat. Sont concernés tous les contrats de concession et de distribution. Ces contrats de dépendance ont développé toutes ces théories en réaction face à la montée de l'unilatéralisme du contrat. Certains auteurs ont tenté de remettre en cause le principe d'intangibilité en développant l'autonomie de la phase de l'exécution par rapport à la phase de formation. De nombreux travaux sont allés dans ce sens vers une théorie de l'adaptation⁸¹⁵ plutôt qu'une théorie d'absolue prévision. L'unilatéralisme est l'aptitude d'une personne à créer des effets de droit par l'expression de sa seule volonté. Pour reprendre l'expression d'un spécialiste au moins sur le mode implicite, « il semble largement admis que l'acte unilatéral n'a pas sa place au sein d'une théorie générale des contrats bien comprise⁸¹⁶ ».

845. Dans le droit des obligations, le modèle est par principe la convention cependant, il a été constaté l'avènement d'un certain unilatéralisme en droit des contrats.

⁸¹⁴ V. le n° spéc. *LPA* du 30 sept. 1998, *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, not. M. BÉHARD-TOUCHAIS, « Rapport introductif », p. 3 ; D. MAZEAUD, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », p. 12 et N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », p. 21.

⁸¹⁵ *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, (dir.) Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, 1999.

⁸¹⁶ R. ENCINAS de MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 1996, n° 5.

L'acte unilatéral au sein du contrat est entouré de grandes précautions. Le droit des obligations répugne aux phénomènes de pouvoir et de prises de pouvoir d'un seul. Il voit au contraire dans la convention l'instrument naturel d'une certaine fraternité et une certaine liberté, certains vont même jusqu'à considérer que c'est le principe de solidarité qui gouverne l'ensemble du contrat. Le principe est clair, l'acte unilatéral d'autorité est mal vu en droit des obligations. Mais à l'épreuve d'une certaine réalité, on se rend compte que le contrat s'affaïsse progressivement dans un sens qui permettrait d'assouplir les règles pour avoir une approche pragmatique des solutions.

846. Il est remarquable de constater que les actes unilatéraux contractuels fleurissent dans les faits et il est intéressant de s'interroger sur le contexte dans lequel ils se développent. Dans un certain contexte contractuel apparaissent plusieurs formes d'unilatéralismes. Toutefois selon l'article 1129, alinéa 2, la quotité de la chose peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée. Ce texte consacre une certaine incomplétude dans la formation pour permettre un complément dans l'exécution. Dans la mesure où cet article du Code civil permet une détermination ultérieure, c'est en quelque sorte l'introduction d'une certaine incomplétude qui permet une plus grande détermination du contrat et sa possible adaptation.

847. L'adaptation du contrat est interprétée comme une atteinte à la force obligatoire. Elle donne lieu à des controverses non apaisées en doctrine qui oscillent entre deux philosophies du contrat, celle de la prévision avec son aspect statique et celle de l'adaptation et son aspect dynamique. Les deux doctrines sont opposées sur la notion de sécurité juridique. En effet, un courant majoritaire d'auteurs se fonde sur une interprétation restrictive de l'ancien article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil qui dispose que « les conventions librement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites ». Ce texte pose formellement le principe de l'intangibilité des conventions que les canonistes ont vulgarisé autour de la maxime « *pacta sunt servanda* ». Aujourd'hui ce principe demeure le pilier central qui charpente le dispositif du droit des contrats. Pourtant si l'on s'en tient à cette conception stricte de la force obligatoire des obligations conventionnelles, l'adaptation du contrat est risquée dans la mesure où elle est responsable de la déconstruction du contrat initial. Or, à l'heure où ce principe juridique est consacré dans la plupart des systèmes étrangers, la réticence du droit

français à reconnaître une possible adaptation est un hommage à la mémoire des juristes d'antan, mais n'est plus fondée dans le cas des contrats de durée⁸¹⁷. C'est face à ce refus de façade que s'est développée une certaine adaptation qu'on pourrait considérer comme implicite dans la mesure où elle est officieusement acceptée.

848. L'évolution du droit privé n'a fait que renforcer le caractère objectif du contrat⁸¹⁸. Nos travaux n'ont eu de cesse de démontrer que le contrat est immergé dans la réalité économique et sociale. Il faut admettre que les attentes précises des cocontractants peuvent être déjouées. Or, nous constatons depuis quelques décennies que les juristes se résignent de moins en moins à la dureté de la loi des parties telle que l'énonce l'ancien article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil. Un auteur compare même le juge au nouveau ministre de l'Économie de l'État qui est le directeur de conscience des parties contractantes⁸¹⁹. La question du renforcement du rôle du juge dans le contrat est une question majeure de ce sujet. En effet, la réforme du droit des contrats a comme principal axe le renouvellement du rôle du juge, ce qui fait craindre une perte de pouvoir des parties à son profit. Une partie de la doctrine considère que cette réforme risque de rendre le rôle du juge trop important et contribuerait une intrusion beaucoup trop importante de sa part dans le contrat.

849. La question de l'interprétation du contrat, et surtout de qui en est l'interprète, est au centre du débat. Il convient de savoir si le contrat reste la chose des parties ou si les contours du contrat sont redessinés par le juge. En effet, le nouvel article de l'avant-projet ayant vocation à remplacer l'article 1156 du Code civil paraît ambigu sur ce point et pose un problème d'interprétation, ce qui est un comble. L'article 96 du projet est composé de deux alinéas. Aux termes du premier, « le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt que d'après le sens littéral des termes ». Il est ajouté un autre alinéa : « lorsque la commune intention des parties ne

⁸¹⁷ MOUSSERON : « le refus de l'adaptation judiciaire du contrat tient à ce que pour eux les juges de l'ordre judiciaire le traitement des risques contractuels dans son principe même et a fortiori, ses modalités appartient aux parties et leur est réservé ».

⁸¹⁸ M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. AYNÈS, Economica, 2000, p. 337.

⁸¹⁹ *Ibid.*

peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ».

850. C'est l'alinéa 2 qui diffère par rapport au contenu de l'article 1156 du Code civil. En effet ce nouvel article met l'accent sur l'objet qui est interprété, c'est-à-dire le contrat : « le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable ». Cet article dans son alinéa premier opère une interprétation entre le sens littéral et la commune intention des parties : « le contrat s'interprète selon la commune intention des parties plutôt que selon le sens littéral des termes. » Ce texte exclut en quelque sorte le sens littéral alors que l'article 1156 du Code civil affirme qu'« on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des textes ».

851. Cependant pour ne pas laisser trop de pouvoir au juge, on peut accorder aux parties davantage de marge de manœuvre au moyen de la bonne foi et de la loyauté. Ainsi, la bonne foi comme la loyauté sont présentes dans la plupart des systèmes étrangers. Dans la relation contractuelle, le degré de bonne foi et de loyauté des parties contractantes peut être mesuré et facilitera alors l'analyse globale de la situation. En cas de changement de circonstances, la mise à l'épreuve de la relation contractuelle permet de mesurer la force du lien contractuel qui unit les deux parties. En effet, si le contrat tourne à la faveur d'un des contractants et que le comportement *ex post* est de bonne foi alors le contractant qui subit le déséquilibre sera en mesure d'ouvrir lui-même la phase de renégociation.

852. Dans ce cas, deux solutions s'offrent aussi bien au juge qu'aux parties. En effet, le juge facilite la révision du contrat en reconnaissant la validité des mécanismes contractuels anticipés dès la conclusion du contrat et si aucune prévision n'a prévu le cas, il favorise le dialogue entre les parties dans le but de pérenniser le contrat. En présence d'une clause de renégociation, le rôle du juge est de faciliter la rencontre et

pour cela, le standard de la bonne foi lui permet de mesurer la loyauté contractuelle des parties et de contrôler ainsi l'ensemble du processus de la négociation⁸²⁰.

853. Le juge, comme nous l'avons précédemment souligné, ne révisé pas à proprement parler le contrat, mais va mesurer le degré d'engagement des parties et va faciliter la renégociation qui pourra aboutir à un rétablissement de l'équilibre. L'arrêt Huard illustre cette tendance et a marqué un certain tournant en permettant au juge d'imposer en cas de changement de circonstances une renégociation possible et attendue⁸²¹. Encore faut-il que le juge soit la personne raisonnable qu'on attend.

854. La notion de prestation caractéristique du contrat va permettre d'encadrer le plus possible le contrat. En effet, permettre au juge de refaçonner le contrat est une certaine intrusion qu'il est nécessaire d'encadrer. La prestation caractéristique offre justement un cadre précis au juge pour réviser le contrat. Simplement, cette notion ne joue pas dans tous les domaines et se développe surtout en matière économique pour délimiter l'opération économique et son impact sur le contrat.

855. L'idée est de circonscrire les différentes obligations du contrat tout en gardant à l'esprit ce qui le caractérise vraiment. En effet, à côté de la prestation caractéristique du contrat, il existe d'autres prestations qui sont considérées comme objectives, des obligations de sécurité, de non-concurrence, de conseil, d'information, etc. Cependant, toutes ces obligations ne peuvent pas rester sans limites. En effet, ces obligations peuvent être considérées comme des prestations objectives, mais qui n'ont pas été réellement voulues par les parties. Elles s'imposent d'elles-mêmes dans le sens du bien commun.

⁸²⁰ Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans le contrat*, préf. G. Couturier, LGDJ, 1989 : « Parmi les fondements proposés par la doctrine pour justifier la théorie de l'imprévision, seule la bonne foi contractuelle doit être retenue ».

⁸²¹ Cass. com, *JCP G* 1993, II, 22164, note G. Virassamy, *RTD civ.* 1993, p. 124 note J. Mestre. Les juges du fond acceptent cette demande en paiement de dommage et intérêts formée contre le fournisseur de produits pétroliers par le distributeur agréé. Ils considèrent qu'il n'a pas exécuté le contrat de bonne foi en ne proposant pas un accord de coopération commerciale, permettant de tenir compte des nouveaux prix pétroliers. Le fournisseur a formé un pourvoi qui est rejeté par la Cour de cassation.

856. Il convient de comprendre que l'unilatéralisme sert une vision économique⁸²² du contrat. Il est intéressant de mesurer la compatibilité du contrat classique et le contrat revisité par cet état de fait. Certains auteurs parlent de l'incompatibilité du modèle « parfait et complet » où l'exécution est le reflet strict de la formation. Cette vision serait artificielle et fictive. La vision d'un contrat revisité par l'approche économiste fondée sur la réalité d'une certaine autonomie de l'exécution se caractérise au contraire par une certaine incomplétude⁸²³ des contrats, en particulier ceux de longue durée.

857. La pratique contractuelle, interne comme internationale, laisse apparaître de plus en plus de contrats qui s'inscrivent dans la durée et qui nécessitent un régime adéquat. Il convient alors de s'interroger sur l'impact des changements requis et sur les critères utiles pour insuffler une certaine autonomie à l'exécution, remettant en cause l'idée d'une exécution à l'image de la formation pour ces contrats. Répondre à cette question implique au préalable de définir ce que l'on entend par « contrat relationnel ».

Paragraphe 2 : Évolution vers une conception objective de l'obligation

858. Contrairement aux textes internationaux et européens, ainsi qu'à certains projets le nouveau champ d'application de l'article 1195 du Code civil reste dans un cadre tout à fait général même si en pratique, la problématique de l'imprévision concerne davantage les contrats qui s'exécutent dans la durée. Mais, il faut noter que l'article 1195 ne contient aucune limitation et s'applique aussi bien au contrat à exécution instantané qu'aux contrats à exécution successive : « Si un changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la

⁸²² P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, préf. S. CHASSAGNARD-PINET, éd. Mare & Martin, 2014.

⁸²³ N.-U. MAUREIRA, « Introduction du concept américain des contrats incomplets en droit civil français », *Global jurist topics*, 2004, vol. 4, n° 3, art. 3.

date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut à la demande d'une partie, réviser le contrat et y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ». Il semble que l'introduction de l'imprévision, qui renverse la solution jurisprudentielle, est bien admise, mais reste dans une certaine mesure en deçà de la réalité contractuelle. La logique du contrat-échange sévit encore dans cette disposition. En effet, la reconnaissance de l'imprévision se fait par rapport au postulat que le contrat est un acte de prévision. « On retrouve, là encore, à l'arrière-plan de cette disposition, la logique du contrat-échange. Celui-ci parce qu'il concilie des intérêts contraires, fige l'équilibre du contrat au moment de la formation. Participant de l'idée que le contrat est un acte de prévision, la théorie de l'imprévision envisage l'hypothèse dans laquelle un événement d'une certaine ampleur et présentant un caractère imprévisible vient en bouleverser l'équilibre au point d'en justifier la renégociation, ce qu'on appelle le *hardship* » ». Contrairement au contrat échange, qui est un contrat complet, le contrat de durée est un contrat incomplet. C'est-à-dire que sa finalité ne se résume pas à un rapport de réciprocité, mais à un contenu modulable dans l'exécution. Il ne s'agit d'une révision pour imprévision par rapport à ce qui était prévu, mais plutôt de mener une réflexion sur l'adaptation du contrat en cours d'exécution. Le détour par l'économie permet alors d'apporter une analyse pragmatique qui va mettre en exergue la difficulté de mettre sur le même plan dans une même figure contractuelle deux réalités aussi différentes.

A) Le détour par l'analyse économique de la distinction entre les contrats complets et incomplets

859. La notion même de contrat complet n'offre aucune possibilité d'aménagement au contrat, car sa texture est fermée. Il donne une impression de plénitude et de finitude qui se réalise dans une certaine instantanéité. De nombreux contrats sont d'ailleurs concernés et la recherche d'un contrat complet dans les contrats dits transactionnels est souvent souhaitable. La plupart du temps dans ce type de contrats, il est recommandé de rédiger des stipulations efficaces avec un niveau de sanction adéquat. Cette mesure du risque et des sanctions des comportements défaillants est fondamentale dans le raisonnement économique. C'est à travers la notion de coût que se distinguent les contrats complets des contrats incomplets. Nous verrons, en premier lieu, le coût de l'incomplétude **(1)** puis, en second lieu, le rôle des clauses de défaut en cas d'incomplétude contractuelle **(2)**.

1) Le coût de l'incomplétude

860. Le contrat est un outil de lutte contre l'incertitude. Un décalage temporel peut advenir entre le moment de l'accord et celui de son exécution et dans l'exécution même. Ce décalage peut être à l'origine d'inadaptations lorsque les parties n'ont pas correctement anticipé l'avenir. Cela résulte à la fois de leur capacité de décision limitée, ce qui correspond en économie au concept de rationalité limitée et du fait que l'avenir est fondamentalement incertain. Les obligations souscrites *ex ante* les conduisent donc à adopter des mesures qui se révèlent inadaptées *ex post*. Il existe toujours une tension dans le contrat entre le pôle de la flexibilité et celui de la rigidité. Prenons l'exemple d'une commande d'un fauteuil à un artisan pour un montant de 1000 euros. Quelque temps après, l'acheteur découvre un autre fauteuil qui lui sied davantage alors que l'artisan a commencé son ouvrage. Sa décision d'acheter le nouveau bureau et de rompre unilatéralement le contrat initial va largement dépendre du coût de l'inexécution. Pour éviter des conflits *ex post*, il est recommandé dans les contrats dits transactionnels d'avoir recours à des actes les plus complets possible. Plusieurs exemples illustrent

notre propos⁸²⁴. Dans le cas de la surréservation aérienne, la compensation due à la victime peut varier et va être source de complexité. Il faut inciter le plus possible les parties à investir le contrat dès la formation en réduisant l'incertitude liée à la conflictualité éventuelle. Il est recommandé dans les contrats transactionnels de prévoir le vrai coût de la rupture ou de l'inexécution éventuelle et ses modalités. Il s'agit d'une tentative de complétude du contrat permettant de connaître l'ensemble des données initiales afin de ne pas supporter le coût de leur imprévision qui était prévisible puisqu'il s'agit d'imprévision réalisable et prévisible. Simplement il est recommandé de demander aux parties d'anticiper au maximum les risques d'inexécution. C'est ce que les économistes appellent le *risque probable*.

861. Cette solution optimale visée dans les contrats dits complets n'est adaptée qu'à une gamme particulière de contrats que l'on qualifie de contrats transactionnels qui correspondent à l'échange marchand d'un bien ou d'un service aux caractéristiques délimitées ou stables.

862. Dans d'autres types de contrats qui font entrer nécessairement davantage d'imprévision : il s'agit en effet les contrats dits relationnels. Les parties sont dans ce cas loin de l'échange instantané et s'inscrivent dans une coopération. Les parties forment alors et exécutent le contrat progressivement en le complétant au fur et à mesure. La théorie économique estime qu'il est difficile pour ces contrats de prévoir l'ensemble des données. Dans une approche par les coûts, on considère que les parties peuvent choisir de ne pas tout prévoir. Toutefois, cette décision a un coût dans la mesure où il sera nécessaire de revenir sur le contrat plus tard, en cours d'exécution et que cette relecture génère des coûts de délai et de réadaptation. L'incertitude et l'incomplétude ont un prix au départ qui peut inciter les parties à ne pas contracter. Les différents coûts chiffrés et prévus sont les coûts de conception, les coûts d'adaptation et les coûts d'exécution. Cette analyse par les coûts est de nature à dissuader les acteurs de contracter lorsque le contrat est trop incertain et trop incomplet. Il est intéressant de

⁸²⁴ Exemple de la surréservation aérienne où le transporteur surréserve de 10 de pour 100 afin que son avion soit complet. D'un point de vue économique le défaut d'exécution permet ainsi d'atteindre une situation largement préférable à celle qui résulte de la stricte exécution de l'ensemble du contrat de transport.

constater que le détour par l'économie permet de saisir l'enjeu du contrat à travers le prisme des coûts transactionnels. Les agents ont des capacités limitées et ne peuvent dans des environnements complexes envisager tous les événements possibles et calculer les conséquences exactes de leurs actes. L'économiste Williamson en tire une leçon essentielle : les contrats sont incomplets lorsqu'ils ne peuvent envisager l'ensemble des cas de figure. Cette prise de conscience a des conséquences sur la relation contractuelle et son bon déroulement. Elle met l'accent sur les problèmes postérieurs, c'est-à-dire sur des difficultés d'exécution. Que va-t-il se passer en cas d'imprévu ?

863. L'analyse économique rend compte du coût de l'imprévu et c'est ce qui nous guide dans les différentes lectures du contrat. Cette approche réaliste nous renseigne sur la notion d'incomplétude et son rôle dans l'économie du contrat. En effet, que ce soit en économie ou en droit, l'incomplétude laisse une marge de manœuvre plus grande *ex post*. Les parties peuvent en effet reprendre en main le contrat à l'occasion de nouvelles négociations. Il faut alors prendre garde aux comportements opportunistes des parties. L'économie et le droit proposent alors des règles similaires pour mettre fin aux stratégies de contournement et aux comportements inadaptés. Des normes comportementales ainsi que des standards ont été mis au point dans ces deux disciplines sur lesquelles le juriste peut s'appuyer. Il est intéressant de noter l'impression forte de symbiose entre l'économie et le droit. C'est pourquoi il nous a semblé utile de rechercher, à travers une certaine autonomie d'exécution, comment les choses pouvaient se résoudre dès lors qu'une certaine imprévision bien définie surgissait et faisait en quelque sorte trembler le contrat. Alors qu'en économie on parle volontiers d'agents rationnels et capables de maximiser le contrat à tous les niveaux, en droit civil il est recherché des comportements standards comme celui animé de bonne foi ou encore celui du bon père de famille. En projetant cette analyse économique au droit des contrats des réponses utiles, se font jour et offrent des solutions pour assurer une certaine pérennité du contrat.

864. En effet, la méconnaissance de l'état du monde futur est une modalité d'expression de l'incomplétude. Ce qu'il est important de souligner, c'est que cette connaissance imparfaite du futur porte sur des éléments extérieurs à la relation des parties, par exemple, le prix des matières premières, de l'énergie ou la fiabilité des

fournisseurs. L'incomplétude n'est donc pas étrangère au monde du droit. Le Code civil français connaît les obligations conditionnelles à travers son article 1181⁸²⁵. Grâce aux dispositions de cet article, l'incertitude intègre le statut de l'obligation contractée sous condition suspensive. Le droit civil dégage des règles d'interprétation des obligations en présence d'une modification de l'environnement économique dont la partie qui cherche à se désengager allègue l'existence. L'incomplétude résulte à la fois d'éléments extérieurs et objectifs et d'éléments intérieurs liés au comportement des parties. Cette incomplétude permet l'intrusion de différents moyens standardisés afin de la rendre la plus raisonnable possible et de garantir une certaine flexibilité au contrat.

865. Il est important de préciser qu'il n'existe pas de complétude ou d'incomplétude en soi, mais seulement rapportées à des contextes de discussions des parties en situation. Prenant prétexte de l'absence d'accord exprès ou de la présence d'incohérences dans le contrat, l'une d'elles tente de se défaire de ses obligations. Ce désengagement doit toutefois se réaliser dans des conditions strictes d'atteinte raisonnable du contrat. C'est ce qu'un auteur souligne en parlant d'atteinte ou d'inexécution licite⁸²⁶. Cette thèse souligne la volonté d'assurer la pérennité du contrat dont il ne fait plus de doute qu'elle est l'une des préoccupations majeures du droit positif aujourd'hui. De nombreux travaux confirment cette tendance. L'économie rejoint le droit dans la mesure où le contrat est lié à l'entreprise. Sa valeur économique n'est plus à démontrer. Ainsi, Demogue considère que la modification est possible pour aboutir au résultat visé. Il convient de remarquer que l'incomplétude vise à tolérer, sinon autoriser, des moyens d'échapper à la rigidité du contrat en prônant un système souple et dynamique.

2) Le rôle des clauses de défaut en cas d'incomplétude contractuelle

866. L'incomplétude est définie en termes d'obligations, elle est utilisée pour parfaire le contrat postérieurement à l'accord initial. C'est en cela que le contrat incomplet est d'une texture ouverte permettant une certaine continuité et l'intégration de

⁸²⁵ C. civ., art. 1181.

⁸²⁶ C. CHABAS, *L'inexécution licite*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2002.

nouvelles données. Le contrat relationnel est en adéquation avec la théorie économique du contrat⁸²⁷.

867. « *L'homo economicus* » reflète la propension naturelle des individus à l'égoïsme et à minimiser les coûts tout en maximisant les utilités économiques attendues de l'économie du contrat. Mais la nécessaire texture ouverte du contrat lui permet-elle de donner une réponse ajustée et juste au contrat ? On pourrait dire que l'avenir du droit est à rechercher dans une prépondérance accordée à l'efficacité économique, seul critère permettant de construire un droit des contrats cohérent. Mais c'est sans compter avec le contexte humain de chacun et son environnement. Et l'humain ne décide pas souvent rationnellement, mais la plupart du temps par passion⁸²⁸. D'après les économistes, pour rendre compte des phénomènes sociaux il faudrait reconstruire uniquement les motivations des individus et concevoir cette addition comme un phénomène permettant de rendre compte de la réalité économique cependant les critiques ne se sont pas faites attendre de la part des juristes qui considèrent cette voie comme réductrice et ne semble pas correspondre à l'enjeu de la question. D'après l'analyse juridique, le droit se veut avant tout humaniste. Elle s'oppose à l'analyse économique qui se veut efficace et efficiente. Mais l'efficacité économique du contrat ne correspond pas réellement à l'efficacité défendue de manière pertinente par l'analyse juridique. En effet, l'efficacité juridique renvoie à une meilleure adéquation des moyens tant humains qu'économiques. L'incomplétude se définit alors comme un état dans lequel les ajustements sont possibles au fur et à mesure de la période contractuelle.

868. Traditionnellement le droit, tout comme la microéconomie, modélise un contrat comme un répertoire exhaustif de réponses à un problème de coordination interindividuelle, c'est-à-dire comme un contrat complet. Ce répertoire peut prendre diverses formes, il spécifie alors les obligations des parties dans chaque situation envisagée. Mais s'il existe une asymétrie d'information, un contrat contingent n'est pas inconcevable. Les obligations contractuelles doivent en effet être conditionnées par une variable vérifiable par le tiers chargé de l'exécution du contrat. Si tous les contrats

⁸²⁷ D. CAMPBELL, « *The incompleteness of our understanding of the law and economics of relational contract* », *Wisconsin law Review* 2004, p. 645.

⁸²⁸ M. MEKKI, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *RDC* 2010, p. 383.

modélisés sont complets, ils prennent en compte toutes les variables pouvant affecter leur relation. Or, en réalité les contractants signent des contrats plutôt simples dont ils vont renégocier les termes s'ils deviennent inadéquats. Ils ajoutent alors des avenants afin de gérer les événements non prévus. Lorsqu'elle est utilisée par les économistes, hors de la *law and economics*, l'incomplétude est définie dans des termes indifférents à la nature des obligations. On distingue alors une acception strictement économique où l'incomplétude est relative au fait que la plupart des contrats de la réalité économique s'inscrivent dans un mode ouvert et permettent une certaine régulation au fur et à mesure de l'évolution. Le modèle du contrat complet quant à lui est sur un mode fermé dans lequel les échanges et les ajustements ont été pratiqués avant et ont été faits de manière instantanée. L'incomplétude pose un problème d'exécution, car elle ouvre la voie à des comportements opportunistes. Pour introduire cette notion d'incomplétude dans la théorie des contrats, il a d'abord fallu s'interroger sur les causes de l'incomplétude. Pourquoi les parties laisseraient-elles certaines prévisions ou contingences non spécifiées ? À quoi sert l'incomplétude ?

869. C'est dans ces conditions que Claude Ménard, économiste néo-institutionnel, pose un regard tout à fait spécifique sur les conditions de mise en œuvre du contrat avec une dimension *ex post* et non *ex ante* comme la plupart des juristes. Ce qui intéresse cet auteur, c'est de mettre en évidence les correspondances entre les discours du droit et de l'économie sur des sujets à la frontière des deux disciplines qui sont interdépendantes. Dans le prolongement de sa pensée, nous estimons que l'incomplétude, la vraie réside dans des contrats qui sont capables d'intégrer une certaine divisibilité du contrat, c'est-à-dire une certaine émancipation de l'exécution.

B) Vers une conception objective et renouvelée du contrat dans la durée

870. Mais il faut noter que l'article 1195 met en œuvre une conception essentiellement objective de l'imprévision. L'immixtion du juge est tributaire d'un déséquilibre objectif, mais même si ce nouvel article déplace le centre de gravité du déséquilibre du contrat **(1)** en admettant l'imprévision sans distinguer les contrats instantanés et les contrats qui s'exécutent dans une longue durée, il restreint considérablement son champ d'action **(2)**.

- 1) Les prémisses d'une conception objective du changement de circonstances dans la réforme : une exécution devenue excessivement onéreuse

871. Selon l'article 1195 : « Si un changement de circonstances lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

872. Dans cet article, la survivance des clauses de révision du prix contractuel pose le problème de rupture d'égalité entre les contrats, c'est-à-dire entre ceux qui possèdent en leur sein des clauses de révision du contrat et ceux qui n'en ont pas. Par ailleurs, l'article pose le problème de doublon dans des contrats particulièrement sensibles aux fluctuations et que la durée impacte de manière importante. Il existe ainsi un doublon entre l'article L. 441-8 du Code de Commerce et ce nouvel article 1195 du Code civil dans la mesure où le premier prévoit que les parties à des contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois portant sur la vente de produits dont les prix peuvent être significativement affectés par des fluctuations des prix de matières premières agricoles et alimentaires, sont obligés d'inclure dans leur contrat une clause de renégociation. On remarque que ce sont les contrats qui s'exécutent bien évidemment

dans la durée et qui, dans les deux cas, peuvent être renégociés en fonction des circonstances.

873. Le droit de demander la renégociation ne sera ouvert qu'au contractant en difficulté et que si le contrat n'a pas prévu une clause de *hardship*, moyen pour le cocontractant de se parer lui-même par cette clause. Cette clause est admise par la liberté contractuelle. Cependant, cette liberté contractuelle reste assujettie à l'ordre public. En effet, cette limite trouve à s'exprimer à travers la faculté de réajuster le contrat aux nouvelles contraintes et circonstances, dès lors que les conditions de l'article 1195 sont remplies. En effet, il serait paradoxal et incohérent qu'une clause puisse vider totalement de sa substance une disposition légale. Mais c'est pourtant ce qui se passe avec ce nouvel article : « on se demande pourquoi introduire un tel droit de demander la révision si celui qui risque d'en avoir besoin peut y renoncer par avance. À quoi sert-il de justifier le texte en soulignant, dans le rapport du Président de La République se livre à une interprétation de l'alinéa 1 de l'article 1195 par laquelle il soutient que ce texte est supplétif « comme l'indique la rédaction retenue⁸²⁹ » sans dire en quoi, et il précise que « les parties pourront convenir à l'avance de l'écarter pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat ».

874. Ces difficultés et ces incohérences trouvent selon nous son origine dans la difficulté de maintenir un unique modèle contractuel et d'être uniquement attaché au contrat permutation. Le juge devra vérifier « le lien de causalité entre le coût de l'exécution devenu excessivement onéreux et les circonstances qui ont provoqué le changement de l'environnement économique puisque selon l'article 1995, c'est le changement de circonstances qui doit rendre le coût excessivement onéreux⁸³⁰ ». La notion de changement imprévisible lors de la conclusion du contrat restreint l'application du texte à des événements postérieurs à cette conclusion. L'origine du

⁸²⁹ Réforme du droit des contrats, Dossier Pratique, Barthélémy MERCADAL, ordonnance du 10 février 2016.

⁸³⁰ Réforme du droit des contrats, Dossier Pratique, Barthélémy MERCADAL, ordonnance du 10 février 2016.

changement de circonstances peut être variée : changement de législation, nouvelles taxes, augmentation des coûts d'approvisionnement, une guerre, un cataclysme, révolution technologique. La notion de changement vise aussi bien un événement brutal qu'un événement à évolution lente. En effet, l'inflation du Canal Craponne s'est étendue sur trois siècles.

2) Le déplacement du centre de gravité de la formation à l'exécution

875. Il semble que depuis quelques années, le centre de gravité du contrat s'objectivise⁸³¹. Sous des influences diverses, le droit des contrats évolue⁸³² vers une conception objective du lien et l'attente légitime participe de cette évolution. Grâce à cet élan solidariste⁸³³, la philosophie de la bonne foi est en train de se modifier et consacre implicitement une double philosophie. Ce changement de perspective ou plutôt ce double jeu de l'article 1134 du Code civil implique une nouvelle manière d'appréhender le contrat dont le centre de gravité du contrat paraît s'être modifié. Ce changement de paradigme⁸³⁴ qui remplace la volonté par l'appréciation objective du rapport de droit entre le débiteur et le créancier est à l'origine d'une certaine objectivisation du contrat. La bonne foi devient un principe cardinal du contrat et irradie l'ensemble de l'édifice

⁸³¹ H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats*, préf. A. GOZHI, PUAM, 2002, p. 342 : « L'adoption d'une conception objective de l'obligation en droit communautaire est révélée par deux caractéristiques : le rapport de droit entre le débiteur et le créancier est apprécié objectivement [...] le droit communautaire invite à considérer l'obligation du côté de la créance. Le centre de gravité de l'obligation réside moins dans le lien de droit entre le débiteur et le créancier ».

⁸³² P. LOKIEC, *Contrat et Pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 2004, p. 170 : si l'ordre juridique régit principalement le contrat, il est tout aussi nécessaire de contrôler la prérogative contractuelle parce que le rapport contractuel ne se réduit pas à la conclusion d'un acte juridique. Elle doit aussi retenir l'attention en tant que telle et être dissociée du contrat qui en constitue la source.

⁸³³ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *Mélanges Fr. TERRÉ*, Dalloz, 1999, p. 603 ; « Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique », *Deffrénois* 1998, p. 1137, spéc. p. 1142.

⁸³⁴ M. VILLEY, *Contre l'humanisme juridique*, Sirey, 1968 : l'auteur se méfie de cet humanisme imposé par la loi et qui mettrait l'homme au-dessus de tout. Le philosophe du droit estime que cet humanisme juridique éloigne le droit de la valeur essentielle.

contractuel. Cependant, au regard des deux fonctions principales de la bonne foi, une multitude d'interprétations est possible, ce qui a tendance à fragiliser l'équilibre contractuel. Comme tous les standards juridiques, la bonne foi se caractérise par son ambivalence due à sa polyvalence fonctionnelle et notionnelle.

876. Dans sa fonction principale, elle est considérée comme une norme objective de comportement qui correspond à un standard d'appréciation de la normalité de la conduite contractuelle. Le contractant agissant de bonne foi est celui dont la conduite est loyale et conforme au portrait qu'en brosse la jurisprudence, c'est-à-dire une recherche de normalité de conduite. Cependant, même si cette norme semble objective, elle est en réalité un mode d'interprétation bigarrée, à la fois objectif et subjectif.

877. L'idée est que la conduite des contractants soit confrontée aussi bien à la formation qu'à l'exécution. En effet, on aurait pu penser que l'exécution était le seul lieu d'appréciation du comportement du cocontractant. Mais, il est cohérent que la conduite des cocontractants soit confrontée aux deux moments cruciaux du contrat : la formation et l'exécution. C'est ainsi qu'en fonction des deux philosophies du contrat, les décalages entre la formation et l'exécution vont s'interpréter différemment. Deux modèles de prévision s'opposent : l'anticipation des risques dès la formation permet d'avoir une première grille de lecture qui va être comparée avec l'exécution. Les divergences entre la formation et l'exécution vont être une source d'analyse sur le comportement des parties par rapport à la discordance des prévisions. L'étalon de mesure se fait en principe en fonction des données initiales. Une autre prévision, plus réaliste, ne résiste pas à l'analyse objective des données compte tenu du contexte du contrat, le comportement se comprend dans un contexte plus objectif et à la lecture d'un comportement qui devient un élément de la prestation.

878. Ce second modèle de prévision inscrit le comportement dans le contrat. Il s'agit dans ce cas de la notion même d'attentes raisonnables en fonction de l'économie du contrat. La bonne foi devient à tous les niveaux un moyen de réguler le contrat tant subjectivement qu'objectivement. Avec la bonne foi, la substance de l'obligation se situe moins dans le lien de droit né de l'accord des volontés que dans l'exécution, c'est-à-dire dans la prestation attendue. Il en résulte une certaine objectivation de la réalité contractuelle. Ce phénomène touche aujourd'hui de façon plus intense le contrat et

consacre une vision plus pragmatique : « le fait de passer de la faute à la réparation ne s'explique pas seulement par des raisons contingentes et par un souci accru des victimes. Cela tient aussi à la façon de penser le monde. Depuis les Lumières, nous sommes passés de la question de la source (d'où viennent les règles, leur sens, et leur légitimité ?) à la question de l'engendrement (comment s'élaborent et s'appliquent les règles ?) puis depuis quelques années nous sommes en train de délaissé la question de l'engendrement pour nous pencher sur celle des résultats (quel bénéfice et quels effets néfastes provoquent les règles ?). Il s'agit d'une culture du pragmatisme, dans laquelle l'efficacité et l'effectivité sont les maîtres mots)⁸³⁵ ».

879. Le fait de passer de la formation à l'exécution s'explique par le souhait de comprendre les contrats à long terme dans leur réalité. Par exemple, en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, la responsabilité du producteur est susceptible d'être engagée lorsque le produit n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre⁸³⁶. Pour apprécier si l'action en responsabilité est recevable, on s'attache donc aux attentes des consommateurs dans l'exécution. On le voit, le centre de gravité s'est déplacé de la formation à la prestation attendue. La recherche d'appréciation objective du rapport entre le débiteur et le créancier passe par une certaine dépersonnalisation de la chose au profit d'une plus grande considération de la créance. Dans ce contexte, la bonne foi permet de rééquilibrer le contrat au moment de l'exécution. Cette notion à géométrie variable conduirait à une justice au cas par cas avec des solutions de circonstance. Face au risque que les attentes légitimes des parties soient tributaires d'une analyse judiciaire du contrat, il est utile de réaffirmer le véritable rôle du contrat et l'importance de la sécurité juridique qui l'entoure. Cette

⁸³⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et responsabilité et régulation économique », *RTD civ.* 1998, p. 43, spéc. p. 52.

⁸³⁶ C. civ., art. 1386-4, al. 1^{er}.

dernière s'impose comme un impératif dans le cadre de notre étude sur le contrat⁸³⁷. Certains praticiens dénoncent ces concepts flexibles de nature à insécuriser le contrat et toutes les conséquences qui y sont attachées. Armé de préceptes flexibles, le juge en viendrait en réalité à aggraver l'imprévisibilité. Afin de contourner le rôle dévastateur du temps, une nouvelle philosophie est née et propose d'alléger les contraintes contractuelles. Toutefois, l'affaiblissement de la rigidité du contrat fait entrer un risque de perte de confiance dans les conventions, ce qui serait une conséquence fâcheuse. Comme le disait le Doyen Carbonnier, « ce n'est pas la bonne foi qui sauve, mais la foi en la parole donnée⁸³⁸ ».

⁸³⁷ H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 289 et s. : « aspiration à un systèmes de règles pourvu de caractère de certitude : alors et alors seulement, chacun pourra prévoir les réactions d'autrui à ses propres initiatives, ce qui est indispensable à l'action concertée, trame de la vie en société, parce que génératrice de liens qui la constituent. La sécurité assure donc la liberté, considérée dans le choix des voies d'action efficaces et les intérêts collectifs consistant essentiellement dans le développement des relations en lesquelles s'incarnent l'existence de la société et ses effets bénéfiques. Elle ne s'identifie pas nullement à un conservatisme statique de droits acquis ».

⁸³⁸ J. CARBONNIER, *Obligations*, PUF, 2004, p. 2121.

CONCLUSION DE SECTION 2

880. Le contre-pouvoir de l'abus serait un moyen pour rééquilibrer le contrat en fonction de la réalité des circonstances. Et dans une certaine mesure le contrôle par l'abus tente d'analyser le contrat et son maintien sur une réalité plus objective. Il y a bien dans ce cas un certain déplacement de la correction du contrat dans l'exécution dans la confrontation avec la réalité non seulement en fonction des attentes objectives et légitimes du contrat, mais aussi en fonction du comportement du cocontractant de bonne ou mauvaise foi. Mais ce contrôle de l'abus dans le contrat a comme référent la notion de cause et permet par ce biais de mesurer réellement non seulement l'intérêt du contrat, mais aussi sa poursuite.

CONCLUSION DE CHAPITRE 2

881. Le droit des contrats a été conçu par les rédacteurs du Code civil en fonction de l'échange. Le droit contractuel passé et actuel n'est malheureusement pas en mesure d'appréhender le contrat de durée. Opération d'échange dans l'instant et complète, d'une part, et opération dans la durée et incomplète, d'autre part, revêtent des caractères différents qui nous ont conduits à proposer un régime alternatif. Le Professeur Paul Didier a été le premier à identifier aux côtés du contrat échange d'autres modèles de contrats organisation à intégrer dans la sphère contractuelle⁸³⁹. Ainsi la volonté d'englober la réalité contractuelle passe par l'analyse approfondie de ces différentes figures. Cette analyse a identifié de nouveaux modèles et en particulier ceux qui s'étendent dans le temps et qui nécessitent un accompagnement plus concret des parties, avec une adhésion et une possible renégociation ouverte. La nécessaire reconnaissance et généralisation de clauses de *hardship* ouvertes inciterait les parties à renégocier et donc laisser une certaine forme d'ouverture au contrat tout au long de sa durée. Et cette ouverture à un contrat incomplet va de pair avec une certaine coopération tout au long du contrat pour assurer le maintien du contrat dans sa finalité ultime.

⁸³⁹ P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », *Mélanges Fr. TERRÉ*, Dalloz, 1999.

CONCLUSION DE TITRE 2

882. La réforme du titre III du livre III du Code civil aurait dû faire l'objet d'un renouveau. La question de la diversification des contrats était posée et imposait une vraie réflexion sur des régimes distincts. Au lieu de rendre compte de cette diversité, qui s'imposait pourtant, le législateur est resté dans une logique de l'échange, aussi bien pour la problématique de la cause que pour la problématique de l'imprévision.

883. Ce prisme de l'échange à double niveau a considérablement brouillé la réalité contractuelle et réduit son champ d'application. En effet, au lieu de reconnaître la diversité des modèles contractuels, la réduction de tous les modèles sous le prisme de l'échange a révélé une certaine impasse. C'est pourquoi en conclusion de ce titre, l'auteur a pris le contre-pied de la réforme pour tenter de souligner la coexistence d'une autre logique. La reconnaissance de cette autre logique contribue au renforcement de la dimension causale du contrat dans la durée par le prisme de l'intérêt commun au contrat d'une part, et d'autre part la réception et la compréhension d'une certaine incomplétude qui est susceptible de rendre le contrat ouvert et malléable au changement, en l'intégrant dès le départ.

884. La réception de ce modèle contractuel aurait contribué à éclaircir la théorie générale du contrat et aurait donné un vrai renouveau au concept. Au lieu de cela, le droit vivant cohabite maintenant dans le Code avec le droit ancien sans cohérence.

CONCLUSION GÉNÉRALE

885. Face à l'affirmation que la réforme du droit des contrats a résolu l'ensemble des problématiques et surtout réconcilié le droit de 1804 avec le droit vivant, nous nous sommes demandé si ce qui était présenté comme un nouvel ordre contractuel cohérent ne cachait pas en réalité l'aval des décisions jurisprudentielles sans en rechercher une dimension ordonnée. En effet, il nous est apparu qu'au lieu de consacrer un nouvel ordre contractuel, la réforme s'est contenté d'intégrer les solutions jurisprudentielles admises en autant d'articles du Code.

886. Cette recherche tend à remettre en cause cette réforme et tente, au moyen du contrat de durée, de remettre de l'ordre.

887. À cet effet, il était indispensable d'approfondir la notion de contrat échange et de comprendre l'enjeu de cette catégorie. Le contrat échange tente de concilier les intérêts contraires des parties contractantes. Le but de ce contrat échange est de figer l'ensemble du contrat dans un cadre intangible et hors du temps. Ce contrat organise une opération économique finie dont la projection dans le temps n'est autre que ce qui avait été prévu initialement par les parties. Le contrat, en tant qu'acte de prévision, enferme le contrat dès la formation interdisant par là même toute modification ultérieure. Mais ce tableau peut paraître un peu excessif dans la mesure où ce type de contrats prévoit des clauses de *hardship* et tente de tout prévoir même dans le temps. Cependant, ces clauses contractuelles sont considérées comme de la prévision et renforcent l'arsenal du modèle du contrat échange. Or, notre contribution consiste précisément à admettre l'existence d'une catégorie de contrats qui s'exécutent dans le temps. Il s'agit des contrats de durée.

888. L'imprévu, comme l'incertain, peut s'introduire dans le contrat et être consacré d'une certaine manière. En effet, la reconnaissance du changement en cours de contrat semble parfaire une nouvelle définition du contrat. L'idée étant de permettre au contrat d'être ouvert à une certaine incomplétude dans l'exécution afin d'apprécier non pas le contrat à la formation, c'est-à-dire ce qui était prévu, mais plutôt de tendre à pouvoir renégocier en fonction de la réalité, c'est-à-dire ce que les parties contractantes peuvent légitimement attendre du contrat, compte tenu des nouvelles circonstances. Loin d'être une construction

purement théorique, l'épure du contrat de durée commande de permettre la coexistence de deux modèles contractuels : le modèle du contrat échange et le modèle du contrat de durée.

889. Parce que le droit des contrats a été conçu par les rédacteurs dans la logique de l'échange, il n'était pas en mesure d'appréhender le contrat qui se métamorphose dans la durée. Une autre logique apparaissait en effet dans ce cas-là : une logique relationnelle et de coopération. En effet, face au modèle du contrat échange, émergeait une autre figure : celle du contrat de durée qui comprend notamment le contrat- organisation dans une logique de toujours plus de coopération entre les parties.

890. Ainsi les résultats de cette recherche tendent à remettre en cause la réforme de 2016. En effet, de manière certaine notre recherche réhabilite la cause. Dans la réforme, son remplacement par la notion de contrepartie lui fait perdre une grande partie de sa malléabilité. Alors que la cause permettait un contrôle de l'équilibre du contrat au moment de son exécution, la contrepartie cantonne le contrat au seul moment de la formation et à la seule logique du contrat échange. Au lieu de simplifier la théorie générale du contrat, la réforme empêche la reconnaissance de la diversité contractuelle et reste obstinément dans la logique de l'échange.

891. A supposer toutefois, dans le même temps de renouveler l'approche de la distinction entre la formation et l'exécution du contrat. Cette dernière a été à l'origine de notre réflexion et plus précisément, de notre interrogation pour savoir laquelle des deux phases avait la primauté sur l'autre dans le temps.

892. Notre proposition de définition du contrat de durée s'inscrit donc dans les termes suivants : le contrat de durée est un contrat qui s'exécute dans le temps, qui est voulu incomplet au moment de sa formation par les parties et qui oblige ces dernières à adapter leur engagement initial à ses conditions objectives d'exécution.

893. Trois critères émergent : un critère temporel, un critère formel et un critère relationnel.

894. Pour le critère temporel, il s'agit d'un contrat dont l'exécution s'inscrit dans le temps. Il ne s'agit donc d'un contrat à exécution instantanée. Mais il ne s'agit pas non plus aussi d'un contrat à exécution successive. Dans ce dernier cas, nous sommes toujours en

réalité dans la logique de l'échange puisque l'exécution est une exécution automatique de la volonté initiale des parties. Dans le cas du contrat de durée, il s'agit donc d'un contrat qui s'objectivise au fur et à mesure de son exécution en s'équilibrant en fonction des données objectives. Le contrat dans le temps est un instrument d'aménagement du réel.

895. Le critère formel renvoie à l'incomplétude du contrat au moment de sa formation. Le contrat de durée présente une texture ouverte permettant l'évolution des conditions d'exécution du contrat. Il va sans dire que, dans tous les contrats de durée, étaient prévues des clauses d'adaptation mais celles-ci, en tant que clause, faisaient partie intégrante de l'arsenal de la formation et, en cela, imprimait la pâte de la prévision. Dans le contrat de durée, au contraire, il ne s'agit pas de prévoir mais d'accueillir l'incertain, ce qui suppose de laisser toute sa place à l'incomplétude, avec un contrôle objectif du contrat en cours d'exécution.

896. Enfin, le critère relationnel insiste sur le *continuum* de la volonté des parties et leur bonne foi tout au long de l'exécution du contrat. Confrontée au réel, la volonté des parties de renforce et change de paradigme en s'attachant d'abord et avant tout à ce que ces dernières peuvent légitimement et donc de manière objective, attendre du contrat. En fait, le contrat de durée se révèle être une méthode de mesure de *l'affectio contractus* des parties pour le contrat.

897. Nous terminerons en relevant que ces trois critères ont eux-mêmes tous comme caractéristiques la recherche d'une malléabilité et d'une ouverture du contrat au moment de son exécution. Ils confirment, une fois de plus, l'importance de la prise en compte de la cause. Comme en 1923, la cause reste, encore aujourd'hui, l'instrument de la compréhension du contrat dans le temps. Je laisse la parole au Professeur Denis Mazeaud pour plaider la cause de la cause : « Bien fou serait celui aujourd'hui s'aventurerait à écrire un ouvrage, une thèse, un article, une chronique, ou même une note sur la cause et qui ferait l'impasse sur le best seller du droit des obligations... Autrement dit, il s'agit, ni plus, ni moins, d'un ouvrage incontournable, indispensable... L'actualité de la notion de cause n'a jamais peut-être été aussi discutée dans la communauté des juristes. Hier, on s'en souvient, c'est son exactitude et son utilité qui étaient débattues en doctrine. Aujourd'hui, c'est la question de son existence, ou plutôt de son maintien dans notre futur droit des contrats qui fait rage. A l'heure où la notion de cause semble donc en danger, il est d'autant plus impérieux de lire ou de relire *De*

la cause des obligations pour réfléchir en toute sérénité loin des passions et des controverses, au sort de la cause dans notre avenir contractuel commun⁸⁴⁰ ».

840 Avant propos de D. MAZEAUD in H.CAPITANT, DE LA CAUSE DES OBLIGATIONS (Contrats, Engagements unilatéraux et legs), collection de la faculté Jean MONNET, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. Ed.LA MEMOIRE DU DROIT.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Abus : 134, 138, 148, 201 s., 207.

Activité contractuelle : 528 s.

Affectio contractus : 7, 358, 577, 710,

Attentes légitimes : 69, 336, 376, 404 s.,
493, 524, 532.

Avant-projet : 608 s., 268 s., 641, 649 s.,
664 s., 673.

B

Bonne foi : 127, 161, 272, 311, 314 s., 363
s., 369 s., 424, 434, 447, 472, 571, 671,
778.

C

Canal de Craponne : 38, 40 s., 48, 51, 169,
186, 494, 615.

Caducité : 481.

Cause : 309 s., 453 s., 571 s., 618 s., 672
s., 793.

Cause-but : 465 s.

Cause objective : 500.

Clause :

- Abusive : 101 s., 208 s., 223, 289 s.

- d'adaptation : 83 s.,

- d'adhésion : 219 s., 273.

- d'échelle mobile : 86.

- d'exclusivité : 133.

- de défaut : 866 s.

Compagnie générale d'éclairage de
Bordeaux : 54 s., 420 s.

Consideration : 502.

Continuum normatif : 567 s., 584 s.,
687.

Contrat :

- cadre : 124, 127 s., 139, 146, 662, 697 s.,
701.

- complet : 2, 81, 156, 323.

- coopération : 10, 174, 189, 691 s.

- divisible : 757 s., 797 s.

- de concession : 56, 59 s.

- de distribution : 131 s., 34 s., 422 s., 430.

- de durée : 51, 135, 154, 160, 573 s., 708
s.

- d'entreprise : 153 s.

- échange : 2, 5, 19, 103, 125, 174, 191,
269, 792.

- enfermement : 26, 35, 103, 173 s., 228.

- incomplet : 589 s., 661 s., 777.
- instantané : 25, 34.
- objectivisation : 51, 222, 239, 248, 256 s.,
268, 439, 534, 575, 871, 875 s.
- organisation : 191.
- relationnel : 711 s., 761 s., 862.
- spéculatif : 735 s., 743 s.
- théorie générale : 3, 7, 9, 18, 20, 24, 141,
180.

Crédit : 281 s.

D

Délai de grâce : 775.

Devoir de coopération : 98, 154, 161, 276.

E

Économie du contrat : 483 s., 496, 513
s., 794, 818 s., 832.

Efficient breach of contract : 254.

Estoppel : 70, 388 s., 406 s.

Exécution : 5, 13 s., 43, 53, 78, 100, 174,
178, 182, 271, 468, 581, 816.

F

Favor contractus : 820 s.

Force obligatoire : 48, 56, 59, 121, 206,
243, 263 s., 354, 401, 437, 448, 489 s.,
591, 722, 815.

Force majeure : 94 s.

Formation : 6.

G

Geschäftsgrundlage : 52, 71 s.

H

Hardship : 39, 79, 87, 92 s., 112 s., 280,
344, 616, 740, 755, 796, 814, 858, 873.

I

Indexation : 87.

Instantanéisme : 157, 170, 176, 258 s.

Intangibilité : 37, 49, 78, 111, 137, 166 s.,
172, 206, 368, 435, 488, 505, 522, 536,
808, 822.

Intérêt général : 51, 57, 126.

L

Lex mercatoria : 317, 355.

Loyauté : 118, 317, 335, 353.

M

Motif légitime : 361.

O

Objet du contrat : 620 s.

Obligation de motivation : 791 s.

Obligation de moyens : 339.

Ordonnance du 10 février 2016 : 1 s, 12,
45, 141, 169, 180, 193, 229, 246, 566,
696, 802.

P

Pacta sunt servanda : 42, 47, 83, 412.

Présentation : 167, 169, 177, 186, 188,
693, 712 s., 742, 764.

Prix :

- détermination : 62, 122, 133, 142 s.,
190, 192, 613, 654 s., 841 s.

- matières premières : 110 s., 495.

Potestativité : 120.

Principe de cohérence : 823.

Procéduralisation : 788 s.

Professionnel : 277.

Projet Catala : 605, 608 s., 663, 665,
680.

Projet Terré : 625 s.

Protocole de Kyoto : 106.

R

Raisonnable (notion) : 66, 279, 637,
831 s.

Rec sic bus stantibus : 42, 365 s., 419,
539 s., 716.

Reliance : 385, 406 s.

Renégociation : 108 s., 113 s., 116 s.,
155, 377.

Résolution : 206 s.

Risque : 17.

S

Sécurité juridique : 27, 198, 817.

Service public : 57, 59.

Solidarisme contractuel : 359, 426 s., 445
s., 817.

Sollen : 16.

Soft law : 396.

Spéculation : 733 s.

Subjectivisme : 168, 239, 245, 248.

T

Théorie de l'imprévision : 40 s., 57, 61, 77,
80, 96, 108 s., 121, 193 s., 232, 332 s.,
341 s., 415, 423 s., 486, 496, 614, 649
s., 735 s., 750.

Tulipomania : 731 s.

U

Unilatéralisme : 144, 150 s., 204, 247, 275,
288, 579 s., 602, 653, 856.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES, THÈSES, ARTICLES, CONTRIBUTIONS, COMMUNICATIONS ET RAPPORTS

ALPA (G.), « Les nouvelles frontières des contrats », in *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 1.

ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. AYNÈS, Economica, 2000.

ANCEL (P.) :

« La force obligatoire. Jusqu'où faut-il la défendre ? », in *La nouvelle crise du contrat*, (dir.) Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, 2003, p. 163.

« Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

ANSAULT (J.-J.), « La validité du contrat », *Journ. soc.* avr. 2014, p. 26.

ARSAC RIBEYROLLES (A.), *Essai sur la notion d'économie du contrat*, (dir.) D. PORACCHIA et J. MESTRE, thèse Lille III, 2005.

ATIAS (C.), « Qu'est-ce qu'un contrat ? », in *Droit et économie des mécanismes contractuels*, (dir.) Ch. JAMIN, LGDJ, 2008, p. 3.

AUBRY (H.) :

« Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *RIDC* 2005, p. 627.

L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats, préf. A. GOZHI, PUAM, 2002, p. 342

AUBRY (H.), POILLOT (E.) et SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), « Droit de la consommation », *D.* 2012, p. 843.

AYNÈS (L.):

« Rapport de synthèse », *in La confiance en droit privé des contrats*, (dir.) V.-L. BENABOU et M. CHAGNY, Dalloz, 2008, p. 153.

« L'imprévision en droit privé », *RJC* 2005, p. 397.

« Le devoir de loyauté », *Arch. phil. dr.*, Dalloz, 2000, t. 44, p. 195.

« Rapport introductif », *in L'unilatéralisme et le droit des obligations*, (dir.) C. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, 1999.

« Le devoir de renégocier », *RJC* 1999, p. 11

BACHELARD (G.), *Sur la relativité du temps (La dialectique de la durée)*, PUF, 2006.

BARONCEA (D. J.), *Essai sur la faute et le fait du créancier : cause justificative du débiteur en matière contractuelle*, éd. LAM, 1930.

BATIFFOL (H.) :

Problèmes de base de philosophie du droit, LGDJ, 1979.

« La crise du contrat et sa portée », *Arch. phil. dr.*, Sirey, 1968, p. 230.

BÉHARD-TOUCHAIS (M.), « Rapport introductif », *LPA* 30 sept. 1998, p. 3

BEIGNIER (B.), « Le droit civil, droit privé fondamental », *RTD civ.* 1998, p. 289.

BELLABAS (N.), « Les paradigmes et la pensée juridique », *in Le droit dérobé*, (dir.) F. ROUSSEAU, Montchrestien, 2007, p. 47.

BÉNABENT (A.) :

Droit civil : les obligations, 11^e éd., Montchrestien, 2007.

« Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux », in *Le Code civil 1804-2004 : livre du bicentenaire*, Dalloz/Litec, 2004, p. 245.

BERGE (J.-S.), « Coexistence du droit communautaire et du droit des contrats », *RDC* 2005, p. 1197.

BERLIOZ-HOUIN (B.), *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973.

BLOCH (M.), « Le temps collectif », *Philosophie magazine*, 2008, n° 21, p. 44.

BLOUGH (R.), *Le forçage du contrat à la théorie générale*, préf. D. FENOUILLET, PUAM, 2011.

BONNECASE (J.), *Supplément au Traité de droit civil de BAUDRY- LACANTINERIE*, Rec. Sirey, 1924.

BOURSIER (M.), *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, 2003.

BOUTHINON-DUMAS (H.), « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE* 2001, p. 339.

BOYER (L.), « À propos des clauses d'indexation : du nominalisme monétaire à la justice contractuelle », *Mélanges G. MARTY*, éd. Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 96.

BROUSSEAU (E.), « Contrats et comportements coopératifs : le cas des relations interentreprises » in *Coopération entre les entreprises et organisation industrielle*, (dir.) J. L. RAVIX, CNRS édition, 1996.

BRUZIN (A.), *Essai sur la notion d'imprévision et son rôle en matière contractuelle*, thèse Bordeaux, 1922.

BUSSEUIL (G.), *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, préf. M.-J. CAMPANA, LGDJ, 2009.

CABRILLAC (R.) :

« Perspectives d'évolution du droit français en matière d'imprévision à la lumière du droit comparé », *Mélanges C. JAUFFRET- SPINOSI*, Dalloz, 2013, p. 227.

Droit européen comparé des contrats, LGDJ, 2012.

« Réforme du droit des contrats : révision-modification ou révision-compilation », *RDC* 2006.

Les codifications, PUF, 2002.

CALAIS-AULOY (J.), *Propositions pour un nouveau Code de la consommation*, éd. la Documentation française, 1990.

CAMERLINCK (G.H.) :

Droit du travail. Le contrat de travail, 2^e éd., Dalloz, 1982, t. 1, mise à jour 1988.

« L'autonomie du droit du travail », *D.* 1956, chron. p. 23.

CAMPBELL (D.), « *The incompleteness of our understanding of the law and economics of relational contract* », *Wisconsin law Review* 2004, p. 645.

CANARIS (C.-W.), « De la manière de constater et de combler des lacunes de la loi en droit allemand », in *Le problème des lacunes en droit*, (dir.) Ch. PERELMAN, éd. Bruylant, 1968, p. 161.

CAPITANT (H.) :

De la cause des obligations, contrats, engagements unilatéraux, legs, 3^e éd. de 1927, éd. de la mémoire du droit, 2012.

Le régime de la violation des contrats, 1934.

CARBONNIER (J.) :

Les obligations, 22^e éd, PUF, 2000.

Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, 9^e éd., LGDJ, 1998.

Droit civil, les obligations, PUF, 1998.

Les obligations, Droit civil, t.VI, Les obligations, 20^e éd., Dalloz, 1996.

Le droit contemporain des contrats, PUF, 1987.

« Introduction », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986, p. 31.

CATALA (P.), « Colloque la réforme du droit des contrats : projet et perspectives », *RDC* 2006, p. 14.

CERMALOCCE (A.), *Cause et exécution du contrat*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2001.

CHABAS (C.) :

« Force obligatoire contre exécution de bonne foi ? », *JCP G* 18 juill. 2007, p. 8.

L'inexécution licite, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2002.

CHANTEPIE (G.), et LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016.

CHANTEPIE (G.), « Appréciation du déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6, I, 2^o du Code de commerce », *JCP E* 2011, 1701.

CHAZAL (J.-P.) :

« Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ? », in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 99,

« De la signification du mot loi dans l'article 1134, al. 1^{er} du Code civil », *RTD civ.* 2001, p. 265.

CHEMILLIER-GENDREAU (M.), *Le rôle du temps dans la formation du droit international*, éd. Pedone, 1987.

CHENEDE (F.), « Illustrations sectorielles, droit des contrats », *Revue de Droit Henri Capitant*, 30 déc. 2012, n^o 5.

CHERIGNY (Fl.), *La révision judiciaire des conventions en droit privé français*, (dir.) H. J. LUCAS, thèse Poitiers, 1994.

CHEVRIER (G.) , *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, Sirey, 1929.

COHEN (D.), « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », in *1804 – 2004 : Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, éd. Dalloz, 2004, p. 517.

COUTURIER (G.) :

Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et Théorie du Droit dans la perspective du dialogisme, LGDJ, Fondation Varenne, 2009.

« Les techniques civilistes et le droit du travail. Chronique d'humeur sur quelques idées reçues », *D.* 1975, chron. p. 151.

CRISP (C.), *Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale*, préf. J. HAUSER, PUAM, 2013.

DAIGRE (J.-J.), « Commentaire de la loi Neiertz : le règlement des difficultés des ménages surendettés », *Revue des huissiers* 1990, p. 650.

DARGENT (J.), *Une théorie générale du droit anglais en matière de preuve : « La Doctrine de l'Estoppel »*, thèse Grenoble, 1943.

DAVID (R.), « L'imprévision dans les droits européens », *Mélanges A. JAUFFRET*, 1974, p. 211.

DELMAS SAINT-HILAIRE (J.-P.), « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, (dir.) P. DURAND, LGDJ, 1960, p. 218.

DEMOGUE (R.), « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD civ.* 1907, p. 246.

DEMOLOMBE (C.), *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, t. XXIV, Paris 1877.

DESGORCES (R.), *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, thèse Paris II, (dir.) D. TALLON, 1992.

DIAS (Cl.), *Les contrats de distribution commerciale à l'épreuve du temps*, préf. I. URBAIN-PARLÉANI, PUF, 2014.

DIKOFF (L.), « L'évolution de la notion de contrat », *Mélanges H. Capitant*, Dalloz 1938, p. 201.

DIDIER (P.), « Brèves notes sur le contrat-organisation », *Mélanges Fr. TERRÉ*, Dalloz, 1999, p. 635.

DRAS (J.), « L'obligation de négocier », *RTD com.* 1985, p. 265.

DUPICHOT (Ph.), « La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision », in *Thèmes et Commentaires, réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, (dir.) Ph. STOFFEL-MUNCK, Dalloz, 2015.

DURAND (P.), préface in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, (dir.) P. DURAND, LGDJ, 1960.

EL-GAMMAL (M.), *L'adaptation du contrat face aux circonstances économiques : étude comparée de droit civil français et de droit civil de la République arabe unie*, préf. A. TUNC, LGDJ, 1967.

ENCINAS de MUNAGORRI (R.), *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 1996.

ETIENNEY (A.), *La durée de la prestation, essai sur le temps de l'obligation*, préf. Th. REVET, LGDJ, 2008.

FABRE (R.), « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ.* 1983, p. 1.

FABRE-MAGNAN (M.) :

« Le forçage du consentement du salarié », *Droit ouvrier* juill. 2012, n° 768.

Les obligations, PUF, 2004.

« Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations », *SSL* 2002, n° 1095, p. 35.

« L'obligation de motivation en droit des contrats », *Mélanges J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 301.

De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, préf. J. GHESTIN, LGDJ 1992.

FAGES (B.), « Autour de l'objet et de la cause », *RDC* 2006, p. 37.

FAUVARQUE-COSSON (B.) :

« Changement de circonstances », *RDC* 2004, p. 67.

« L'estoppel du droit anglais », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, (dir.) M. BEHAR-TOUCHAIS, *Economica*, 2001, p. 3.

FENOUILLET (D.) :

« La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *RDC* 2011, p. 650.

« Les effets du contrat entre les parties », in *Pour une réforme du droit des contrats*, (dir.) Fr. TERRÉ, Dalloz, 2009, p. 243.

FERRAND (F.), *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997.

FERRIER (D.), « Les apports des arrêts du 1^{er} décembre 1995 au droit commun des obligations », *RTD com.* 1997, p. 55.

FIN-LANGER (L.), *L'équilibre contractuel*, préf. C. THIBIERGE, LGDJ, 2002.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Droit civil. Les obligations. I. L'acte juridique*, Sirey, 14^e éd., 2010.

FONTAINE (M.), « Fertilisation croisée du droit des contrats », in *Mélanges J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 319.

FRANÇOIS (G.), *Consentement et objectivation. L'apport des principes de droit européen du contrat à l'étude du consentement contractuel*, préf. P. CHAUVEL, PUAM, 2007.

FRISON-ROCHE (M.-A.) :

« Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004.

« Volonté et consentement », *Arch. phil. dr.*, 2000, p. 140.

« Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et responsabilité et régulation économique », *RTD civ.* 1998, p. 43.

« Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des obligations », *RTD civ.* 1995, p. 573.

FRISON-ROCHE (M.-A.) et BARANES (W.), « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, p. 361.

FORRAY (V.), *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, préf. G. PIGNARRE, LGDJ, 2007.

GAILLARD-SEBILEAU (E.), « La force normative du paradigme juridique », in *La force normative, naissance d'un concept*, (dir.) C. THIBIERGE, LGDJ/ Bruylant, 2009, p. 178.

GATSI (J.), *Le contrat-cadre*, préf. M. BÉHAR-TOUCHAIS, LGDJ, 1996.

GARELLO (P.), « Le contrat et les économistes », *Mélanges Ch. MOULY*, Litec, 1998, t. 1, p. 363.

GAZZANIGA (J.-L.), *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, Paris, 1992.

GENICON (Th.), « Théorie de la cause, les vraies raisons pour lesquelles on y revient sans cesse », *RDC* 2013.

GÉNY (Fr.) :

Méthode d'interprétation et source en droit privé positif, LGDJ, 1954.

Science et technique en droit privé positif, Sirey, 1914.

GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, les effets*, LGDJ, 3^e éd, 2001.

GHESTIN (J.) :

Traité de droit civil, la formation du contrat, éd. LGDJ /DELTA, 1996.

Traité de droit civil, la formation du contrat, 3^e éd., LGDJ, 1993.

« La notion de contrat », *D.* 1990, chron. p. 27.

GHOZI (A.), *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, préf. D. TALLON, LGDJ, 1980.

GOMAA (N.M.K.), *Théorie des sources de l'obligation*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, 1968.

GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse Paris, 1912.

GRYNBAUM (L.) :

L. GRYNBAUM, « La mutation du droit des contrats sous l'effet du traitement du surendettement », *Contrats, conc. consom.*, chron. n° 16.

« Création d'un trou noir (la disparition du consensualisme) et découverte d'une étoile (la durée) au firmament du contrat », *RDC* 2007, p. 57.

Le contrat contingent : l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur, préf. M. GOBERT, LGDJ, 2004.

« De la règle morale à une morale sociale : vers un nouvel ordre moral ? », *RDC* 2004, p. 853.

GUEGUEN (J.-M.), « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *D.* 1999, chron. p. 356.

GUELFUCCI-THIBIERGE (V.C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357.

GUINCHARD (S.), *Droits fondamentaux du procès*, 6^e éd., Dalloz.

GUYON (Y.), *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, 11^e éd, Economica, 2001.

HALLOUIN (J.-C.), *L'anticipation. Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, thèse, Poitiers, 1979.

AUBRY (H.), *L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats*, préf. A. GOZHI, PUAM, 2002.

HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, préf. P. RAYNAUD, LGDJ, 1971.

HAURIOU (M.), « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1925, n^o 23, p. 1.

HEBRAUD (P.), « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », *Mélanges P. KAYSER*, PUAM, 1979, t. 2, p. 3.

HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001.

IDOT (L.), « La liberté de concurrence en France », *LPA* 23 mars 2000, p. 4.

IVAINIER (T.), « La lettre et l'esprit de la loi des parties », *JCP* 1981, I, 3023.

JACQUES (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, préf. Fr. CHABAS, Dalloz, 2005

JAMIN (Ch.) :

« Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, (dir.) M.-A. FRISON-ROCHE, Dalloz, 2006, p. 183.

« Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in *Le solidarisme contractuel*, (dir.) L. GRYNBAUM et M. NICOD, Economica, 2004.

« Une brève histoire politique de l'interprétation de l'article 1134 du Code civil », *D.* 2002, chron. p. 901.

« Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 », *Dr. & patrimoine* mars 1998, p. 46.

« Pour en finir avec la formation du contrat ! », *LPA* 6 mai 1998, p. 25.

« Les apports des arrêts du 1^{er} décembre 1995 au droit des contrats cadre », *RTD com.* 1997, p. 21.

« La force obligatoire du contrat », in *Le contrat aujourd'hui. Comparaison franco-anglaise*, (dir.) D. TALLON et D. HARRIS, LGDJ, 1987, p. 57.

JAUFFRET-SPINOSI (C.), « Le Code civil à l'épreuve des directives communautaires et des principes relatifs au contrat (Principes européens du contrat et Principes unidroit) », *Mélanges X. BLANC- JOUVAN*, éd. Société de législation comparée, 2005, p. 297.

JAVILLIER (J.-Cl.), *Manuel de droit du travail*, 7^e éd., LGDJ, 1999.

JESTAZ (Ph.), « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986, p. 135.

JOSSERAND (L.) :

« Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.* 1937, p. 1.

« L'essor moderne du concept contractuel », *Mélanges Fr. GÉNY*, 1935, t. 2, p. 336.

KHAN (R.), *La notion d'aléa dans les contrats*, thèse Paris, 1924.

KIRAT (Th.), « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats incomplets à la pratique des contrats administratifs », *RIDE*, 2003, p. 11.

KIRILLOV (A.), « Les clauses de *hardship* en droit prospectif à l'épreuve de l'article L. 442-6-I-2° du Code de commerce », *LPA* 23 sept. 2011.

KUHN (Th.), *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1983, p. 238.

LABROT (E.), *Étude comparée droit public-droit privé des contrats*, préf. Fr. FRAYSSE, éd. L'Harmattan, 2016.

LAFARGE (Ph.), « La renégociation en droit social », *RJC* 1999, p. 23.

LAGARDE (G.), « Le droit des affaires, un droit sentimental », *Mélanges R. SAVATIER*, Dalloz, 1965, p. 491.

LAMBERTERIE (I. de), ROUHETTE (G.) et TALLON (D.), *Les principes du droit européen du contrat*, La Documentation française, 1997.

LARROUMET (C.), *Droit civil, Les obligations ; le contrat.*, t. 3, Economica, 6^e éd, 2007.

LARTIGOLLE (J.), *Justice commutative et droit positif*, éd. J. BÉCHADE, 1957, p. 109.

LE GAC-PECH (S.), *La proportionnalité en droit des contrats*, préf. H. MUIR WATT, LGDJ, 2000.

Le TOURNEAU (Ph.) et CADIET (L.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 2000/2001, p. 255.

Le TOURNEAU (Ph.), « Quelques aspects de l'évolution des contrats », *Mélanges P. RAYNAUD*, Dalloz/Sirey, 1985, p. 349.

LEBRETON (S.), *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes : étude particulière aux contrats de distribution*, préf. M. PEDAMON et J. MONÉGER, Litec, 2002.

LECUYER (H.),

« La modification unilatérale du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, (dir.) Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, 1999.

« Le contrat, acte de prévision », *Mélanges Fr. TERRÉ*, Dalloz, 1999.

« Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », *LPA* 6 mai 1998, p. 44.

LEMAIRE (H.), « La révision pour imprévision : un rejet prévisible ? », *JCP N* 2007, 1457.

LEMAY (P.), *Le principe de la force obligatoire à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, préf. S. CHASSAGNARD-PINET, éd. Mare & Martin, 2014.

LEQUETTE (S.) :

« Réforme du droit commun et contrats d'intérêt commun », *D.* 2016, p. 1148.

Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, préf de Cl. BRENNER, 2012.

LEVENEUR (L.), « Un nouveau droit de rétractation : la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000, relative à la solidarité et au renouvellement urbains », *Contrats, conc. consom.*, févr. 2001, comm. n° 12.

LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les effets du contrat », *Mélanges J.-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 210.

LITTY (O.), *Inégalité des parties et durée du contrat*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1999, p. 347.

LOKIEK (P.), *Contrat et Pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 2004.

LUCAS (P.), *Volonté et cause, étude sur les rôles respectifs des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, éd. TENIN, 1918 .

LUCAS-PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. FABRE-MAGNAN, LGDJ, 2005.

LYON-CAEN (G.), « Rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTD civ.* 1974, p. 229.

MACKAY (E.), « L'économie de la bonne foi contractuelle », *Mélanges J. PINEAUX*, éd. Yvon Blais, 2003, p. 421.

MACNEIL (I.R.):

The new social contract. An inquiry into Modern Contractual Relations, éd. Yale University Press, 1980.

« *Contracts : adjustments of long-term economic relations under classical, neoclassical and relationnal contract law* », *Northwestern University Law Review*, 1978, vol. 72, p. 854.

« *The many futures of contract* », *Southern California Law review*, 1974, vol. 47, p. 691.

MAINGUY (D.), « Le Conseil constitutionnel et l'article 442-6 du Code de commerce », *JCP E* 2011, 1036.

MALAURIE (Ph.) et AYNÈS (L.), *Obligations, contrats et quasi-contrats*, 11^e éd., Cujas, 2001.

MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Les obligations*, 5^e éd. Défrenois, 2011.

MALINVAUD (Ph.) :

Droit des obligations, 9^e éd., Litec/Lexis Nexis, 2005.

Droit des obligations. Les mécanismes des relations économiques, 7^e éd., Litec, 2001.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.),

Droit Civil, Les obligations, 2^e éd., Sirey, 1988.

Droit civil, 2^e éd., Paris, 1972.

MAUREIRA (N.-U.), « Introduction du concept américain des contrats incomplets en droit civil français », *Global jurist topics*, 2004, vol. 4, n^o 3, art. 3.

MAURY (J.), *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, éd. Jouve, 1920.

MAZEAUD (D.) :

« Réforme du droit des contrats : débat. Pour que survive la cause, en dépit de la réforme », *Dr. & Patrimoine*, oct. 2014, p. 38.

« La confiance légitime et l'estoppel », *RIDC* 2006, p. 389.

« Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », *D.* 2007, p. 2959.

« Le juge et le contrat, variations optimistes sur un couple illégitime », *Mélanges J.-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 235.

Droit du travail, 4^e éd., Montchestien, 2004.

« La cause », in *Le Code civil : 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*, (dir.) Y. LEQUETTE et L. LEVENEUR, Dalloz, 2004, p. 451.

« Regards positifs et prospectifs sur "Le nouveau monde contractuel" », *LPA* 7 mai 2004, p. 47.

« Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel », in *La nouvelle crise du contrat*, (dir.) C. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, 2003, p. 136.

Droit du travail, Montchestien, 2000.

« Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », *Mélanges Fr. TERRÉ*, Dalloz, 1999, p. 604.

« Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique », *Defrénois* 1998, p. 1137.

« L'attraction du droit de la consommation », *RTD com.* 1998, p. 95.

« Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *LPA* 30 sept. 1998, p. 12.

« Contrat et conventions. Cass. com., 22 oct. 1996 », *Defrénois* 1997, p. 333. « La réforme du droit français : trois projets en concurrence » in Mélanges dédiés à Christian Larroumet, *Economica* 2009 p.329-360

Avant propos de D. MAZEAUD in H.CAPITANT, *De la cause des obligations*, réimpression de la 3^e édition de 1927, collection de la faculté Jean MONNET, Ed. La Mémoire du Droit 2012.

« Durées et ruptures », *RDC* 2004, p. 132 et s.

MAZEAUD (H. L.) et (J.), CHABAS (Fr.), *Leçons de droit civil. Obligations, théorie générale*, 8^e éd., Montchrestien, 1991.

MEKKI (M.) :

« La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe *comply or explain* ! », *Gaz.Pal* 5 janv. 2016.

« L'inexécution dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *Journal des sociétés*, avr. 2014.

« Le nouvel essor du concept de la clause contractuelle (1, 2) », 1^{re} partie, *RDC* 2006, p. 1051. ; 2^e partie, *RDC* 2007, p. 239 et s.

L'intérêt général et le contrat, LGDJ, 2004.

MÉNARD (C.), « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste », *Mélanges J. GHESTIN*, LGDJ, 2001.

MERVILLE (A.-D.), *La spéculation en droit privé*, (dir.) Y. GUYON, thèse, Paris I, 2001.

MESTRE (J.),

« Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », *RLDC* 2009, n° 58.

« Du souci de pérennité contractuelle », *RTD civ.* 1990, p. 653.

« L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986, p. 51.

MODERNE (F.), « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA* 1999, p. 729.

MOLFESSIS (N.) :

« La notion de principe dans la jurisprudence de la cour de cassation », *RTD civ.* 2001.

« Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *LPA* 5 mai 2000, p. 41.

« Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *LPA* 30 sept. 1998, p. 21.

MORETEAU (O.), *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, thèse Lyon, 1990.

MORIN (G.), « La désagrégation de la théorie contractuelle du Code », *Arch. phil. dr.* 1940, p. 7.

MOUSSERON (J.-M.) :

« Rapport de synthèse », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, (dir.) J. MESTRE, PUAM, 1990.

« La gestion du risque par le contrat », *RTD civ.* 1988, p. 481.

« La durée dans la formation des contrats », *Mélanges A. JAUFFRET*, LGDJ, 1974, p. 509.

MOUSSERON (P.), RAYNARD (J.) et SEUBE (J.-B.), *Technique contractuelle*, 4^e éd., Francis Lefebvre, 2010.

MUIR WATT (H.) :

« Reliance et définition du contrat », in *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999.

« Pour l'accueil de l'estoppel en droit français », *Mélanges Y. LOSSOUARN*, Dalloz, 1994, p. 303.

NIBOYET (J.-P.), « Rapport général », in *La révision des contrats par le juge*, éd. Société de législation comparée, 1937, p. 1.

OPPETIT (B.) :

« L'endettement et le droit », *Mélanges A. BRETON et F. DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 295.

« L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », *Clunet*, 1974.

OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria*, LGDJ, 1992.

PATARIN (J.), *Le problème de l'équivalence des résultats*, Dalloz, 1954.

PEDAMON (M.), *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 1993.

PÉLISSIER (J.), SUPIOT (A.) et JEAMMAUD (A.), *Droit du travail*, 23^e éd., Dalloz, 2006.

PENIN (O.), *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2012.

PERELMAN (Ch.) (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968.

PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. COUTURIER, LGDJ, 1998.

PIMONT (S.), *L'économie du contrat*, préf. J. BEAUCHARD, PUAM, 2004.

PLANTAMP (D.), « Le particularisme du remplacement dans la vente commerciale », *D.* 2000, p. 244.

PLESSIX (B.), *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, thèse Paris 2, préf. J.-J. BIENVENU, 2003.

POMART (C.), « Les dispositions légales non normatives : une invitation à penser la normativité en termes de *continuum* », *RRJ* 2004, p. 1679.

PONS (S.), « Réflexions sur la modification d'un élément essentiel du contrat par les parties », *LPA* 8 avr. 2008, p. 4.

POPESCU (C. M.), *Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et droit comparé*, thèse Paris, 1937.

POPINEAU-DEHAULLON (C.), *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat, étude comparative*, préf. M. GORÉ, LGDJ, 2008.

POUILLOT-PERUZZETTO (S.), « Trajectoire du droit et construction européenne », *RJC* 2006, p. 203.

RANIERI (F.), « Le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ou du *venire contra factum proprium* dans les droits allemands et suisse et sa diffusion en Europe », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, (dir.) M. BEHAR-TOUCHAIS, Economica, 2001.

RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980.

REIFEGESTE (S.) et WEISBERG (G.), « Obligation de minimiser le dommage et le raisonnable en droit du commerce international », *RDAI* 2004, p. 18.

REIGNE (P.), *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, B. AUDIT (dir.), thèse Paris II, 1993.

REVET (Th.) :

« La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999.

« L'éthique des contrats en droit interne », in *Ethique des affaires : de l'éthique de l'entrepreneur au droit des entrepreneurs*, éd. Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1997, p. 207.

« L'apport au droit des relations de dépendance », in *La détermination du prix : nouveaux enjeux*, Dalloz, 1997, p. 37.

RIEG (A.), « La punctuation. Contribution à l'étude de la formation successive », *Mélanges A. JAUFFRET*, LGDJ, 1974, p. 593.

RIGAUX (Fr.), *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, 1974.

RIPERT (G.) :

Les forces créatrices du droit, LGDJ, 1955.

La règle morale dans les obligations civile, LGDJ, 1949.

« Le droit de ne pas payer ses dettes », *D. H.* 1936, chron., p. 57.

ROCHFELD (J.) :

« Cause », *Rép. civ.* 2012.

« La cause dans le droit des obligations - droit public, droit privé : à propos de la réimpression de l'ouvrage d'Henri Capitant », *RDP* 2012, p. 827.

Les grandes notions du droit privé, éd. Thémis, 2011.

« Au croisement du droit de la concurrence et du droit civil : l'avènement de la relation contractuelle ? », *RDC* 2006, p. 1033.

« Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47.

« Du contrôle de la motivation de la rupture des contrats à durée indéterminée », *JCP G.* 2001, I, 354.

Cause et type de contrat, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1999.

RODIÈRE (R.), *Traité général du droit maritime*, Dalloz.

RODIÈRE (R.) et TALLON (D.), *Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison des circonstances nouvelles*, éd. A. Pedone, 1986.

RODYS (W.), *Traité de droit civil du Québec*, éd. Wilson et Lafleur, t. 15, 1958.

ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec 1999.

RONCHEWSKI (N.), *L'effet de l'obligation*, (dir.) A. GHOZI, thèse Université Paris-Dauphine, 1994.

SAVAUX (É.) :

« La notion de théorie générale, son application en droit des contrats. Théorie Générale du contrat et Théorie Générale des contrats spéciaux », *LPA* 28 nov. 2012, p. 4.

« La dilution des catégories », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations. Rétrospectives et perspectives à l'heure du bicentenaire du code civil*, (dir.) G. PIGNARRE, Dalloz, 2005, p. 33.

La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?, préf. J.-L. AUBERT, LGDJ, 1997.

SÉGUR (Ph.), *Le contrat, le temps et l'institution. Essai sur la mutabilité des contrats de concession de service public*, Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1994.

SEUBE (J.-B.) :

« La réforme du droit des contrats vaut bien une ordonnance », *Journal des Sociétés* avr. 2014, p. 8.

« Contrats de droit privé – contrats administratifs : points de convergence ? », *RJOI* 2005/2006, p. 39.

SÉRIAUX (A.), « Le futur contractuel », in *le Droit et le futur*, Travaux et recherches de l'Université de Droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, PUF, 1985, p. 85.

STARCK (B.), ROLAND (H.), et BOYER (R.), *Obligations, Contrat*, 6^e éd., Litec.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Regards sur la théorie de l'imprévision, vers une souplesse contractuelle de droit privé français contemporain*, préf. R. BOUT, PUAM, 1994.

TALLON (D.) :

« L'article 1184 du Code civil, un texte à rénover », in *Clés pour le siècle*, 2000.

« La révision pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », *Mélanges A. SAYAG*, 1998, p. 403

TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil. Les obligations*, 9^e éd., Dalloz, 2005.

TEYSSIÉ (B.), « La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l'entreprise », *Dr. soc.* 1988, p. 853.

THIBIERGE (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. AYNÈS, Economica, 2011.

TISSEYRE (S.), *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, thèse Paris I, (dir.) M. FABRE MAGNAN, 2010.

TREITEL (G. H.), *An outline of the law of contract*, 5^e éd., Butterworths.

VAN HAECKE (S.), *Travaux et Entretiens sur la philosophie du droit de Paul Ricoeur*, Mémoire de DEA Paris II, 1996.

VEDEL (G.) et DELVOLVE (P.), *Droit administratif*, 12^e éd., PUF.

VENTURI (F.), *La protection des investissements du distributeur intégré en droit interne et communautaire*, (dir.) L. BOY, thèse Nice, 2005.

VILLEY (M.) :

Contre l'humanisme juridique, Sirey, 1968.

« Essor et décadence du volontarisme juridique », *Arch. phil. dr.*, 1957, p. 87.

VIPREY (R.), « Vers une généralisation du principe de l'imprévision en droit privé ? », *D. Affaire* 1997, p. 918.

VOIRIN (P.), *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, thèse Nancy, 1922.

VOUIN (R.), *La bonne foi, notion et rôle actuel en droit privé français*, thèse Paris, 1939.

WAQUET (Ph.), « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 1999, p. 383.

WEILLER (L.), *La liberté procédurale du contractant*, PUAM, 2004.

WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels à l'heure des Principes de droit européen des contrats*, (dir.) P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Dalloz, 2003, p. 81.

II. DÉCISIONS DE JUSTICE

Cons. Constit., 13 janvier 2011, QCP n° 2010-85 QPC.

Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, *GAJC*, 11^{ème} éd., n° 151-154, *LPA*, 27 déc. 1995, p. 17, note Bureau et N. Molfessis ; *D.* 1996, p. 10, note L. Aynès ; compl. N. MOLFESSIS, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *LPA*, 5 mai 2000, p. 46 ; D. FERRIER, « Les apports au droit commun des obligations », *in La détermination du prix nouveaux enjeux*, Dalloz, 1997, p.55.

Ass. Plén., 3 mai 1956, *JCP* 1956, II, 9345, obs. J.G.L.

Cass 3^e civ., 25 juin 2013, n° 11-27.904.

Cass. 3^e civ., 26 mars 2013, n° 12-14.870.

Cass. 3^e civ., 18 mars 2009, *RTD civ.* 2009, p. 528, obs B. Fages.

Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2007, *RDC* 2007, p. 259, obs. Y.-M. Laithier.

Cass 1^{re} civ., 13 mars 2007, *JCP G.* 2007, I, 161, obs. P. Grosser ; Cass. com., 11 sept. 2012, n°11- 23067 ; *CCC* 2012, n° 256 , note N. Mathey.

Cass. civ. 20 févr. 2001, *Bull. civ.* I, n° 40 ; *D.* 2001, p. 1568, note Ch. Jamin, somm. p. 3239, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2001 p. 363, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Defrénois* 2001, p. 705, obs. É. Savaux ; Cass 1^{re} civ., 14 janv. 2003, *CCC* 2003, comm., n° 87 ; *RJDA* 2003, n° 1, p. 149, note Y. Lequette ; Cass 1^{re} civ., 28 oct. 2003, *Bull civ.* I, n° 211 ; *RTD civ.* 2004, p. 89, obs. J. Mestre et B. Fages ; *CCC* 2004, n° 4, obs. L. Leveneur ; *Defrenois* 2004, p. 373, obs B. Libchaber ; *JCP G.* 2004, II, 10108, note C. Lazière ; *RDC* 2004 note L. Aynès, p. 279, obs. D. Mazeaud

Cass. 1^{re} civ., 16 févr. 1999, *Bull. civ. I*, n° 52 ; *D.* 2000, p. 360, obs. D. Mazeaud.

Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1998, *Bull. civ. I*, n° 300 ; *D.* 1999, p. 198, note Ch. Jamin, somm. p. 115, obs. Ph. Delebecque ; *JCP G.* 1999, II, 10133, note N. Rzepecki ; *Defrénois* 1999, p. 374 obs. D. Mazeaud ; Cass 1^{re} civ., 2 févr. 1999, *JCP G.* 1999, IV, 1579.

Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1998 ; *RTD com.* 1998, p. 693, obs G. Paisant.

Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1996 ; *D.* 1997, p. 500, note Reigne ; *JCP* 1997, I, 4015, obs. Labathe ; *Defrénois* 1996, p. 1015, obs. Delebecque ; *RTD civ.* 1996, p. 903, obs J. Mestre.

Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1994 ; *RTD com.* 1995, p. 188 obs. G. Paisant.

Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 1989, *JCP* 1990, II, 21456, note Y. Dagorne-Labbe.

Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1989, *Bull. civ. I*, n° 148.

Cass. 1^{re} civ., 29 janv. 1980, *Bull. civ. I*, n° 37.

Civ., 6 mars 1876, *De Gallifet c/Commune de Pelissanne*, *D.* 1876.1.193, note Giboulot ; *S.* 1876.1.161.

Cass. soc., 4 nov. 1993, *CSB* 1994, p. 16.

Cass. soc., 25 févr. 1992, *Bull civ. V*, n° 121, p. 74 ; *D.* 1992, p. 390.

Cass. soc., 25 févr. 1992, *D.* 1992, p. 294, obs. Lyon-Caen et p. 390, note M. Defossez.

Cass. soc., 8 oct. 1987, *D.* 1988, jurispr. p. 58, note Y. Saint-Jours ; *Dr. soc.* 1988, p. 140, note J. Savatier.

Cass. soc., 30 avr. 1987, *Bull. civ.* 1987, V, n° 241.

Cass. soc., 26 févr. 1986, *Bull. civ.* 1986, V, n° 39.

Cass. soc., 22 mai 1979, *D.* 1979, p. 469 ; Cass. soc., 14 mai 1981, *Cah. prud'h.* 1982, p. 76.

Cass. soc., 26 janv. 1978, *Bull. civ.* 1978, V, n° 69

Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-22.888, *D.* 2011, p. 2345, obs. X. Delpech ; *JCP G* 2011, p. 1250, note D. Houtcieff ; *RTD civ.* 2011, p. 760, obs. B. Fages.

Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, *D.* 2010, p. 1832, note D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2010, p. 555, obs. B. Fages ; *JCP E* 2010, 1790, obs. P. Stoffel-Munck ; *LEDC* sept. 2010, p. 1, obs. O. Deshayes ; *LPA*, 8 sept. 2010, note C. Grimaldi ; *RDC* 2010, p. 1220, obs. Y.-M. Laithier, et p. 1253, obs. O. Deshayes.

Cass. com., 23 sept. 2008, inédit, n° 07-10.025 ; *RTD. civ.* 2009, p. 320, note J. Mestre et B. Fages.

Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768 ; *RDC* 2007, p. 1110, obs. D. Mazeaud ; *D.* 2007, p. 2839, note Ph. Stoffel-Munck, p. 2844, note P.-Y. Gautier ; *RTD civ.* 2007, p. 773, obs. B. Fages ; *RTD com.* 2007, p. 786, obs. P. Le Cannu et B. Dondero ; *JCP G* 2007, II, 10154, note D. Houtcieff.

Cass. com., 6 juin 2007, *Dr. & patrimoine* sept. 2007, p. 82, comm. L. Aynés et Ph. Stoffel-Munck.

Cass. com., 27 mars 2007, *JCP G*. n° 26, note Y.-M. Serinet ; *D.* 2007, pan. p. 2970, obs. S. Amrani-Mekki ; *RDC* 2008, p. 231, note D. Mazeaud .

Cass. com., 13 févr. 2007, n° 05-17.407.

Cass. com., 24 nov. 1998, *JCP E* 1999, 1242, note Ch. Jamin ; *JCP G* 1999, 2151, note Y. Picod.

Cass. com., 17 juin 1997, *JCP E.* 1997, II, 1007, note D. Legeais.

Cass. com., 22 oct. 1996, *Contrat Conc. Consom.* 1997, comm. n° 24, obs. L. Leveneur ; *D.* 1997, p. 121, note A. Sériaux et somm comm., p. 175 obs. Ph. Delebecque ;

Defrenois 1997, p. 333, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 1997, I, 4002, obs. M. Fabre-Magnan et 4025, obs. G. Viney et II, 22881, obs. D. Cohen, *RTD civ.* 1997, p. 418, obs. J. Mestre.

Cass. com., 5 avr. 1994, *Contrats conc. consom.* 1994, n° 159, obs. L. Leveneur ; *D.* 1995, p. 355, note G. Virassamy ; *D.* 1995., somm. comm. p. 69, obs. Ferrier ; *RTD civ.* 1994, p. 604, obs. J. Mestre.

Cass. com., 3 nov. 1992, Bull. civ. 1992, IV, n°338 ; *Defrenois* 1993, art. 35663, obs. J.-L. AUBERT ; *JCP G* 1993, II, 22164, obs. G. Virassamy ; *RTD civ.* 1993, p. 124, obs. J. Mestre ; Cass. com., 24 nov. 1998, Bull. civ. 1998, IV, n° 277 ; *Defrenois* 1999, art. 36953, n° 16, obs. D. Mazeaud ; *JCP G* 1999, I, 143, obs. Ch. Jamin et II, 10210, note Y. Picod ; *RTD civ.* 1999, p. 98, obs. J. Mestre et p. 646, obs. P.-Y. Gautier.

Cass. com., 31 mai 1988, Bull. civ. IV, n° 189.

Cass. com., 8 oct. 1987, *Dr. soc.* 1988, p. 136, note J. Savatier.

Cass. com., 18 déc. 1979, *Gaz. Pal.* 1980, 1 p. 232.

CE, 2 févr. 1983, aff. Union des transports publics, *RDP* 1984, p. 212, note J.-M. Auby.

C.E. 30 mars 1916, *DP* 1916.3.25 ; *S.* 1919.3.17, note M. Hauriou.

CA Paris, 22° ch., 26 sept. 1991, *Juris Data* n° 1991-023900.

CA Caen, 21 mai 1990, *Juris Data* n° 1997-046771.

CA de Lyon, 8 mai 1950, *Gaz. Pal.* 1950, 2, p. 314.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	7
INTRODUCTION.....	1
PREMIÈRE PARTIE	15
TITRE I : LA PERSISTANCE DE L'ENFERMEMENT DE L'EXÉCUTION DANS L'INSTANT DE LA FORMATION	17
CHAPITRE I : LES MANIFESTATIONS DE L'ENFERMEMENT DE L'EXÉCUTION DANS LE TEMPS DE LA FORMATION	21
SECTION I : LA MANIFESTATION NÉGATIVE DE L'ENFERMEMENT	22
Paragraphe 1 : Une rigidité de principe en droit privé	23
A) Position du problème	23
B) L'admission de l'imprévision en droit public	33
1) Les conditions d'application de la théorie de l'imprévision dans les contrats de concession en droit public	33
2) L'exigence de continuité du service public : une réponse à la problématique de la durée.....	36
Paragraphe 2 : Une flexibilité de principe en droit comparé.....	39
A) L'imprévision dans le droit des États européens	39
B) Les principes émergents dans le droit des États européens.....	41
CONCLUSION DE SECTION 1	46
SECTION II : LES MANIFESTATIONS POSITIVES DE L'ENFERMEMENT	47
Paragraphe 1 : les clauses contractuelles, mécanisme conforme à la prévision et stérile quant à la révision.....	50
A) Un mécanisme de prévision conforme à la volonté des parties	51
1) La notion de « hardship »	52
a) La distinction entre la force majeure et le hardship.....	52
b) Le contrôle de la clause de hardship abusive	55
2) La clause de hardship : clause de prévision	56
B) Un mécanisme stérile quant à la révision du contrat maintenu après la réforme.....	57
1) La clause de hardship généralisée un cas d'ouverture à une imprévision conventionnelle, transformation d'un contrat échange en un contrat de durée.....	57
a) La clause de hardship implicite	58
b) Un hardship légal dans le code de commerce	59
2) Une impasse en l'absence de volonté de renégociation : la remise en cause progressive de l'intangibilité par le juge judiciaire.....	61
a) Le fondement du devoir de renégocier	64
b) Un succès mitigé du devoir de renégociation : un mode incitatif insuffisant	65
Paragraphe 2 : Les assouplissements jurisprudentiels : la remise en cause progressive de l'intangibilité par le juge judiciaire	68
A) L'intégration du modèle du contrat-cadre : une fonction normative au détriment de la notion d'échange économique	75

1) Le contrat de distribution à l'origine d'un bouleversement des frontières entre la formation et l'exécution du contrat	77
2) Les conditions d'admission de la fixation unilatérale du prix pendant l'exécution du contrat	79
B) Les nouveaux modèles d'intégration du temps : la finalité du contrat et la gestion de l'incertitude, les prémisses d'une reconnaissance d'un contrat dans le temps, la contamination des modèles sans cohérence	83
1) Dans les contrats d'entreprise	84
2) Dans les contrats de réseaux : l'identification d'un lien au-delà du contrat de l'instant	85
CONCLUSION DE SECTION 2	88
CONCLUSION DE CHAPITRE I	89
CHAPITRE II : LES MOTIFS DE L'ENFERMEMENT DE L'EXÉCUTION DANS L'INSTANT DE LA FORMATION	91
SECTION I : LA PRÉÉMINENCE DE LA FORMATION SUR L'EXÉCUTION	94
Paragraphe 1 : La croyance discutable en un contrat hors du temps.....	96
A) La fiction de l'instantanéité.....	96
B) La réalité de la durée	98
1) La logique de la prévision.....	99
2) La nouvelle logique d'adaptation, les fondements textuels avant l'ordonnance du 10 février 2016 : la réalité de l'enfermement	101
Paragraphe 2 : Le déplacement du contrôle de l'abus au temps de l'exécution.....	107
A) L'identification de l'abus	108
B) Le contrôle du contrat : la motivation de l'exercice du pouvoir contractuel.....	115
1) Les risques du contrat de consommation : un contexte propice aux abus	117
2) Le rétablissement de l'équilibre contractuel de manière objective	119
CONCLUSION DE SECTION 1	121
SECTION II : LA PERSISTANCE DE L'ENFERMEMENT DU CONTRAT DANS LA RÉFORME DE 2016	122
Paragraphe 1 : La notion de volonté contractuelle face à l'impact du changement dans l'exécution	123
A) Les attermoissements sur la réalité du temps du contrat.....	124
1) Vers la réalité d'une conception dualiste du contrat dans un contexte de durée	125
2) L'interprétation de la volonté : les hésitations du juge entre objectivisme et subjectivisme	126
B) De la notion de volontés à la notion de contrat	131
1) La notion de volontés des parties dans le contrat	131
2) Des fondements différents : vers une objectivisation du contrat par l'utile et le juste	133
Paragraphe 2 : Les processus de neutralisation de l'inadaptation du modèle contractuel par la recherche de correctifs à l'exécution : vers une objectivisation de la volonté des parties.....	140
A) L'émergence de phénomènes contractuels pour neutraliser les changements éventuels	141
1) La neutralisation par la reconnaissance de l'inexécution licite dans la durée	141
2) La neutralisation par la reconnaissance du statut de contrat du contrat d'adhésion	143
B) L'extension des correctifs à travers les notions de clause abusive et de déséquilibre significatif	150
1) La genèse de la clause abusive en droit de la consommation.....	151
2) L'extension de la notion d'abus en matière de relations commerciales	154

CONCLUSION DE SECTION 2	157
CONCLUSION DE CHAPITRE 2	158
CONCLUSION DU TITRE I.....	159
TITRE II : LA PERSISTANCE DE L'ÉCLATEMENT DES CONCEPTS CLASSIQUES A L'ÉPREUVE DU TEMPS DE L'EXECUTION	161
CHAPITRE I : LA RECHERCHE DE L'ADAPTATION DU CONTRAT DANS LE TEMPS PAR LA BONNE FOI.....	165
SECTION 1 : LE DÉVELOPPEMENT D'UNE BONNE FOI PROTÉIFORME / LE DÉTACHEMENT PROGRESSIF DE L'INTENTION DE DÉPART À L'ÉPREUVE DE L'EXÉCUTION AVANT LA REFORME	170
Paragraphe 1 : Les manifestations de la bonne foi : une garantie de l'exécution de l'engagement	171
A) L'ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil : un palliatif du rejet de l'imprévision avant la réforme	174
1) Le dispositif de l'ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil.....	174
2) La bonne foi par le juge judiciaire : un relai légal	176
B) L'élargissement du spectre de la bonne foi, source de dispersion	182
1) Les nouveaux devoirs de loyauté et de coopération	183
2) L'équité de l'article 1135 du Code civil : le complément de la bonne foi.....	185
Paragraphe 2 : Le nouveau sens de la bonne foi : vers le détachement de l'intention.....	186
A) La bonne foi au secours de l'équilibre contractuel	186
1) Le rôle de la clause rebus sic stantibus.....	187
2) De la clause rebus sic stantibus à la reconnaissance d'une imprévision implicite	189
B) La recherche d'un aménagement du refus de la théorie de l'imprévision	192
1) L'axe de la jurisprudence : une tentative de conciliation entre le contrat et son environnement	192
2) Une catégorie contractuelle propice à la révision	193
CONCLUSION DE SECTION 1	194
SECTION II : LA PERSISTANCE DE LA BONNE FOI PROTÉIFORME DANS LA TENTATIVE DE RATTACHEMENT DE LA BONNE FOI A UNE VOLONTÉ OBJECTIVE	195
Paragraphe 1 : La recherche d'un principe de cohérence dérivé non repris dans la réforme	196
A) L'estoppel, l'attente légitime et la bonne foi : des compléments possibles dérivés de la bonne foi	199
1) Origine de la notion d'estoppel : un principe de procédure, une fin de non-recevoir	199
2) L'influence de l'estoppel sur la confiance légitime et obligation essentielle.....	201
B) Vers la consécration du principe de cohérence	203
1) Bonne foi et attente légitime des moyens d'accès à la cohérence	203
a) Présentation générale des différentes réponses possibles.....	203
b) La distinction de l'estoppel avec les autres concepts	206
2) Du respect de la cohérence contractuelle à l'économie du contrat	211
Paragraphe 2 : Les excès du solidarisme, traduction d'une généralisation de la bonne foi	216
A) Le solidarisme, traduction d'un devoir général de bonne foi	216
B) Les excès du solidarisme ou du trop grand pouvoir du juge	223

CONCLUSION DE SECTION 2	226
CONCLUSION DE CHAPITRE 1	227
CHAPITRE II : LA RECHERCHE DE L'ADAPTATION DU CONTRAT PAR LA CAUSE	228
SECTION 1 : LA RECHERCHE D'UN RÉÉQUILIBRAGE DU CONTRAT PAR LA CAUSE	232
Paragraphe 1 : L'émergence de la cause-but, réalité de l'économie du contrat	233
A) Une intuition : l'exploitation insuffisante de la cause.....	234
B) La reprise de la théorie de Capitant : élément permanent du contrat	236
Paragraphe 2 : L'émergence de la cause économie du contrat	241
1) La compréhension du rôle de la cause par l'économie du contrat.....	242
a) L'émergence de la notion d'économie du contrat	242
b) La force obligatoire par l'économie du contrat.....	245
2) Les atteintes à la jurisprudence de Craponne sur le fondement de la cause	248
CONCLUSION DE SECTION 1	251
SECTION 2 : LA CAUSE CONTEMPORAINE : UNE CAUSE À GÉOMÉTRIE VARIABLE	252
Paragraphe 1 : La dilution de la cause.....	252
A) La dénonciation de la dilution par les anti-causalistes	252
B) Les manifestations de la dilution de la cause	256
1) Du flou notionnel à la disparition totale de la cause	256
2) Les enjeux d'une disparition totale de la cause	257
Paragraphe 2 : La prise en compte de l'économie du contrat	259
A) Le concept à géométrie variable d'économie du contrat	260
B) Un outil efficace pour le juge.....	263
1) La définition d'un seuil de déséquilibre	263
2) L'élaboration d'une grille de l'activité contractuelle	268
C) L'existence d'incohérences	272
1) Le concept d'équilibre contractuel	272
2) L'échappatoire conventionnelle.....	274
CONCLUSION DE SECTION 2	277
CONCLUSION DE CHAPITRE 2	278
CONCLUSION DU TITRE II	279
CONCLUSION DE LA PARTIE I	280
SECONDE PARTIE	287
TITRE I : LES APPORTS ÉPARS DE LA RÉFORME	301
CHAPITRE I : DES ATTENTES DE CLARIFICATION DU MODÈLE CONTRACTUEL	302
SECTION I : LA TENTATIVE DE RÉAJUSTEMENT DU MODÈLE CONTRACTUEL	304
Paragraphe 1 : L'approche de l'avant-projet : fidélité à la conception classique du contrat	308
Paragraphe 2 : Le cœur de l'avant-projet : la cause engagement et la tentative de redéfinition de l'objet	314
A) La cause engagement du contrat.....	314

B) L'objet du contrat.....	316
CONCLUSION DE SECTION 1.....	319
SECTION II : LA TENTATIVE DE RENOUVELLEMENT DU MODÈLE CONTRACTUEL.....	320
Paragraphe 1 : Le renouvellement du modèle contractuel : les projets Terré et de la Chancellerie	320
Paragraphe 2 : Le renouvellement du modèle contractuel : les projets Terré et de la Chancellerie	321
CONCLUSION DE SECTION 2.....	324
CONCLUSION DE CHAPITRE 1.....	325
CHAPITRE II : VERS UN DROIT COMMUN EN MUTATION.....	326
SECTION I : L'ORDONNANCE DE 2013 : LES PRÉMISSSES DE L'ORDONNANCE DE 2016, VERS UNE APPARENCE DE RUPTURE MALGRÉ LE MAINTIEN D'UN CONTRAT HORS DU TEMPS.....	327
Paragraphe 1 : La reprise de certaines dispositions de droits spéciaux dans le droit commun, le changement d'outils épars.....	327
A) Le changement d'outils épars et sans cohérence.....	327
B) Le contenu attendu de la réforme.....	332
1)L'admission explicite de la théorie de l'imprévision.....	334
2)La reprise de certaines dispositions de droits spéciaux dans le droit commun : des indices de l'existence d'un modèle alternatif.....	335
a)La consécration des modes de fonctionnement unilatéraux dans les contrats de longue durée.....	335
b)Les instruments juridiques au service de l'unilatéralisme.....	340
i) Les prémisses d'une reconnaissance du contrat incomplet.....	340
ii) L'obligation de renégociation.....	342
Paragraphe 2 : L'enjeu de la présence de la cause.....	346
A) La cause : point sensible du projet de réforme : « la chose sans le mot ».....	348
B) De la nécessité d'une clarification.....	349
1)Une recherche de simplification par la disparition de la cause.....	350
2)La subsistance du fondement implicite de la cause.....	351
CONCLUSION DE SECTION 1.....	352
SECTION II : L'AGGRAVATION DES PROBLÉMATIQUES DU PASSÉ.....	353
Paragraphe 1 : La renonciation à la reconnaissance complète d'un autre modèle, facteur de complication.....	353
A) La réception de la thèse de l'existence de la durée dans le contrat.....	356
B) Les tentatives d'aménagements de la réforme des contrats de longue durée : la consécration des contrats-cadres.....	358
Paragraphe 2 : Les conséquences de l'oubli de la catégorie de contrat de durée : du contrat-cadre au modèle du contrat incomplet.....	360
A) L'émergence de nouvelles figures contractuelles poursuivant un intérêt commun....	361
B) La conséquence de la consécration du contrat-cadre par la réforme.....	363
CONCLUSION DE SECTION II.....	364
CONCLUSION DE CHAPITRE II.....	365

CONCLUSION DE TITRE I	366
TITRE II : POUR LA RÉCEPTION DU MODÈLE DU CONTRAT DE DURÉE.....	367
CHAPITRE I : DU CONTRAT INSTANTANÉ AU CONTRAT DE DURÉE, LES CARACTÈRES RELATIFS À L'OPÉRATION DE DURÉE.....	368
SECTION I : LE CARACTÈRE ALÉATOIRE DE L'OPÉRATION DE DURÉE.....	376
<i>Paragraphe 1 : La distinction entre l'aléa et la spéculation illustration de la problématique du contrat de durée.....</i>	377
A) Les prémisses d'un encadrement juridique de la spéculation.....	378
B) Le rejet de la prise en compte de l'imprévision : le prix du risque en cas de spéculation.....	381
<i>Paragraphe 2 : Le déjouement de la protection du contrat de durée en cas de spéculation.....</i>	383
A) Remise en cause des assouplissements en cas de spéculation.....	384
B) L'impact de la spéculation sur le contrat complet.....	386
CONCLUSION DE SECTION I.....	391
SECTION II : LE CARACTÈRE ÉVOLUTIF ET RELATIONNEL.....	392
<i>Paragraphe 1 : Le caractère évolutif et relationnel du contrat de durée.....</i>	393
A) Du contrat intangible au contrat évolutif.....	393
B) Un contrat relationnel à texture ouverte.....	395
<i>Paragraphe 2 : La diffusion de l'approche relationnelle et son impact.....</i>	398
A) Le contrat relationnel et l'émancipation de l'exécution.....	399
B) L'impact de l'approche relationnel sur le contrat durée.....	405
CONCLUSION DE SECTION 2.....	406
CONCLUSION DE CHAPITRE 1.....	407
CHAPITRE II : LE RÉGIME DU CONTRAT DE DURÉE.....	408
SECTION I : VERS UNE DIMENSION PLUS CAUSALE EN COURS POUR LE CONTRAT DE DURÉE.....	410
<i>Paragraphe 1 : La procéduralisation de l'incomplétude de la formation.....</i>	412
A) L'impact de l'insertion de la durée dans l'exécution du contrat en cours.....	412
1)Le rattrapage dans l'exécution dans un contrôle a posteriori par l'obligation de motivation, avatar de la cause.....	413
a) L'obligation de motivation du respect des intérêts des parties.....	413
b) La substitution du principe de causalité par une règle d'application.....	415
2)La divisibilité du contrat : indice du degré d'attachement au modèle du contrat complet.....	417
B) L'émergence implicite d'un contrat incomplet dans le paysage contractuel.....	419
1)Le détournement de la complétude contractuel par l'imprévision implicite.....	420
2)L'adaptation, le renforcement de la force obligatoire du contrat en cours.....	422
<i>Paragraphe 2 : La proposition du renforcement de la force obligatoire dans la durée du contrat.....</i>	425
A) Le champ d'application de la force obligatoire décuplé dans l'exécution en cours.....	425
B) L'esquisse d'un régime de durée implicite par la pratique.....	427
CONCLUSION DE SECTION 1.....	432
SECTION II : L'ÉMERGENCE DU RÉGIME DE L'INCOMPLÉTUDE POUR LE CONTRAT DE DURÉE.....	433

<i>Paragraphe 1 : Les prémisses d'un nouveau modèle à travers les instruments au service de cette incomplétude</i>	435
A) La consécration du principe du raisonnable, instrument au service de la finalité du contrat	435
B) La cause omniprésente dans la conception de l'abus	440
<i>Paragraphe 2 : Évolution vers une conception objective de l'obligation</i>	446
A) Le détour par l'analyse économique de la distinction entre les contrats complets et incomplets	448
1) Le coût de l'incomplétude	448
2) Le rôle des clauses de défaut en cas d'incomplétude contractuelle	451
B) Vers une conception objective et renouvelée du contrat dans la durée	454
1) Les prémisses d'une conception objective du changement de circonstances dans la réforme : une exécution devenue excessivement onéreuse	454
2) Le déplacement du centre de gravité : du focus de la formation au focus de l'exécution	456
CONCLUSION DE SECTION 2	460
CONCLUSION DE CHAPITRE 2	461
CONCLUSION DE TITRE 2	462
CONCLUSION GÉNÉRALE	463
INDEX ALPHABÉTIQUE	467
BIBLIOGRAPHIE	471
I. OUVRAGES, THÈSES, ARTICLES, CONTRIBUTIONS, COMMUNICATIONS ET RAPPORTS	471
II. DÉCISIONS DE JUSTICE	495
TABLE DES MATIÈRES	499

Résumé

C'est au cours de l'étude de la distinction entre la formation et l'exécution du contrat que s'est imposée une réflexion sur une autre alternative au modèle du contrat à exécution instantanée : le contrat de durée. En consacrant un modèle de contrat hors du temps le droit contractuel s'est construit sur une chimère. En effet, en niant l'infiltration du temps dans le contrat, les frontières entre la formation et l'exécution se sont fissurées. Devant cet état de fait, les attentes de clarification de la réforme furent nombreuses. Cependant, la réforme du droit des contrats bien que codifiant les apports épars de la jurisprudence n'en a pas tiré les conséquences de fond en consacrant une possible incomplétude du contrat à sa formation. En continuant à ignorer l'impact de la durée sur les contrats qui s'exécutent dans le temps, la réforme a aggravé l'éclatement des concepts et a empêché le droit commun d'évoluer.

L'auteur s'est attaché donc à vouloir englober l'ensemble de la réalité contractuelle en faisant émerger à côté du modèle du contrat échange, le modèle du contrat de durée. La proposition d'un contrat de durée serait donc de nature à réconcilier le droit contractuel entre la culture contractuelle de l'échange et la culture contractuelle de la coopération qui prend naissance dans la durée. La durée du contrat transforme le contrat et émancipe son exécution en permettant au moment de la formation une certaine incomplétude.

Mots Clés

Contrat de durée, Distinction formation et exécution du contrat Contrat échange, contrat organisation, durée, prévision, imprévision, force obligatoire, coopération, bonne foi, solidarisme adaptation, contrat complet, contrat incomplet et la cause.

Abstract

While studying the distinction between the preparation and the execution of a contract, a reflection on a new alternative to the contract of instantaneous performance imposed itself: an adjustable circumstance-based contract. Devoted to a timeless model of contract, contract law has built itself on a pipe dream. Indeed, the negation of time's infiltration in a contract led the boundaries between preparation and execution to crack apart. In front of this situation the expectations for clarification with the reform were numerous. However, the 2016 reform of contract law, although systematising the scattered provisions of case law, did not draw the needed conclusions by sanctioning the possible incompleteness of a contract in its preparation. Still ignoring time's impact in time-based contracts, the 2016 reform has worsened the splitting of concepts and prevented the evolution of common right.

Thus the author focused on embracing the whole of contractual reality and developing alongside the swap contract: the adjustable circumstance-based contract. Contract law has indeed been confronted to types of contract that struggled to integrate duration but which, in the need to happen alongside a unique swap model, distorted its concepts. This is why the offer of an adjustable circumstance-based contract would be able to reconcile, in contract law, the contract culture of swap and the contract culture of cooperation which arise in duration.

Keywords

Contract of duration, Distinction between the preparation and the execution of a contract, Contract exchange, contract organization, duration, foresight, lack of foresight, binding force, cooperation, good will, contractual solidarity, adaptation and incompleteness, cause.