

Université de Montréal
Université Lumière Lyon 2
Thèse de doctorat effectuée en cotutelle

Contrat et imprévision : approche comparée

par Viaud Agnès

Faculté de droit

Thèse présentée
en vue de l'obtention du grade de docteur
en droit

Décembre 2016

© Viaud, 2016

Résumé

L'imprévision est un thème à la frontière entre liberté contractuelle et justice contractuelle. Cependant, un nouveau regard peut être porté sur cette institution du droit des contrats grâce à la théorie des contrats relationnels développée par Ian R. Macneil ou encore à travers le contrat-coopération théorisé par Suzanne Lequette. Ces théories invitent à prendre en considération la valeur intrinsèque du lien contractuel et l'incomplétude du contrat. L'imprévision fait donc partie intégrante des contrats relationnels de par leur nature. La vocation première des contrats relationnels est de perdurer, obligeant les contractants à des normes de coopération et de flexibilité. Sous couvert de bonne foi, la relationnalité serait le fondement des changements de circonstances. Une étude comparative du régime des changements de circonstances apporte certaines précisions. Il semble exister deux approches des changements de circonstances, l'une restreinte aux modifications économiques et l'autre étendue, basée sur l'objectif ou le fondement contractuel. Une approche étendue de l'imprévision semble nécessaire dans les contrats relationnels. Enfin, les effets des changements de circonstances devraient donner priorité au maintien de la relation et à la norme de coopération en imposant une renégociation puis en permettant une adaptation judiciaire des termes de l'engagement. La résiliation, contraire à la nature des contrats relationnels, ne devrait intervenir qu'exceptionnellement.

Mots-clés : Imprévision, changement de circonstances, hardship, geschäftsgrundlage, eccessiva onerosità, contrat relationnel, adaptation, renégociation, coopération

Abstract

Hardship is a topic at the border between contractual freedom and contractual justice. However, a new glance can be carried on this institution of contract law through the theory of relational contracts developed by Ian R. Macneil or the contrat-cooperation theorised by Suzanne Lequette. This theory invites to take into account the intrinsic value of the contractual link and the incompleteness of the contract. Imprévision thus forms integral part of the relational contracts from their nature. The primary purpose of the relational contrat is to continue, forcing the contractors to standards of cooperation and flexibility. According to good faith, the relationnality would be the foundation of changed of circumstances. A comparative study of the regime of changed of circumstances makes certain clarifications. There appear two approches of the changed of circumstances, one restricted based on economic modifications, and the second wide one, based on the purpose or foundation of the contract. Finally, the effects of the changed of circumstances should give priority to maintain the relation and the norm of cooperation by imposing renegotiation then by allowing judicial adaptation of the terms of the contract. Termination, contrary to the nature of relational contracts, should intervene only exceptionally.

Keywords : Imprévision, changed of circumstances, hardship, geschäftsgrundlage, eccessiva onerosità, relational contract, adaptation, renegotiation, coopération

Table des matières

Résumé.....	i
Abstract.....	ii
Table des matières.....	iii
Liste des abréviations.....	xii
Remerciements.....	xvi
Introduction.....	1
Partie 1 – La relation contractuelle comme fondement à l'imprévision.....	13
Titre 1 – Les fondements proposés à une règle concernant le changement de circonstances.....	17
<i>Chapitre 1 : Du dogmatisme au pragmatisme, l'évolution du droit des contrats</i>	<i>19</i>
Section 1 – L'évolution théorique du droit des contrats	19
Paragraphe 1 – La sécurité intangibilité ou le rejet de l'imprévision	20
A. Immutabilité et intemporalité : un contrat sans évolution	20
1. Un contenu contractuel figé.....	21
a. Le principe	21
b. La complétude du contrat.....	22
2. Une temporalité figée	24
a. L'atemporalité du contrat.....	24
b. Un modèle limité.....	26
B. Prévision et justice : un contrat sans contractant	26
1. L'abstraction des contractants	27
a. L'égalité contractuelle.....	27
b. La justice contractuelle	29
2. La fonction économique du contrat	30
a. La sécurité par la prévisibilité.....	30
b. Le rejet de la théorie de l'imprévision	32
Paragraphe 2 — La sécurité-flexibilité ou l'admission des changements de circonstances.....	33
A. L'incomplétude du contrat.....	34
1. Les limites externes à la complétude.....	34
a. L'écoulement du temps	34
b. Les limites de la rationalité	36
2. Les limites internes à la complétude	38
a. Les coûts de transaction	38
b. La nécessaire pérennité de l'engagement.....	40
B. Le contrat comme lien entre les contractants	41

1. L'identité des contractants.....	42
a. Les caractéristiques des contractants.....	42
b. Un affaiblissement de la volonté.....	44
2. La collaboration dans le contrat.....	45
a. L'esprit de collaboration.....	45
b. La redécouverte de la bonne foi.....	47
Section 2 – Les fondements doctrinaux proposés au changement de circonstances	50
Paragraphe 1 — La confiance dans l'opération économique	51
A. L'absence de reconnaissance d'un principe d'équilibre contractuel.....	51
1. La notion d'équilibre contractuel.....	52
2. Les limites de la notion d'équilibre contractuel	54
B. La reconnaissance de la notion d'économie du contrat.....	55
1. La notion d'économie du contrat	55
2. Les limites à la reconnaissance de l'économie du contrat.....	57
Paragraphe 2 — La confiance dans le comportement du partenaire	60
A. La bonne foi comme fondement de la coopération	60
1. L'admission d'un devoir de renégociation en droit français.....	61
2. La renégociation en droit québécois.....	63
B. Les limites à l'obligation de renégociation.....	64
1. Critique du devoir de renégociation	64
a. Critiques doctrinales au devoir de renégociation.....	64
b. Limites au devoir de renégociation	67
2. Les limites à l'utilisation de la notion de bonne foi	68
a. La distinction entre la substance des droits et les prérogatives contractuelles.....	68
b. Les conséquences en matière d'imprévision.....	70
Conclusion du chapitre 1.....	73
<i>Chapitre 2 – Les fondements discutés en droit comparé.....</i>	<i>75</i>
Section 1 – Les fondements dans les droits de tradition civiliste.....	75
Paragraphe 1 – En droit allemand.....	76
A. Aux origines du Störung der Geschäftsgrundlage.....	76
1. La pensée juridique allemande du XX ^e siècle.....	77
2. Le contexte historique	78
B. L'admission de la notion de Störung der Geschäftsgrundlage.....	80
1. Les théories doctrinales construisant la Geschäftsgrundlage	80
2. Une admission jurisprudentielle de la Geschäftsgrundlage	83
Paragraphe 2 – En droit italien	88
A. Les fondements proposés pour l'eccessiva onerosità	90
1. L'économie du contrat comme fondement à l'eccessiva onerosità.....	90
2. L'équité comme fondement de l'eccessiva onerosità	92
B. Les fondements proposés pour la presupposizione	93

1. L'évolution historique de la presupposizione	94
2. Les fondements de la presupposizione	95
SECTION 2 – Les fondements en droit de Common Law.....	96
Paragraphe 1 – Aux origines d'une possible admission des changements de circonstances	97
A. L'atténuation de la doctrine d'absolute contract.....	99
1. Définition de la doctrine d'absolute contract.....	99
2. Atténuation de la doctrine absolute contract	101
B. La reconnaissance de la frustration of purpose	102
Paragraphe 2 – Les fondements proposés au changement de circonstances.....	104
1. Les fondements rejetés en Common Law	104
a. Les implied terms	104
b. La disparition du fondement contractuel	108
2. Le fondement admis en jurisprudence : radical change in the obligation	109
Conclusion du chapitre 2.....	112
Conclusion du titre 1	114
TITRE 2 – La relation comme fondement au changement de circonstances	116
<i>Chapitre 1 : Reconnaissance de la relation</i>	<i>117</i>
Section 1 — Reconnaissance judiciaire de la relation.....	118
Paragraphe 1 – Une reconnaissance à travers le contrôle des comportements.....	118
A. Un comportement cohérent.....	118
1. Le respect de la confiance provoquée	119
2. La soumission du comportement au contrôle de l'abus de droit.....	123
B. Un comportement coopératif.....	128
1. Coopération et nature du contrat.....	128
2. Coopération et lien contractuel.....	131
Paragraphe 2 – La nécessité d'une reconnaissance de la globalité de la relation.....	133
A. La reconnaissance des relations d'affaires.....	133
1. Le contrat-cadre, des contrats multiples portant sur une opération économique globale	134
2. Une relation contractuelle unique	135
B. La reconnaissance de l'interdépendance contractuelle.....	136
1. L'indivisibilité contractuelle.....	136
2. Des contrats représentatifs de la relation	139
Section 2 — Reconnaissance légale de la relation	139
Paragraphe 1 — Aux origines de la relation commerciale établie	140
A. Une volonté législative de moralisation du droit commercial.....	140
1. Une lutte contre les pratiques abusives	140
2. L'interaction avec le droit civil.....	142
B. Une relation commerciale élargie	143
1. Champ d'application de la relation commerciale établie.....	143
2. Les exclus de la relation commerciale établie	145

Paragraphe 2 — Le caractère établi de la relation	145
A. La relation commerciale au-delà des cadres contractuels traditionnels	146
1. Une relation commerciale contractuelle.....	147
2. Une relation commerciale extracontractuelle	149
B. Les critères de qualification de la relation commerciale	151
1. La durée de la relation	152
2. La stabilité de la relation.....	153
a. Le critère de la situation de dépendance du partenaire	153
b. La pérennité de la relation commerciale établie.....	154
c. Le critère des attentes légitimes du partenaire	155
d. Le critère de la globalité de la relation.....	156
C. Le régime de la relation contractuelle établie.....	157
1. La sanction de la brutalité de la rupture.....	157
2. La concurrence avec le droit commun.....	161
Conclusion du Chapitre 1	168
<i>Chapitre 2 — Théorisation de la relation.....</i>	<i>169</i>
Section 1 — Les propositions doctrinales fondées sur la relation contractuelle	170
Paragraphe 1 – Le contrat-coopération	170
A. Définition du contrat coopération	171
1. Aux origines du contrat-coopération	171
a. Les deux catégories juridiques de la théorie classique	171
b. Le constat d’un modèle hybride	172
2. Une nouvelle catégorie juridique : le contrat-coopération	174
a. La définition du contrat-coopération.....	174
b. Les caractéristiques du contrat-coopération	177
B. Le régime du contrat-coopération	180
1. Une obligation de bonne foi renforcée.....	180
2. L’adaptation du contrat-coopération	183
Paragraphe 2 – La théorie des contrats relationnels.....	184
A. Aux origines de la théorie des contrats relationnels	185
1. La matérialité de la relation contractuelle	185
a. La nécessité d’un certain réalisme	186
i. Le fondement des contrats relationnels : la pratique contractuelle	186
ii. Les critiques de la théorie classique	189
b. Des définitions propres à la théorie des contrats relationnels.....	192
i. La définition de l’échange	192
ii. La définition du consentement et de la conscience du temps	194
iii. La définition du contrat.....	194
2. Des normes comportementales communes	196
a. Des normes comportementales traditionnelles	197

i. Effectuation of consent	197
ii. Implementation of planning.....	198
iii. Role integrity	199
iv. Creation and restraint of power	200
v. Recirpocity	201
vi. Property of means	201
b. Des normes comportementales additionnelles.....	201
i. Flexibility	202
ii. Contractual solidarity.....	203
iii. The linking norms : restitution, reliance, and expectation interests.....	204
iv. Harmonization with the social matrix	204
B. Les critères de qualification des contrats relationnels.....	206
1. Les critères liés à la détermination de la relation.....	207
a. Des critères explicites	207
i. Measurability and actual measurement of exchange and other factors.....	207
ii. Commencement and termination	208
iii. Planning.....	209
iv. Number of participants	210
v. Overall relation type	211
b. Des critères flous	212
i. Basic sources of socioeconomic support.....	212
ii. Future cooperation required in post-commencement planning and performance.....	214
iii. Obligations undertaken.....	215
iv. Participant views of the transaction or relation.....	216
2. Les critères accessoires à la relation	217
a. Duration	217
b. Transferability	218
c. Incidence of benefits and burdens.....	219
Section 2 — Fonctions de la notion de relation contractuelle.....	222
Paragrahe 1 — Critiques de la notion de relation contractuelle.....	223
A. Inconvénients de la notion de relation	224
1. La complexité de la notion de relation.....	224
2. L'inadaptation d'un critère unique rigide	228
B. Avantages de la notion de relation	231
1. Des devoirs comportementaux sans prestation	231
2. Exigence comportementale et force obligatoire.....	237
Paragrahe 2 – Les fonctions de la relation contractuelle.....	244
A. La fonction régulatrice de la relation.....	244
1. Coopération spontanée et coopération imposée.....	244
2. La valeur de la coopération	254

B. La fonction adaptative de la relation	258
1. L'ajustement relationnel du contrat	258
2. La relation comme fondement à l'ajustement	261
Conclusion du chapitre 2.....	267
Conclusion du Titre 2.....	269
Conclusion de la Première Partie	271
Partie 2 – Le régime des changements de circonstances	272
Titre 1 — Conditions d'application des changements de circonstances.....	274
<i>CHAPITRE 1 – Une vision économique des changements de circonstances.....</i>	<i>275</i>
SECTION 1 – Le défaut d'équivalence des prestations en droits nationaux	275
Paragraphe 1 – L'onérosité excessive.....	276
A. La définition de l'eccessiva onerosità.....	276
1. Les contrats soumis à l'eccessiva onerosità	276
2. La définition de l'onérosité excessive	279
B. Caractéristiques des circonstances	281
1. Imprévisibilité des circonstances	281
2. Non-imputabilité des circonstances	283
C. La presupposizione du droit italien.....	285
1. Définition du fondement contractuel	286
2. Caractéristiques des circonstances.....	287
Paragraphe 2 – L'impracticability du droit américain.....	288
A. Définition de l'impracticability.....	292
1. Les contrats soumis à l'impracticability.....	292
2. Une exécution impraticable.....	295
B. Éléments constitutifs de l'impracticability.....	299
1. Les présupposés des parties	299
2. Risques assumés et faute des parties	301
Paragraphe 3 – Les changements de circonstances dans le nouveau droit français.....	303
A. L'onérosité excessive de l'exécution	303
1. Les contrats soumis au changement de circonstances	304
2. La définition de l'onérosité excessive	305
B. Caractéristiques des circonstances	307
1. Imprévisibilité des circonstances	307
2. Imputabilité des circonstances	310
SECTION 2 – Les changements de circonstances dans les droits supranationaux	312
Paragraphe 1 – Le hardship et le changement de circonstances	313
A. Une règle exceptionnelle.....	313
1. Les Principes d'Unidroit.....	314
2. Les Principes européens du droit du contrat.....	315

3. Le Draft common frame of reference	316
B. Le déséquilibre des prestations	316
1. Les Principes d'Unidroit.....	317
2. Les Principes européens du droit du contrat.....	320
3. Le Draft common frame of reference	322
Paragraphe 2 — Les caractéristiques de l'évènement	324
A. Un évènement raisonnablement imprévisible	324
1. Les Principes d'Unidroit.....	324
2. Les Principes européens du droit du contrat.....	326
3. Le Draft common frame of reference	326
B. L'allocation des risques.	328
1. Les Principes d'Unidroit.....	328
2. Les Principes européens du droit du contrat.....	329
3. Le Draft common frame of reference	329
Conclusion du chapitre 1.....	331
<i>CHAPITRE 2 – Les changements de circonstances à travers le fondement contractuel.....</i>	<i>334</i>
SECTION 1 – La störung der Geschäftsgrundlage.....	334
Paragraphe 1 – La définition du fondement contractuel.....	334
A. Les contrats soumis à la Geschäftsgrundlage.....	335
1. Cas d'application de la Geschäftsgrundlage.....	335
2. Les contrats en cause.....	335
B. La définition de la Geschäftsgrundlage.....	337
1. Représentation des circonstances	337
2. But du contrat et déséquilibre des prestations.....	339
Paragraphe 2 — Imprévisibilité et injustice.....	343
A. Caractéristiques des circonstances	343
1. Allocation des risques et non-imputabilité des circonstances.....	343
2. Imprévisibilité des circonstances	345
B. Une situation contraire à la bonne foi et à la justice	347
1. L'Unzumutbarkeit	347
2. Les critiques de la notion d'Unzumutbarkeit.....	349
SECTION 2 – La frustration of purpose du droit anglais	350
Paragraphe 1 — Définition de la frustration of purpose.....	350
A. Les cas d'application de la frustration of purpose	351
B. Le fondement du contrat.....	352
1. L'objectif du contrat	352
2. Un objectif accepté par les deux partenaires et devenu radicalement différent.....	354
Paragraphe 2 — Imprévisibilité et extériorité.....	355
A. Caractéristiques de l'évènement	356
1. Une inexécution grave.....	356

2. Un évènement imprévisible.....	358
B. La self-induced frustration.....	360
1. Définition de la self-induced frustration.....	360
2. Détermination de la self induces frustration	361
Conclusion du chapitre 2.....	363
Conclusion titre 1	366
TITRE 2 – Une gradation des remèdes en cas de changement de circonstances.....	370
<i>Chapitre 1 – L’absence de modification judiciaire des termes de l’engagement.....</i>	<i>373</i>
Section 1 – La coopération à travers la renégociation des termes de l’accord.....	374
Paragraphe 1 – La renégociation comme préalable à l’intervention judiciaire.....	376
A. La possibilité d’engager des négociations	376
1. Deux approches de la possibilité d’engager des négociations.....	376
2. La renégociation, une obligation de moyens.....	378
B. L’obligation d’entrer en renégociation	382
1. Une approche commune de l’obligation de renégocier.....	382
2. Une approche favorable à la relation contractuelle.....	383
Paragraphe 2 – La procédure de renégociation.....	385
A. Une quasi-absence de règles procédurales.....	385
1. La demande de la renégociation.....	386
2. Le déroulement des négociations	388
B. Les sanctions de l’absence ou de la rupture abusive des négociations.....	390
1. La référence à la bonne foi comme sanction	391
2. Un renvoi implicite aux principes directeurs du droit comme sanction.....	391
Section 2 – Les interventions limitées du juge dans le contrat	395
Paragraphe 1 — Deux approches de l’intervention limitée du juge dans le contrat.....	395
A. Les demandes conjointes.....	395
B. La faculté de résiliation judiciaire.....	397
1. L’anéantissement du contrat, un remède universel.....	397
2. La procédure de résiliation.....	399
Paragraphe 2 — Les limites à l’« inintervention » du juge dans le contrat	400
A. Difficultés liées de la faculté de résiliation.....	400
1. L’anéantissement automatique.....	401
2. L’injustice des solutions	403
B. Le Law reform (Frustrated Contracts) Act comme remède à l’injustice.....	406
1. Le remboursement des sommes déjà versées	406
2. La compensation pour exécution partielle	408
Conclusion du chapitre 1.....	411
<i>Chapitre 2 – La modification du contrat par le juge.....</i>	<i>413</i>
Section 1 — Deux approches de la révision judiciaire.....	415

Paragraphe 1 – La modification ad aequitatem du contrat	415
A. L’absence de pouvoir général de révision	415
1. L’intervention du juge sur demande du créancier.....	415
2. L’absence de pouvoir général de révision.....	416
B. L’étendue de la modification équitable.....	417
1. La procédure de modification équitable	417
2. Vers une adaptation judiciaire du contrat ?.....	419
Paragraphe 2 – La révision judiciaire du contrat.....	421
A. Une reconnaissance de l’adaptation judiciaire.....	421
1. L’adaptation judiciaire étendue	421
2. L’adaptation judiciaire soumise à conditions	424
B. Critique de la reconnaissance de l’adaptation judiciaire	425
1. L’absence textuelle de hiérarchie des interventions judiciaires	426
2. La modification du rôle du juge : entre sanction et conciliation.....	428
Section 2 — Méthode de révision judiciaire.....	433
Paragraphe 1 — Critiques des moyens d’adaptation judiciaire	433
A. Une absence de limitation des pouvoirs d’adaptation	433
1. Des limites floues au pouvoir d’adaptation judiciaire.....	434
2. L’absence de limitation au pouvoir d’adaptation judiciaire	436
B. Des méthodes d’adaptation proposées.....	439
1. Les méthodes proposées dans les contrats relationnels	439
2. Les méthodes issues de la pratique.....	441
Paragraphe 2 — Exemple d’adaptation judiciaire.....	443
A. L’adaptation du contrat en droit allemand	443
1. La reconnaissance d’un pouvoir d’adaptation.....	443
2. Les moyens de l’adaptation judiciaire.....	445
B. L’adaptation du contrat en droit américain.....	448
1. La reconnaissance d’un pouvoir de révision judiciaire.....	448
2. Les moyens de l’adaptation judiciaire.....	450
Conclusion du chapitre 2.....	453
Conclusion du titre 2	454
Conclusion de la partie 2	458
Conclusion générale	459
Bibliographie	461
Annexe 1 : Dispositions concernant les changements de circonstances.....	i

Liste des abréviations

A.L.R.	: American Law Reports
Ann. Surv. Am. L.	: Annual Survey of American Law
B.G.B.	: Bürgerliches Gesetzbuch
Buff. L. Rev.	: Buffalo Law Review
Bull.	: Bulletin
Bull. civ.	: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
B.U.L. Rev.	: Boston University Law Review
CA	: Cour d'appel
Can. J.L. & Juris.	: Canadian Journal of Law and Jurisprudence
Cass. Ass. Plén.	: Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. Civ. 1	: Arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Civ. 2	: Arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Civ. 3	: Arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Com.	: Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. Soc.	: Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
C.c.fr.	: Code civil français
C.c.Q.	: Code civil québécois
C. de D.	: Cahier de Droit
CE	: Arrêt du Conseil d'État
Chr.	: Chronique
Cornell L. Rev.	: Cornell Law Review
D.	: Recueil Dalloz
DCFR	: Draft Common Frame of Reference
Defrenois	: Répertoire de notariat Defrenois
éd.	: Édition
Fasc.	: Fascicule
Fordham Int'l L.J.	: Fordham International Law Journal
Gaz. Pal.	: Gazette du Palais
J. Cont. L.	: Journal of Contract Law
JCP G	: Semaine Juridique, édition Générale

JCP E	: Semaine Juridique, édition Entreprise
J. L. & Soc’y	: Journal of Law and Society
J.L. & Econ.	: Journal of Law and Economic
J. Leg. Stud.	: Journal of Legal Studies
John’s L. Rev.	: John’s Law Review
Ibib	: Ibidem
L.G.D.J.	: Librairie générale de droit et de jurisprudence
Loy. L.A. L. Rev.	: Loyola of Los Angeles Law Review
McGill L.J.	: McGill Law Journal
Nw. UL. Rev.	: Northwestern University Law Review
Obs.	: Observation
Osgoode Hall L.J.	: Osgoode Hall Law Journal
PECL	: Principes Européen du Droit du Contrat
Penn. St. Int’l Rev.	: Penn State International Law Review
Préc.	: Précité(e)
PUAM	: Presses Universitaires d’Aix-Marseille
PUF	: Presses universitaires de France
RDC	: Revue de droit des contrats
R.D.U.S.	: Revue de droit de l’Université de Sherbrooke
R.I.D.C.	: Revue internationale de droit comparé
R. du B.	: Revue du Barreau
R. du B. Can.	: Revue du Barreau Canadien
R. du N.	: Revue du Notariat
R.I.D.E.	: Revue internationale de droit économique
R.J. Com.	: Revue de jurisprudence commerciale
R.J.D.A.	: Revue de jurisprudence de droit des affaires
R.J.T.	: Revue Juridique Thémis
R.J.T.U.M.	: Revue Juridique Thémis de l’Université de Montréal
RTD civ.	: Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	: Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	: Revue trimestrielle de droit européen
S. Cal. Interdisc. L.J.	: Southern California Interdisciplinary Law Journal

S. Cal. L. Rev. : Southern California Law Review
The Yale L. J. : The Yale Law Journal
Stan. L. Rev. : Stanford Law Review
U.B.C.L. Rev. : University of British Columbia Law Review
U. Chi. L. J. : University Chicago Law Journal
Unif. L. Rev. : Uniform Law Review
Va. L. Rev. : Virginia Law Review
Washburn L. J. : Washburn Law Journal
Wis. L. Rev. : Wisconsin Law Review

À ma mère, à ma grand-mère

Remerciements

L'auteure tient à remercier chaleureusement les Professeurs Benoît Moore, Faculté de droit, Université de Montréal, et Jean-Louis Navarro, Faculté de droit, Université Lumière Lyon 2, qui ont accompagné et encadré ce travail. Leur aide a été particulièrement précieuse dans la réalisation de ce projet. Ce fut un honneur de travailler sous leur direction.

Elle tient également à remercier la faculté de droit de l'Université de Montréal, pour l'octroi d'une bourse d'excellence dans le cadre de cette recherche doctorale. Elle tient également à remercier les bibliothécaires de la bibliothèque de droit de l'Université de Montréal pour l'aide reçue dans le travail de recherche.

Enfin, elle tient à remercier toutes les personnes qui, par leur soutien, ont contribué, à des degrés divers, à la finalisation de cette recherche et particulièrement le soutien inconditionnel de sa famille.

Introduction

«La science classique privilégiait l'ordre, la stabilité, alors qu'à tous les niveaux d'observations nous reconnaissons désormais le rôle primordial des fluctuations et de l'instabilité»¹

Le contrat, moyen de régulation et de prévisions des relations entre les hommes, outil central des relations privées et du monde des affaires, véhicule privilégié de la transmission de valeur, reflète les principes fondamentaux d'une société. Entre liberté contractuelle et justice contractuelle, chaque état cherche à trouver un équilibre.

Les relations contractuelles s'insèrent dans le contexte social auxquelles elles appartiennent. Les hommes évoluent et le monde se complexifie. L'internationalisation des échanges, le développement de l'économie, les tentatives d'harmonisation ou encore les regroupements d'états entraînent une complexification des rapports contractuels. L'économie se nourrit de flux, qu'ils soient matériels ou immatériels, marchands ou monétaires.

La collaboration entre les entreprises de différents pays semble inéluctable, en particulier dans le contexte de globalisation actuelle. Toutefois, les contrats sont conclus dans une certaine période de temps, tenant compte de certaines circonstances particulières. Lorsque les contrats sont exécutés intégralement peu de temps après leur signature, les risques d'un bouleversement de l'économie contractuelle sont moindres, même s'ils ne sont pas inexistantes. Dans les relations à long terme, ou à exécution successive, la problématique est différente. Certains événements peuvent se produire entre le moment de la conclusion du contrat et celui de son exécution, ou entre les différentes exécutions du contrat ou entre les différents contrats participants d'une même relation, entraînant des difficultés d'exécution pour le débiteur.

¹ I. PRIGOGINE, *La fin des certitudes*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 12.

L'exécution du contrat pourra alors soit être impossible, soit être extrêmement difficile pour le débiteur, voire inutile pour le créancier.

Dans ces cas, le contrat subira les aléas du temps, qu'ils s'agissent d'évènements extérieurs, ou encore les risques liés à l'opération économique. Le droit ne répond pas toujours au problème « que pose au débiteur d'une obligation, la survenance imprévisible d'évènement qui altèrent considérablement l'équilibre des prestations tel qu'il a été dessiné par les parties au contrat, et ce, en l'absence de stipulation contractuelle prévue afin de résoudre ce genre de difficulté [...]. C'est un silence contractuel gênant qui oblige les acteurs juridiques à s'interroger sur le traitement à réserver à l'imprévision »².

En cas d'imprévision, le contrat peut toujours être exécuté dans les conditions initialement prévues, mais au prix d'un énorme sacrifice pour l'un des contractants. Il n'y a donc pas empêchement extérieur, mais trouble à l'exécution. Évènement imprévu, imprévisible ou imprévoyance des partenaires, le contrat ne reflète plus l'équilibre et les objectifs initialement souhaités des parties. Les conséquences de l'évènement ont infecté l'équilibre initial de l'accord. Extérieur à l'action des contractants, sa survenance n'est pas entrée dans le champ contractuel. L'imprévision se définit donc comme une « [t]héorie en vertu de laquelle le juge doit rétablir l'équilibre d'un contrat dont les conditions d'exécution ont été gravement modifiées au détriment de l'une des parties, à la suite d'évènements raisonnablement imprévisibles lors de la conclusion de la convention »³. Ainsi, l'imprévision suppose un déséquilibre des prestations qui rend l'exécution particulièrement difficile ou onéreuse. En outre, elle suppose un changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat ou ayant des conséquences imprévisibles pour les contractants. Enfin, elle suppose une

² Julie BÉDARD, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois », (1997) 42 *McGill L.J.* 761, 763.

³ Raymond GUILLIEN, Jean VINCENT, Serge GUINCHARD et Gabriel MONTAGNIER, *Lexique des termes juridiques*, 14^e éd., Paris, Dalloz, 2003, v° « Imprévision »; GÉRARD CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, *Vocabulaire juridique*, 6e éd. mise à jour avec locutions latines., Paris, PUF, 2004, v° « Imprévision » proposant une définition légèrement différente, dans le sens où elle suppose un pouvoir de révision du juge et l'imprévisibilité des circonstances: « [t]héorie prétorienne élaborée par le Conseil d'État mais rejetée par la jurisprudence civile et discutée dans ses rattachements (continuité du service public, clause rebus sic stantibus, bonne foi, etc.) en vertu de laquelle le juge a le pouvoir de réviser un contrat à la demande d'une partie lorsque par suite d'un évènement extérieur, étranger à la volonté des contractants (circonstances économiques, monétaires, etc.) et imprévisible lors de la conclusion (d'où le nom de la théorie), l'exécution de celui-ci devient pour l'un des contractants non pas impossible (différence avec la force majeure), mais tellement onéreuse qu'elle risque de ruiner (et parfois d'interrompre le service public), déséquilibre dans l'économie du contrat qui à la différence de la lésion survient en cours d'exécution ». Seuls seront pris en considération dans cette étude les contrats de droit privé.

absence de clause prenant en compte le changement de circonstances et exclut les actes de spéculation ou ayant un caractère aléatoire.

La théorie de l'imprévision est au cœur d'un débat plus que centenaire. Pourtant, le contrat est perçu comme le moyen par excellence de prévision des risques⁴. « Traditionnellement, le contrat apparaît comme moyen donné aux parties d'exercer une certaine emprise sur l'avenir, de prévenir le surgissement de l'imprévisible ou même le simple changement de volonté »⁵. « Contracter, c'est prévoir. Le contrat est une emprise sur l'avenir »⁶, nous disait Ripert. Le contrat apparaît donc comme « l'avenir anticipé », le « futur irrévocablement engagé »⁷. Aujourd'hui, cependant, l'instabilité semble être la règle et la stabilité l'exception.

On pense notamment aux deux conflits mondiaux, aux différentes crises pétrolières et notamment celle de 1973 ainsi qu'aux nombreuses crises politiques, à l'inflation et les dévaluations de monnaie, aux évolutions technologiques ou encore, plus récemment, aux conflits armés dans les pays arabes. Stefan Martin a ainsi affirmé que

« [l]’inflation et la fluctuation monétaire ne représente plus de simples incidents de parcours. Elles sont désormais institutionnalisées et constituent des leviers économiques. Mais, surtout, elles ne sont qu’une partie des sources de l’instabilité contractuelle, au rang desquelles figurent les risques inhérents aux humeurs politiques, aux relations sociales et évidemment aux caprices de la nature [...] »⁸.

Les pathologies du contrat peuvent être diverses. Pourtant, « [c]’est un paradoxe, car jamais nous n’avons disposé d’instruments de prévision aussi puissants et performants qu’aujourd’hui »⁹.

Cette évolution a entraîné la nécessité d'une stabilité réelle et non plus seulement formelle. L'imprévision s'avère donc être une nouvelle façon de concevoir la phase d'exécution du contrat, qui suit la phase initiale, mais s'en distingue. Le temps n'apparaît plus figé, il évolue, les éléments du contrat se transformant. La phase initiale scelle l'entente, le temps en aménage les éléments.

⁴ Kami HAERI et Mahasti RAZAVI, « La prévision dans le contrat, la prévision dans le procès », *Gaz. Pal.* 2010.364.14; Laurent AYNÈS, *Crise économique et droit des contrats*, Montréal, Éditions Thémis, 2010.

⁵ Catherine THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997.357, 359.

⁶ Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 1949, par. 84.

⁷ François OST, « Temps et contrat: critique du pacte faustien », dans TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La relativité du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2000 à la page 137.

⁸ Stefan MARTIN, « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois », (1993) 34-2 *C. de D.* 599.

⁹ L. AYNÈS, préc., note 4.

La France, jusqu'à récemment, et le Québec se sont vus qualifier de pays isolés, restant en marge des avancées juridiques en matière de changement de circonstances, divers projets ayant été proposés sans être adoptés. Cependant, une certaine évolution est en train de prendre forme. En effet, le principe *pacta sunt servanda* n'apparaît pas totalement adapté au monde moderne.

« On peut maintenir le principe tout en soulignant son recul. Soit en relevant qu'il comporte des exceptions, nombreuses et importantes. Soit en admettant son caractère fondamental, mais qui coexiste avec d'autres principes nouveaux, qui en sont l'antinomie. Ce qui constituerait un pluralisme juridique, qui est une des marques de notre époque »¹⁰.

Ainsi, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance 2016-131, les droits français et québécois se refusaient à admettre la théorie de l'imprévision. La Cour de cassation depuis le célèbre arrêt Canal de Craponne¹¹, n'a jamais permis au juge de réviser un contrat devenu déséquilibré par l'effet des circonstances. Si les parties n'ont rien prévu dans leur accord, le contractant subissant les conséquences du bouleversement devra en assumer les risques¹². Au Québec, la réforme du Code civil de 1994 n'a pas abouti à l'introduction de l'imprévision, le débat n'ayant même pas été entrepris¹³. Le contrat transcende donc le temps et les modifications législatives.

Malgré cette absence de débat législatif, la théorie de l'imprévision a soulevé un vif débat en doctrine¹⁴. L'attrait pour cette théorie s'est accru avec les différentes propositions de réforme

¹⁰ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., Paris, Defrénois, 2013, p. 615 et s.

¹¹ Civ., 6 mars 1876, *D.* 76 1.193 : « [e]n 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 ».

¹² K. HAERI et M. RAZAVI, préc., note 4, 1 (version électronique).

¹³ QUÉBEC (PROVINCE). OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec / Office de révision du Code civil*, Québec: Editeur officiel, 1977. L'office de révision avait proposé, dans son article 75, d'introduire une règle exceptionnelle admettant l'imprévision. Rappelant dans un premier alinéa la force obligatoire des conventions, un second alinéa permettait au juge de prendre en compte les déséquilibres significatifs en affirmant : « [e]xceptionnellement, le tribunal peut, nonobstant toute convention contraire, résoudre, résilier ou réviser un contrat dont l'exécution entraînerait un préjudice excessif pour l'une des parties, par suite de circonstances imprévisibles qui ne lui sont pas imputables ». Cette proposition n'a pas été reprise dans l'avant-projet; J. BÉDARD, préc., note 2, 772.

¹⁴ Jean-Louis BAUDOIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2013; Jean-Louis BAUDOIN, « Theory of imprevision and judicial intervention to change a contract », dans *J. Dainow, Essays on the Civil Law of Obligations*, Louisiana State University Press, 1969 à la page 151; Jean-Louis BAUDOIN, *Le droit civil de la province de Québec, modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, p. 729; Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001; Daniel GARDNER et Maurice TANCELIN, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 10^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010; Maurice TANCELIN, *Des obligations en*

du droit des obligations en France¹⁵, ou les tentatives d'uniformisation européenne¹⁶. De nombreuses questions se sont alors posées, notamment si cette notion devait être admise, de quelle manière ou encore par qui ? Aucun consensus n'a été trouvé, les divergences restant présentes au sein de juristes et de projets. Le gouvernement français est alors intervenu et a publié le 11 février 2016 l'ordonnance n° 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations¹⁷ qui reconnaît expressément, à l'article 1195, une possibilité d'intervention judiciaire en cas de changement de circonstances. La France, depuis le 1^{er} octobre 2016, date de son entrée en vigueur, fait alors partie des états admettant l'adaptation judiciaire des termes de l'engagement en cas de modification de l'environnement contractuel.

Au Québec, et pour les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 en France¹⁸, les parties, en cas de changement de circonstances, auront donc recours au droit commun et le débiteur ne

droit mixte du Québec, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009; Maurice TANCELIN, *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1997; Albert BOHEMIER et Francis FOX, « De l'effet des changements de circonstances sur les contrats dans le droit civil québécois », (1962) 12 *R.J.T.* 77; Alain PARENT, *L'imprévision en droit comparé: une analyse normative économique*, Montréal, Université McGill, 2015, en ligne : http://digitool.Library.McGill.CA:80/R/-?func=dbin-jump-full&object_id=132529&siilo_library=GEN01 (consulté le 13 mai 2016); S. MARTIN, préc., note 8; Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX, *Les obligations. 3, Le rapport d'obligation : la preuve, les effets de l'obligation, la responsabilité contractuelle, transmission, transformation, extinction*, 5^e éd., Paris, Sirey, 2007; Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil. Les effets du contrats*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 10; G. RIPERT, préc., note 6; Boris STARCK, *Droit civil. Les obligations. 2. Contrat*, 6^e éd., Paris, Litec, 1998; Philippe STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, Aix-en-Provence, PUAM, 1994; François TERRÉ, *Droit civil. Les obligations*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2009; BOMSEL, *La théorie de l'imprévision en droit civil français.*, Paris, Jouve, 1922; Corniliu Mihail POPESCU, *Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé*, Paris, L.G.D.J., 1937; MICHEL VOIRIN, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, Nancy, Vagner, 1922; Louis THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, Paris, Economica, 2011; Denis PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1986.

¹⁵ François TERRÉ, *Pour une réforme du droit des contrats*, coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2009; Pierre CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La Documentation française, 2006; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, (2015), en ligne : http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf (consulté le 15 janvier 2016).

¹⁶ Christian VON BAR, Éric CLIVE et Hans SCHULTE-NÖLKE, *Principles, Definitions and Model Rules of European private law - Draft common frame of reference (DCFR)*, Outline edition, European law publishers, 2009, en ligne : http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf_r_outline_edition_en.pdf; Ole LANDO et H. G BEALE, *Principles of European contract law. Parts I and II*, The Hague; Boston, Kluwer Law International, 2000; Bénédicte FAUVARQUE-COSSON et Denis MAZEAUD, *Terminologie contractuelle commune : projet de cadre commun de référence*, Paris, Société de législation comparée, 2008; Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Denis MAZEAUD et ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, *Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence*, Paris, Société de Législation Comparée, 2008.

¹⁷ *Ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, (février 2016), J.O.R.F. n° 0035, en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/2016-131/jo/texte>.

¹⁸ *Id.* qui précise, à l'article 9 des dispositions transitoires et finales que « [I]es contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne ».

pourra se voir excusé seulement s'il prouve la force majeure. En outre, les contractants ont la possibilité de modifier d'un commun accord leur engagement initial, ou insérer diverses clauses permettant une modification du contrat en cas de bouleversement de l'économie contractuelle. Enfin, le juge pourra intervenir dans le contrat, de manière exceptionnelle, sur certaines clauses particulières, notamment les clauses pénales¹⁹ ou encore, en droit de la consommation, les clauses abusives²⁰ ainsi que de toutes les clauses qui vident le contrat de sa substance²¹. En outre, en cas d'abus de pouvoir de l'une des parties ou de manquement à la bonne foi, le juge a parfois renvoyé les parties à la renégociation²².

Les changements de circonstances, reçus en premier lieu à travers la clause *rebus sic stantibus*, ont été codifiés ou admis de façon jurisprudentielle dans divers droits. De nature exceptionnelle, ces concepts renvoient tantôt à une conception économique, tantôt à une conception utilitariste. Même si les codes civils français et québécois ainsi que, jusqu'en 2002, le Bürgerliches Gesetzbuch²³, n'ont pas codifié un tel principe, le Code civil italien ou les lois uniformes américaines ont choisi une position différente. Cependant, la jurisprudence allemande a admis, dès le XIXe siècle, la théorie de la *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, poussé par l'inaction du législateur après la Première Guerre mondiale. C'est principalement, mais non unanimement, sur le fondement de la bonne foi que ces droits ont admis les changements de circonstances. En outre, les codifications, telles que les Principes Unidroit, les Principes européens du droit du contrat ou encore le *Draft common frame of reference* admettent également une telle notion.

Notion à la frontière entre diverses visions du contrat, l'imprévision mettrait en contradiction deux concepts, à savoir la liberté contractuelle et la justice contractuelle, mais également deux valeurs, la sécurité et la justice. L'imprévision est donc au cœur du droit des contrats. L'adage *pacta sunt servanda* illustre le principe dogmatique de la force obligatoire des conventions.

¹⁹ K. HAERI et M. RAZAVI, préc., note 4, 3.

²⁰ Denis MAZEAUD, « Le juge face aux clauses abusives », dans *Le juge et l'exécution du contrat*, Aix-en-Provence, PUAM, 1993, p. 23.

²¹ Jean-Pascal CHAZAL, « Théorie de la cause et justice contractuelle: A propos de l'arrêt chronopost (Cass. Com., 22 oct. 1996) », (1998) I-29 *J.C.P. G.* 152.

²² Par exemple, Cass. Com., 3 novembre 1992, n° 96-18537, (Soc. françaises des pétroles B.P. c. M. Huard), *Bull. civ.* IV.n° 338; *J.C.P. G.* 46.II.22164 (note G. VIRASSAMY); 22 *Defrénois* 1993.22.1377 (note J.-L. AUBERT); *RTD civ.* 1993.124 (note J. MESTRE). La jurisprudence québécoise ne semble pas avoir renvoyé les parties à la renégociation, mais accorde des dommages-intérêts, sanction de droit commun applicable également en France.

²³ Ci-après B.G.B..

Cet adage est couramment opposé à un autre adage, *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur* plus connu sous son abréviation de « clause *rebus sic stantibus* »²⁴. Est alors mise en exergue une vision plutôt manichéenne du droit des contrats, dans laquelle les nuances n'ont pas leur place.

Toutefois, le dogme de l'autonomie de la volonté a subi de profondes mutations, les exceptions étant particulièrement importantes. Il ne s'agit là que d'infléchissement qui ne renverse pas les principes fondamentaux.

« Autonomie de la volonté et surtout liberté contractuelle : deux concepts bien battus en brèche ! Il n'en reste pas moins qu'ils président à la réglementation du droit des contrats. C'est le point de départ, en dépit de toutes les objections doctrinales, atténuations législatives et atteintes jurisprudentielles. La croyance en le libre jeu des initiatives individuelles explique probablement le rejet par le législateur de la lésion entre majeurs et de l'imprévision »²⁵.

La vision traditionnelle du contrat a évolué²⁶, et a été mise à jour par divers courants et théories, dont notamment le solidarisme contractuel²⁷ ou encore la théorie des contrats relationnels²⁸. Il a ainsi pu être présumé que la théorie générale du contrat²⁹ était en crise³⁰.

²⁴ Coenraad VISSER, « The principle *pacta servanda sunt* in roman and roman-dutch law, with specific reference to contracts in restraint of trade », 101 *South Afr. Law J.* 641; James GORDLEY, *Foundations of private law : property, tort, contract, unjust enrichment*, Oxford ; Toronto, Oxford University Press, 2006, p. 287; Reinhard ZIMMERMANN, *The law of obligations : Roman foundations of the civilian tradition*, 1^{re} éd., Cape town, Juta, 1990; Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 1999.

²⁵ Andrian POPOVICI, « Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui rétrécit », (2009) 54-2 *McGill L.J.* 223, 234.

²⁶ Voir par exemple, pour une critique du principe de l'autonomie de la volonté dans sa vision traditionnelle Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, A. Rousseau, 1912; Véronique RANQUIL, *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980.

²⁷ Luc GRYNBAUM et Marc NICOD, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004; Anne-Sylvie COURDIÉ-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Paris, LexisNexis Litec, 2006; Denis MAZEAUD, « Petite leçon de solidarisme contractuel... », *D.* 2001.3236; Denis MAZEAUD, « Un petit plomb en moins dans l'aile du solidarisme contractuel... », *D.* 2003.93; Denis MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle », dans *Mélanges offerts à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 603; Jean CÉDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Rapport annuelle de la Cour de cassation 2003*, en ligne : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/.

²⁸ Yves-Marie LAITHIER, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006.1003; Corinne BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005; Hugues BOUTHINON-DUMAS, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », (2001) 3 *Rev. Int. Droit Économique* 339; Ian R. MACNEIL, « The many futures of contracts », (1973) 47 *Cal Rev* 691; Robert W GORDON, « Macaulay, Macneil, and the discovery of solidarity and power in contract law », *Wis Rev* 1985.565; Stewart MACAULAY, « Relational contracts floating on a sea of custom? Thoughts about the ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein », (2000) 94 *Nw UL Rev* 775; Ian R. MACNEIL, « Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law », (1978) 72 *Nw UL Rev* 854; Ian R. MACNEIL, « Relational contract theory: challenges and queries », (2000) 94 *Nw UL Rev* 877.

²⁹ François TERRÉ, « Sur la sociologie juridique du contrat », (1968) XIII *Archives de philosophie du droit* 71. L'auteur affirme qu'il ne s'agit plus d'une « crise de vieillesse » mais d'une « crise de croissance », car elle touche principalement la théorie générale du contrat.

Cette « crise » serait pourtant plus une évolution³¹ ou une transformation³² qu'une révolution³³. La théorie générale serait aux prises avec une contradiction entre théorie et pratique, entre individualiste et coopération, entre dogmatisme et réalisme. La théorie classique ne correspondrait plus à la réalité, ce qui aurait pour conséquence la multiplication des contrats spéciaux, mais également le rapprochement des régimes de responsabilité³⁴. Pourtant, il ne s'agit que de « penser le contrat autrement »³⁵. Il a été affirmé, même parmi les fervents défenseurs du solidarisme contractuel, que ce courant n'avait pas réussi à s'imposer en jurisprudence³⁶. Toutefois, il a permis de prendre conscience des lacunes de la théorie classique.

Le contrat ne serait plus fondé sur la volonté toute-puissante des parties, mais sur une collaboration entre ces dernières³⁷. En effet, cette nouvelle vision « permettrait de parvenir à des rapports équilibrés et égalitaires, empreints de plus de fraternité et de justice. Ainsi, pour

³⁰ Christophe JAMIN, Denis MAZEAUD et Pascal ANCEL, *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003; L. AYNÈS, préc., note 4; D. MAZEAUD, préc., note 27.

³¹ *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, coll. Journée René Savatier, Paris, PUF, 1986; Loïc CADIET, « Interrogation sur le droit contemporain des contrats », dans *Le droit contemporain des contrats: bilan et perspectives*, Paris, Economica, 1987, p. 1; Denis TALLON et Donald HARRIS, *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, Paris, L.G.D.J., 1987; G. ALPHA, « Les nouvelles frontières du droit des contrats », dans *Études offertes à Jacques Ghestin: Le contrat au début du XXIe siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 1; Denis MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003.295; Michel CABRILLAC, « Le droit civil français des contrats à la fin du XXe siècle », dans *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 187; Christian ATIAS, « Restaurer le droit du contrat », *D.* 1998.137.

³² C. THIBIERGE-GUELFUCCI, préc., note 5.

³³ Dominique FENOUILLET, « Les effets du contrat entre les parties: ni évolution, ni conservation, mais un "entre-deux" perfectible », *RDC* 2006.1.67.

³⁴ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, préc., note 5, 357 où l'auteur précise que « [l]e législateur et la jurisprudence multiplient les dispositions spéciales incompatibles avec la théorie générale du contrat »; Grant GILMORE, *The death of contract*, Columbus, Ohio State University Press, 1974.

³⁵ D. MAZEAUD, préc., note 31.

³⁶ Denis MAZEAUD, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », dans Luc GRYNBAUM et Marc NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, p. 57, p. 66 où l'auteur précise que les juridictions françaises « ne succombent pas aux charmes du solidarisme »; D. MAZEAUD, préc., note 27 à la page 609 où l'auteur précise que « [...] la jurisprudence regorge encore de décisions fidèles aux idées contractuelles classiques [...] »; Denis MAZEAUD, « Mais qui a peur du solidarisme contractuel? », *D.* 2005.1828, 1 (version électronique), précisant que « [d]epuis quelques années sévit dans notre univers contractuel une doctrine qui ne brille ni par son homogénéité, puisque sous son étendard sont réunis une poignée d'auteurs qui avancent en ordre dispersé, ni par ses succès en jurisprudence, puisque la Cour de cassation a pris, depuis quelque temps, le contre-pied de la plupart des propositions qu'elle a suggérées, et qui provoque des réactions doctrinales qui vont de la franche hostilité au mépris condescendant »; la même constatation est tiré par les auteurs hostiles à cette doctrine, Laurent LEVENEUR, « Le solidarisme contractuel: un mythe », dans Luc GRYNBAUM et Marc NICOD, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, p. 184 : « [m]ais qu'en est-il en jurisprudence? Quasiment pas d'écho, si ce n'est quelques arrêts peu explicites et surtout très sollicités ».

³⁷ Suzanne LEQUETTE, *Le contrat-coopération: contribution à la théorie générale du contrat*, coll. Recherches juridiques, n°27, Paris, 2012; DOUGLAS G. BAIRD, « Self-interest and cooperation in long-terms contracts », (1990) 19 *J. Leg. Stud.* 583; Christine LEBRUN, *Le devoir de coopération durant l'exécution du contrat*, Montréal, LexisNexis, 2013.

les contractants, d'adversaires devenir partenaires »³⁸. La théorie classique du contrat se serait alors modifiée, allant de la permutation vers la coopération³⁹, de l'individualisme vers l'organicisme⁴⁰ ou encore du rapport conflictuel vers un rapport relationnel⁴¹. Se retrouve ici une vision plus sociale du contrat, qui reposerait désormais sur une « union d'intérêts » dans laquelle chaque contractant ne devrait plus seulement « centrer son attention [...] sur soi, mais également sur l'autre, afin de rechercher et de servir l'intérêt de ce dernier »⁴². Le contrat engendre alors « des normes comportementales, des devoirs sociaux et moraux supracontractuels qui [le] transcendent [...] et qui constituent l'ossature de toute relation contractuelle »⁴³.

Pourtant, si l'on reconnaît que le problème de l'imprévision ne se pose pas de la même manière dans tous les contrats, une admission sélective des changements de circonstances peut être envisagée dans les contrats relationnels.

« Mais les défenseurs d'aujourd'hui raisonnent dans le même cadre de pensée que les détracteurs d'hier : d'abord, ils opposent la révision pour imprévision à la force obligatoire du contrat ; ensuite, ils ne distinguent pas selon la nature des contrats ; enfin, les circonstances imprévues génératrices d'un déséquilibre contractuel relèvent toujours de l'environnement (macro) économique. Ces plaidoyers pour la théorie de l'imprévision s'inscrivent donc dans une conception sociale de la régulation du contrat. Il s'agit de savoir comment le contrat doit opérer une répartition des biens, des avantages et des risques en jeu dans le contrat. Or la théorie de l'imprévision n'intéresse pas que l'équilibre des obligations, mais aussi et surtout le développement du contrat lui-même »⁴⁴.

Ian Macneil a cherché à résoudre la crise du droit des contrats aux États-Unis par une nouvelle théorisation du contrat. C'est ainsi qu'il a mis en lumière les contrats relationnels⁴⁵, qu'il oppose au « discret contract »⁴⁶. Il a alors observé la pratique contractuelle pour élaborer dix normes de comportements communes à tous les types de contrats, ce qui lui a permis de

³⁸ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, préc., note 5, 358. Voir également S. LEQUETTE, préc., note 37, p. 27.

³⁹ S. LEQUETTE, préc., note 37.

⁴⁰ René DEMOGUE, *Traité des obligations en général; sources des obligations*, Paris, Rousseau, 1923, p. 3.

⁴¹ I. R. MACNEIL, préc., note 28.

⁴² D. MAZEAUD, préc., note 36 à la page 57.

⁴³ D. MAZEAUD, préc., note 31, 298.

⁴⁴ H. BOUTHINON-DUMAS, préc., note 28, 343.

⁴⁵ Ian R. Macneil n'a pas donné de définition du contrat relationnel. « Il estime simplement que les contrats se placent sur un axe qui va des contrats impersonnels (dans lesquels les relations ne sont pas importantes) aux contrats relationnels (dans lesquels les relations sont importantes), C. BOISMAIN, préc., note 28, p. 29. Macneil l'explique dans l'un de ses plus importants articles sur le contrat relationnel, I. R. MACNEIL, préc., note 28.

⁴⁶ Boisman a traduit cet expression par contrat impersonnel dans le sens où il n'y aurait pas ou peu de relation entre les parties. C. BOISMAIN, préc., note 28. Par contre, Louise Rolland utilise l'expression contrat transactionnel comme traduction, Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code Civil du Québec », (1998) 44 *McGill L.J.* 903.

déterminer douze critères permettant de distinguer les contrats relationnels des contrats transactionnels. Cette nouvelle conception du contrat met l'accent sur la durée de ce dernier, mais également sur les liens entre les contractants. En effet, plus le contrat durera dans le temps et plus les relations entre les parties se développeront. Il en est de même du développement des relations des parties qui entraîne un engagement et une certaine coopération de leur part⁴⁷. De la même manière, en France, Suzanne Lequette a cherché à théoriser un contrat intermédiaire aux modèles de l'échange et de la société. Elle met alors en exergue le contrat-coopération, qu'elle définit comme la mise en relation d'actifs complémentaires dans l'objectif de la réalisation d'un projet commun. Pour eux, deux points méritent d'être remis en cause dans certaines relations, à savoir le fait que la théorie générale du contrat considère ses derniers complets, c'est-à-dire que les parties ont prévu tous les événements et toutes les obligations qui pourront survenir ou être réalisée,⁴⁸ mais également le fait que le contrat est un acte isolé, qui n'entre pas dans une relation entre les contractants⁴⁹. Ces deux éléments se retrouvent dans l'article 1103 nouveau du Code civil qui prévoit que « [l]es contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits », reprenant l'article 1134 alinéa 1 ancien du Code civil, ce qui implique que le juge n'interviendra pas dans le contrat, sauf autorisation légale, qui doit exprimer les prévisions pour le futur des parties, sans égard à leur comportement.

Les contrats relationnels et le contrat-coopération sont donc favorables à l'admission de la théorie de l'imprévision. Les contractants cherchant la réalisation de leur engagement, et prenant en compte l'intérêt réciproque de leur partenaire, l'adaptation du contrat à la survenance de circonstances imprévisibles lors de sa formation apparaissant comme une conséquence logique. Étant incomplets, ces contrats contiennent naturellement de l'imprévision. La phase de l'exécution du contrat prend une place de plus en plus importante. En outre, ces contrats ont vocation à perdurer, ce qui nécessite de prendre pleinement en considération la phase d'exécution du contrat. Les normes de coopération et de flexibilité imposent de reconnaître, dans les contrats relationnels, les changements de circonstances.

⁴⁷ C. BOISMAIN, préc., note 28, p. 24.

⁴⁸ Ian R. MACNEIL, « Restatement (second) of contracts and presentation », (1974) 60-4 *Va. Law Rev.* 589.

⁴⁹ I. R. MACNEIL, préc., note 28.

Dans ce contexte, il semble intéressant de s'interroger sur les conditions d'admission et d'application des changements de circonstances. Sur quels critères ou notions, juridiques ou extrajuridiques, peut être fondée la théorie de l'imprévision et quelle en serait la définition ? Quels remèdes doivent être octroyés ?

Une étude comparative de ces différents remèdes ou sanctions paraît donc appropriée dans l'objectif d'un renouvellement et d'une amélioration des connaissances en la matière afin de distinguer les différentes conceptions et les divers remèdes retenus en cas de changement de circonstances et de comprendre l'application qui en est faite par les juridictions. L'utilité du droit comparé n'est pas de faire du comparatiste un spécialiste du droit étranger, mais de donner « un éclairage différent de celui qui est habituellement mis en avant »⁵⁰. Ainsi, le champ d'application et les remèdes proposés permettront d'avoir une vision plus globale et d'envisager leur solution à la lumière de la relation contractuelle.

Fonctionnelle⁵¹, la première étape a été la recherche de concepts remplissant les mêmes fonctions que la théorie de l'imprévision dans le panel de droit étranger sélectionné. Il ne s'agit pas de trouver un synonyme à la théorie de l'imprévision, mais de trouver les concepts juridiques remplissant les mêmes fonctions, c'est-à-dire de prendre en compte les institutions garantissant un remède au débiteur d'une obligation pour lequel l'exécution de cette dernière est devenue soit d'une onérosité excessive par rapport aux prévisions initiales, soit inutile par rapport à l'objectif du contrat. Cette méthode consiste en trois étapes. En effet, « d'abord, formuler la question “comment est résolu le problème sociojuridique X ?” Ensuite, présenter les systèmes et la manière de résoudre le problème X et de faire la liste des différences et des similitudes dans le traitement respectif du problème, enfin “faire immédiatement suivre son étude comparative d'une appréciation critique” sinon le droit comparé risquerait de devenir “un amas de matériaux avec lequel on n'a rien bâti” »⁵².

Il n'y a pas de consensus sur une terminologie commune en la matière. Il est ainsi fait référence à l'imprévision, mais également à *l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, la *Störung der Geschäftsgrundlage*, la *frustration of purpose*, *l'impracticability*, les changements de

⁵⁰ Horatia MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », (2000) 52-3 *Rev. Int. Droit Comp.* 503, 524.

⁵¹ KONRAD ZWEIGERT et HEIN KÖTZ, *Introduction to comparative law*, 3^e éd., Oxford, Clarendon Press ; Toronto, 1998.

⁵² Marie-Claire PONTHEAUX, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, p.41.

circonstances ou encore au *hardship*. Il a été décidé de conserver la terminologie étrangère, dans un souci de clarification, mais également afin de laisser la place aux différenciations qui peuvent apparaître entre ces diverses notions. Les concepts ne seront donc pas traduits, mais conservés dans leur langue originelle, une définition pouvant être donnée en cas d'ambiguïté. Cependant, il sera fait référence aux changements de circonstances pour désigner n'importe laquelle de ces notions de manière générale, sans référence à une loi en particulier. Ce terme a été choisi pour sa neutralité et sera employé afin d'éviter toute confusion.

De manière traditionnelle, il sera d'abord recherché le fondement des changements de circonstances (Partie 1), pour ensuite en étudier le régime (Partie 2).

Partie 1 – La relation contractuelle comme fondement à l'imprévision

Théorie à la frontière de la conception individualiste et de la conception sociale du contrat⁵³, l'imprévision a alimenté un débat plus que centenaire⁵⁴, resté figé sur le principe de l'autonomie de la volonté⁵⁵ et l'intervention de l'autorité judiciaire. De nombreux auteurs⁵⁶, à toute époque⁵⁷, ont défendu l'admission de l'imprévision sans voir la position des juridictions changée⁵⁸.

Malgré la remise en cause du fondement volontariste de la force obligatoire du contrat, « les défenseurs d'aujourd'hui raisonnent dans le même cadre de pensée que les détracteurs d'hier : d'abord, ils opposent la révision pour imprévision à la force obligatoire du contrat ; ensuite, ils ne distinguent pas

⁵³ Gérald GOLDSTEIN et Najla MESTIRI, « La liberté contractuelle et ses limites - Étude à la lueur du droit civil québécois », dans Benoit MOORE, *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 301 à la page 301.

⁵⁴ Voir, pour un aperçu historique, Alfons BURGE, « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD civ.* 2000.1.1; Michel VILLEY, « Essor et décadence du volontarisme juridique », (1957) 3 *Archives de philosophie du droit: le rôle de la volonté dans le droit* 87; Michel COIPEL, « La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile », dans *Enjeux et valeurs d'un code civil moderne - Les journées Maximilien-Caron 1990*, Montréal, Éditions Thémis, 1991, p. 117; Voir, pour une étude critique du principe de l'autonomie de la volonté, E. GOUNOT, préc., note 26. De manière plus récente, voir, RANOUIL, préc., note 26; Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 1300 qui estiment que « [l]e rejet ou l'acceptation de la théorie de l'imprévision est une source intarissable de controverse ».

⁵⁵ B. STARCK, préc., note 14, p. 506: « [l']argument principal a été tiré de l'interprétation de la volonté probable des parties »; P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 14, p. 15: « [c]ette vieille question [de la théorie de l'imprévision] n'a jamais été résolue d'une manière satisfaisante et resurgit régulièrement, poussée par une doctrine qui ne s'avoue pas vaincue par la résistance plus que centenaire de la Cour de cassation. Celle-ci ne semble en effet pas avoir infléchi son hostilité à l'égard de l'idée de révision pour imprévision depuis le célèbre arrêt du canal de Craponne rendu par sa chambre civile le 6 mars 1876 ».

⁵⁶ Notamment, C. JAMIN, D. MAZEAUD et P. ANCEL, préc., note 30; Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Les changements de circonstances », *RDC* 2004.1.67; Christophe JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Droit et patrimoine* 1998.46; P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 14.

⁵⁷ MICHEL VOIRIN, préc., note 14; C. M. POPESCU, préc., note 14; BOMSEL, préc., note 14; P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 14; L. THIBIERGE, préc., note 14; Jean-Louis MOURALIS, « Imprévision », dans *Répertoire de droit civil*, Paris, Dalloz; Jean AUVERNY-BENNETOT, *La théorie de l'imprévision: droit privé, droit administratif, droit ouvrier*, Paris, Librairie du « Recueil Sirey », 1938; André LOUVEAU, *Théorie de l'imprévision en droit civil et en droit administratif*, Rennes, Francis Simon, 1920; A. PARENT, préc., note 14. Plus récemment, Émilie LABROT, *L'imprévision : étude comparée droit public-droit privé des contrats*, Paris, L'harmattan, 2016.

⁵⁸ COUR DE CASSATION, *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, en ligne: https://www.courdecassation.fr/institution_1/autres_publications_discours_2039/discours_2202/travail_cour_1069_9.html.

selon la nature des contrats; enfin, les circonstances imprévues génératrices d'un déséquilibre contractuel relèvent toujours de l'environnement (macro) économique »⁵⁹.

Le droit français a pris acte des diverses critiques liées au refus de l'admission de la théorie de l'imprévision et l'article 1195 nouveau du Code civil, issu de l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016, prévoit qu'un changement imprévisible des circonstances rendant l'exécution excessivement onéreuse pourrait permettre au partenaire désavantagé de demander la modification des termes de l'engagement, soit de manière amiable, soit de manière judiciaire⁶⁰.

Le rapport au président de la République précise que cette disposition a été prise, car

« [l]a France est l'un des derniers pays d'Europe à ne pas reconnaître la théorie de l'imprévision comme cause modératrice de la force obligatoire du contrat. Cette consécration, inspirée du droit comparé comme des projets d'harmonisation européens, permet de lutter contre les déséquilibres contractuels majeurs qui surviennent en cours d'exécution, conformément à l'objectif de justice contractuelle poursuivi par l'ordonnance »⁶¹.

Les justifications reprennent donc certains des arguments avancés par la doctrine pour l'admission des changements de circonstances. Le législateur québécois ne fit pas le même choix lors de la réforme du Code civil. En effet, l'Office de révision du Code civil avait proposé d'admettre les changements de circonstances. Cependant, l'Avant-projet de loi de 1987 et le Code civil du Québec de 1991 n'ont pas suivi cette recommandation⁶².

⁵⁹ H. BOUTHINON-DUMAS, préc., note 28, 343.

⁶⁰ Article 1195: « [s]i 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. [Alinéa 2] 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. A 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 »

⁶¹ *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, texte n° 25 (11 février 2016), J.O.R.F. n° 0035, p. 15 (version électronique), en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>. Thierry REVET, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016.2.373, 3 (version électronique): « [l]e rapprochement et la porosité actuels des systèmes juridiques, notamment dans le cadre de l'Union européenne, ont ainsi favorisé la mutation qui s'opère aujourd'hui en droit commun français des contrats, s'agissant de cette question majeure [de l'imprévision], au moins dans l'ordre des symboles ».

⁶² Voir l'article V-75 de l'O.R.C.C. qui prévoyait : « [l]a survenance de circonstances imprévisibles qui rendent l'exécution du contrat plus onéreuse ne libère le débiteur de son obligation. [Alinéa 2] Exceptionnellement, le tribunal peut, nonobstant toute convention contraire, résoudre, résilier ou réviser un contrat dont l'exécution entraînerait un préjudice excessif pour l'une des parties, par suite de circonstances imprévisibles qui ne lui sont pas imputable ». J. BÉDARD, préc., note 2, 771; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 54, p. 1289; Didier LLUELLES, « La révision du contrat en droit québécois », (2006) 36 *R.G.D.* 25.

Outre la référence à la justice contractuelle, rien n'est précisé dans le rapport au Président de la République concernant les fondements des changements de circonstances. Il apparaît donc important de le ou les déterminer.

L'évolution du droit des contrats laisse apparaître une certaine mouvance dans l'interprétation des postulats fondamentaux sur lesquels le rejet de la théorie de l'imprévision était fondé, la théorie classique se voyant reprocher son « statisme et son rigorisme »⁶³. Prenant appui sur les évolutions de la pratique contractuelle, il pourrait être décelé une approche plus globale de l'opération contractuelle, allant vers une prise en considération du lien unissant les parties et remettant en cause l'interprétation traditionnelle de la sécurité juridique, nécessaire aux échanges.

C'est notamment à travers le concept de bonne foi ou de cause que les premiers frémissements en matière d'imprévision ont été ressentis par une partie de la doctrine, aussi bien en France qu'au Québec. Les deux paradigmes principaux en droit des contrats ne font alors qu'observer différents aspects des relations juridiques, et ne s'accordent pas sur le facteur à prendre en considération. Il apparaît cependant difficile de comprendre pourquoi les changements de circonstances devraient être admis de manière générale et automatique. L'évolution du droit des contrats, mais également les diverses interventions du juge dans l'accord, permettent de commencer à déterminer certaines limites.

De nombreux pays ont été confrontés à des situations similaires et chacun y a répondu en fonction de sa propre culture juridique, mais également en fonction de son propre contexte économique et politique. Certaines juridictions sont passées par la voie législative, d'autres par la voie judiciaire. En tout état de cause, les changements de circonstances sont un phénomène planétaire⁶⁴. Les fondements proposés au changement de circonstances en droit étranger

⁶³ A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 27, p. 334; Benoit FRYDMAN, « Le droit à la lumière de la philosophie de l'action », dans Pierre LIVET (dir.), *L'argumentation: droit, philosophie et sciences sociales*, Québec, Presses de l'université Laval, 2000, p. 145 à la page 154, précisant que « [p]our la résumer en deux mots, la théorie classique est à la fois volontariste et statique. Volontariste car elle se fonde, dans toutes ses étapes, de la formation du contrat à sa modification, en passant par son interprétation, sur le seul et unique critère de 'l'intention réelle et commune des parties'. Statique, dans la mesure où elle considère que cette intention s'est cristallisée de manière complète et définitive dans l'instant même de la formation du contrat, sans qu'il y ait lieu de considérer son évolution ultérieure ».

⁶⁴ Seront ici plus particulièrement pris en considération les États-Unis, l'Allemagne, l'Italie et l'Angleterre, toutes ces juridictions admettant un remède aux conséquences imprévisibles d'un changement de circonstances ainsi que l'application des principes UNIDROIT, des Principes européens du droit du contrat et le *Draft Common Frame of Reference*.

reprennent, pour partie, le débat français et québécois, en fondant principalement l'imprévision sur la bonne foi, sans pour autant que ce concept soit admis de manière unanime. Les juridictions cherchent également à reconnaître la relation contractuelle dans son ensemble. Il apparaît donc nécessaire de revenir sur le débat initial en matière de changement de circonstances afin d'essayer de déterminer le fondement des changements de circonstances. (Titre 1).

Cependant, en reconnaissant les relations contractuelles dans leur globalité, il est alors possible d'admettre que de l'intensité du lien devrait découler l'intensité des obligations, permettant ainsi une admission, de manière sélective, des changements de circonstances. Le droit semble reconnaître implicitement la relation contractuelle et il est possible de remarquer que, sous-jacente aux décisions des tribunaux, ce concept prend une place importante. En outre, la relation a été reconnue de manière légale, à travers le concept de « relation commerciale établie », issu du Code du commerce. Cependant, aucune définition n'a encore vu le jour, qu'elle soit législative ou jurisprudentielle. En outre, la théorie américaine des contrats relationnels de Ian R. Macneil a permis une théorisation de la notion de relation, qui ne pourrait avoir qu'une définition fonctionnelle. En France, Suzanne Lequette a cherché à théoriser une réalité intermédiaire avec le contrat-coopération, ce dernier prenant appui sur le lien personnel entre les partenaires. Ainsi, la relation aurait alors diverses conséquences interprétatives et explicatives en fonction de son intensité, et permettrait une admission circonscrite de l'imprévision à certains types de relations.

Malgré les critiques et les difficultés posées par ces diverses conceptions de la relation, il apparaît clairement qu'une analyse minutieuse des faits et comportements des contractants permet de déterminer l'existence de la relation, ce qui s'est produit lors de la reconnaissance d'un devoir de renégociation. La relation contractuelle envisage alors le lien entre les contractants, le faisant entrer dans le contenu obligationnel du contrat. Elle a pour fonction de pérenniser la relation entre les partenaires, en leur imposant une plus grande coopération et en admettant un interventionnisme judiciaire (Titre 2).

Titre 1 – Les fondements proposés à une règle concernant le changement de circonstances

Le droit des contrats a connu et connaît encore de nombreuses évolutions, aussi bien théoriques que jurisprudentielles, faisant écho à la pratique contractuelle. Deux courants principaux peuvent être mis de l'avant, démontrant qu'un seul paradigme ne peut servir à le décrire pleinement. De la simplicité du modèle de l'échange, la pratique contractuelle, relayée théoriquement par la doctrine, a créé de nouveaux modèles ne répondant plus aux catégories juridiques établies. Ainsi, une évolution théorique se fait jour, en écho à une jurisprudence, parfois audacieuse.

Ces évolutions nous montrent, toutefois, que le droit des contrats n'est pas un droit statique, fondé uniquement sur la volonté comme sources des obligations, mais que la création prétorienne est à l'œuvre. Ainsi, d'un contrat parfait dès la rencontre des volontés, complet dans le présent et pour l'avenir, fondé sur la seule volonté des parties comme source des obligations, le droit glisse doucement vers la reconnaissance d'une potentielle imperfection de la volonté, entraînant une certaine incomplétude du contenu contractuel pour le futur et une incapacité des contractants à sauvegarder leurs intérêts⁶⁵.

Le contrat n'apparaît plus comme pouvant survivre dans une bulle individualiste et abstraite, mais doit s'insérer dans un monde contractuel vivant et interconnecté. Suivant la fonction sécuritaire ou équitable attribuée au droit, « la conception du contrat qui en découle restreint ou favorise l'intervention du juge, sacralise ou relativise le rôle de la volonté des parties, rigidifie ou assouplit la loi contractuelle »⁶⁶, et justifie l'admission ou le rejet de la théorie de l'imprévision (Chapitre 1).

⁶⁵ M. COIPEL, préc., note 54.

⁶⁶ Jean-Pierre CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin? », dans Christophe JAMIN, Denis MAZEAUD et Pascal ANCEL, *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 99 à la page 123.

Le droit québécois et le droit français ne sont pas unanimes sur le fondement possible des changements de circonstances, plusieurs propositions ayant été émises. Le droit comparé pourrait alors être d'une aide précieuse. En effet, une analyse du contexte de l'admission et des fondements du changement de circonstances dans divers droits pourrait permettre de comprendre l'absence de reconnaissance de l'imprévision en droit québécois et la tardiveté de cette reconnaissance en droit français⁶⁷, mais également de déterminer un fondement particulier à une telle reconnaissance. En outre, le rapport au président de la République précise bien que la réforme s'inspire du droit comparé.

Cependant, il n'existe pas, là encore, de fondement universel au changement de circonstances. Chaque droit a ses propres propositions, qui évoluent au fil du temps et de la conception du droit et du contrat. Même si la bonne foi reste particulièrement importante en la matière, elle ne semble pas faire l'unanimité. Il apparaît alors que c'est en considération des faits entourant la conclusion et l'exécution du contrat que les juges admettent ou refusent l'application du régime des changements de circonstances. C'est la relation contractuelle qui est prise en considération (Chapitre 2).

⁶⁷ L'Ordonnance prévoit, dans ses dispositions transitoires et finales, à l'article 9 qu'elle entrera en vigueur le 1^{er} octobre 2016 et qu'elle ne s'appliquera qu'aux contrats conclus après cette date.

Chapitre 1 : Du dogmatisme au pragmatisme, l'évolution du droit des contrats

La théorie de l'imprévision met principalement en exergue deux conceptions du contrat : l'une rigide, la rejetant en considération d'une conception de la « sécurité-intangibilité »⁶⁸⁶⁹, la sécurité étant considéré comme « tout à la fois : savoir et prévoir »⁷⁰ ; l'autre, sociale, l'admettant en considération d'une conception de la sécurité-flexibilité, qui présuppose l'incomplétude. Ces deux visions montrent alors l'évolution du droit des contrats, et de la notion de sécurité juridique⁷¹, se dirigeant vers la souplesse nécessaire à l'admission des changements de circonstances. On reconnaîtra ici l'individualisme contractuel et le solidarisme contractuel (Section 1). La jurisprudence n'est pas restée insensible à ces conceptions et a permis au droit d'évoluer vers plus de flexibilité (Section 2).

Section 1 – L'évolution théorique du droit des contrats

La théorie du contrat évolue constamment. En effet, d'un absolutisme du dogme de l'autonomie de la volonté (Paragraphe 1), elle tend, peu à peu, à prendre en considération la réalité sociale qui entoure le contrat (Paragraphe 2). Cette mutation du droit des contrats aboutit à une certaine flexibilité du rapport contractuel et une évolution, voire une

⁶⁸ J.-P. CHAZAL, préc., note 66 à la page 125 qui oppose la « sécurité-intangibilité » à la « sécurité plastique » car changeante. Nous préférons toutefois le terme de flexibilité, plus évocateur.

⁶⁹ *Id.* qui oppose la « sécurité-intangibilité » à la « sécurité plastique » car changeante. Nous préférons toutefois le terme de flexibilité, plus évocateur. .

⁷⁰ Antoine CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002.2814, par. 10.

⁷¹ Georges ROUHETTE, Isabelle de LAMBERTERIE, Denis TALLON et Claude WITZ, *Principes du droit européen du contrat*, Paris, Société de législation comparée, 2003, à l'article 1:106 qui rappelle que la sécurité juridique est un des objectifs du droit des contrats, devant servir à les interpréter. Le Code civil du Québec est également attaché au principe de la sécurité contractuelle. Ceci s'est vérifié lors de la réforme et notamment lors des débats sur l'admission ou le rejet de la théorie de l'imprévision. Voir, à cet effet, Pierre-Gabriel JOBIN, « La stabilité contractuelle et le Code civil du Québec, un rendez-vous tumultueux », dans *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 409; Pierre-Gabriel JOBIN, « L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans la réforme du Code civil au Québec », *RTD civ.* 2004.693; Pierre-Gabriel JOBIN, « Deux lacunes de la justice contractuelle dans le Code civil du Québec », en ligne: <http://www.institut-idef.org/Deux-lacunes-de-la-justice.html>; Pierre-Gabriel JOBIN, « L'imprévision dans la réforme du Code civil et aujourd'hui », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 375; Pierre-Gabriel JOBIN, « La modernité du droit commun des contrats dans le Code civil du Québec: Quelle modernité ? », (2000) 52-1 *Rev. Int. Droit Comparé* 49; Élise CHARPENTIER, « Le prix de la sécurité juridique en matière contractuelle: l'exemple de l'évolution du sort réservé à la lésion en droit québécois », (2008) 110 *R. du N.* 545; Marie Annik GRÉGOIRE, « Économie subjective c utilité et intérêt du contrat. Réflexions sur les notions de liberté, de responsabilité et de commutativité contractuelles, à la suite de la codification du devoir de bonne foi », (2010) 44 *R.J.T.* 11.

modification, de ses principes directeurs. Deux visions, souvent qualifiées d'antagonistes, peuvent ainsi être mises en lumière.

Paragraphe 1 - La sécurité intangibilité ou le rejet de l'imprévision

La « sécurité-intangibilité » renvoie à la conception classique du contrat, qui est restée attachée à la volonté comme source quasi exclusive des obligations, à l'exception des lois impératives et des usages. Fondée sur l'article 1134 alinéa 1 du C.c.fr.⁷², l'article 1103 nouveau C.c.fr.⁷³ ou l'article 1439 du C.c.Q.⁷⁴, elle prône l'égalité des contractants, ce qui les rend libres dans la conclusion de leur accord. Ainsi, le contrat devient immuable et intemporel⁷⁵ (A), car il est juste et représente les prévisions voulues par les contractants. Dans cette conception du contrat, l'imprévision n'a donc pas sa place⁷⁶ (B).

A. Immutabilité et intemporalité : un contrat sans évolution

La conception de la « sécurité-intangibilité » aboutit à considérer le contrat comme « un bloc cristallisé et imperméable »⁷⁷, figé aussi bien dans ses termes (1) que dans le temps (2) au moment de l'échange des consentements, justifiant le rejet de toute modification non conventionnelle du rapport contractuel.

⁷² « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

⁷³ « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

⁷⁴ « Le contrat ne peut être résolu, résilié, modifié ou révoqué que pour les causes reconnues par la loi ou de l'accord des parties ».

⁷⁵ Denis MAZEAUD, « La révision du contrat », *Petites Affiches* 2005.129.4: « [d]ans un premier mouvement [...], on ne peut manquer de relever l'hostilité qu'a toujours provoquée l'idée même de révision du contrat dans la communauté juridique française, viscéralement attachée à une vision du contrat placé sous le double sceau de l'intangibilité et de l'intemporalité ».

⁷⁶ P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 14, p. 36: « [e]n quelque sorte on estime, avec raison, que dans la mesure où seule la volonté de l'individu a le pouvoir de lui dicter son comportement, elle seule peut aliéner sa liberté. Cette idée trouve en outre la consécration du Juste si l'on admet que seul l'individu est à même de savoir ce qui est bon pour lui. On en tire la conséquence que la volonté peut se créer sa propre règle, elle est autonome. La rencontre des volontés est donc en elle-même créatrice d'obligations juridiques, i.e. susceptibles de coercition, et une fois volonté découverte, le contrat a force absolue : ce qui a été voulu s'impose définitivement ».

⁷⁷ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, préc., note 5, par. 14.

1. Un contenu contractuel figé

Le contenu du contrat, dans la théorie classique, est et doit rester celui négocié par les parties et mis en lumière dans l'accord (a). Ainsi, toute modification des termes de l'engagement, outre nouvel accord de volonté, est, par principe exclu (b).

a. Le principe

Le principe de l'autonomie de la volonté postule que les contractants peuvent, par eux-mêmes, se contraindre, leur volonté ayant force de loi⁷⁸. De ce principe sont issus celui de l'intangibilité du contrat⁷⁹ et de la liberté contractuelle. Deux conséquences principales en découlent, à savoir que les parties sont obligées parce qu'elles ont émis la volonté de l'être, mais également, qu'elles ne sont obligées que dans la mesure de l'expression de cette volonté⁸⁰. Elles doivent donc savoir ce à quoi elles sont tenues, ainsi que la contrepartie qui leur sera demandée.

La volonté toute-puissante s'étant exprimée, le contenu contractuel a force obligatoire⁸¹, le contrat étant complet aussi bien dans le présent que pour le futur⁸² et devant être exécuté tel qu'il a été conclu⁸³, aucun pouvoir unilatéral⁸⁴ ou judiciaire⁸⁵ ne pouvant, sauf exception conventionnelle ou légale⁸⁶, venir en modifier le contenu.

⁷⁸ J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 14, p. 133. Sur les possibles interprétation du terme loi, voir, Jean-Pascal CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1er du code civil », *RTD civ.* 2001.265.

⁷⁹ Trois fondements sont généralement reconnus au dogme de la force obligatoire du contrat. Le premier est un fondement moral, à savoir le respect de la parole donnée: Paul-André CRÉPEAU, *Les principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : valeurs partagées?*, Scarborough, Ont, Carswell, 1998. Le second est la sécurité des conventions: MICHEL VOIRIN, préc., note 14, p. 50; C. M. POPESCU, préc., note 14, p. 101. Le dernier est la prévision apportée par l'intangibilité: K. HAERI et M. RAZAVI, préc., note 4; G. RIPERT, préc., note 6, p. 151.

⁸⁰ Laurent LEVENEUR, « Le forçage du contrat », (1998) 58 *Droit et patrimoine* 69, 70: « autonome, la volonté est libre de créer des droits subjectifs; mais puisqu'elle est autonome, la volonté ne doit pas pouvoir se faire imposer d'obligations »; G. GOLDSTEIN et N. MESTIRI, préc., note 53 à la page 302 et s.

⁸¹ Conformément à l'adage « Pacta sunt servanda ». Voir, H. ROLAND et L. BOYER, préc., note 24, v° « pacta sunt servanda ».

⁸² Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadrige: PUF, 2004, v° « autonomie de la volonté »; Voir également, D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 54, p. 1271, par. 2205 et s.; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 14, p. 304, par. 155; M. TANCELIN, préc., note 14, p. 240, par. 341 et s.; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 14; Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1 - contrat et engagement unilatéral*, Paris, PUF, 2012, p. 62 et s.; François TERRÉ, Yves LEQUETTE et Philippe SIMLER, *Droit civil: Les obligations*, Paris, Dalloz, 2013, p. 512, par. 462 et s..

⁸³ Paul-André CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 18-1 *R. du B. can.* 1, 5, précisant qu'« il suffise donc de rappeler l'existence du principe fondamental de la liberté contractuelle dans le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs : les parties contractantes peuvent façonner leurs rapports contractuels et librement fixer, au gré de leurs besoins et de leurs intérêts légitimes, les frontières du cercle contractuel ».

C'est ainsi que le contrat est considéré comme un acte de prévision, les parties ayant évalué leurs intérêts contractuels pour l'avenir⁸⁷.

« [I]l s'agit d'une convention dont la substance peut et doit être précisément déterminée dès l'accord de volonté des parties. Alors, il convient, dès l'instant où la convention est parfaite — au sens technique du mot — d'exécuter les règles que les contractants se sont données, quoi qu'on pense de celles-ci »⁸⁸.

Le postulat de la complétude contractuelle nécessite l'application d'un droit supplétif de volonté, afin de conserver le caractère complet de l'accord. L'interprétation de la commune intention des parties est alors censée permettre la réalisation de l'acte en fonction du plan initialement déterminé par les contractants. Il en est de même des sanctions en cas d'inexécution, qui sont supposées connues des parties dès la conclusion de l'accord. Le contrat, tel que défini par la doctrine classique, repose donc sur une sécurité juridique formelle, immuable et figée⁸⁹.

Cette présentation du contrat représente autant un enjeu juridique qu'économique, dans le sens où la prévision des gains devant se réaliser représente une valeur financière d'ores et déjà présente dans le patrimoine du créancier de l'obligation⁹⁰. Ainsi se justifie l'absence de modification des contrats.

b. La complétude du contrat

La force obligatoire, entendue comme la fixité de l'engagement complet et parfait des parties justifierait donc le rejet de la théorie de l'imprévision⁹¹, une volonté toute-puissante aux capacités illimitées ayant été émise, elle ne peut se voir, par la suite, contrariée.

⁸⁴ Bertrand FAGES, « Et pour assurer l'intangibilité du contrat, le juge des référés peut même ordonner à une partie de reprendre les relations contractuelles qu'elle a fait cesser de manière illicite », *RTD civ.* 2009.3.529.

⁸⁵ Refus de principe de la révision pour imprévision.

⁸⁶ On pense ici à la possibilité de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée ou les rares cas de force majeure ou encore la loi ou les usages (1434 C.c.Q. ou 1135 ancien C.c.fr. ou 1194 nouveau C.c.fr.).

⁸⁷ J. BÉDARD, préc., note 2, 782: « [I]a nécessité de sécurité dans les conventions, qui découlerait de la préservation farouche du principe de l'autonomie de la volonté, est l'argument le plus fréquemment invoqué à l'encontre de la théorie de l'imprévision ».

⁸⁸ Jean-Luc AUBERT, « L'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat », *Defrénois* 1993.22.1377.

⁸⁹ H. BOUTHINON-DUMAS, préc., note 28, 346.

⁹⁰ J. GHESTIN, préc., note 14, p. 177.

⁹¹ *H. Cardinal construction Inc. c. Dollard-des-Ormeaux (Ville)*, [1987] R.L. 672 : en l'espèce un contrat de construction a été conclu, dont le montant des travaux et leur durée n'était pas conforme au devis, qui apparaissait irréalisable. L'entrepreneur demande donc à revoir le montant du devis pour qu'il corresponde aux montants des travaux. La Cour estime qu'il aurait pu se prémunir contre ses difficultés et que la théorie de l'imprévision n'est pas reconnue. Elle affirme que « La théorie de l'imprévision - si tant est qu'elle soit invoquée par l'appelante - n'est guère reconnue dans notre droit. Il serait plutôt audacieux de prétendre que des arrêts

L'Office de révision du Code civil avait proposé d'introduire, dans le C.c.Q. un article 75 prévoyant de manière générale, et exceptionnelle, la révision judiciaire du contrat. Malgré la relativité du principe de la force obligatoire reconnue dans les commentaires du ministre, cette proposition a été supprimée de l'Avant-projet de loi de 1987 ainsi que du Code lui-même⁹². En France et au Québec⁹³, depuis l'arrêt Canal de Craponne⁹⁴, les cours suprêmes ont toujours refusé d'admettre l'imprévision⁹⁵. En France, il faudra attendre l'entrée en vigueur de

relativement récents de notre Cour consacrent cette théorie. De son côté, la doctrine a plutôt tendance à la combattre ». Dans le même sens, *Transport Rosemont Inc. c. Montréal (Ville de)*, [2008] Q.C.C.S. 5507 : en l'espèce, un contrat de déneigement a été passé avec la ville. Cependant, suite à une hausse des prix des carburants, les déneigeurs demandent un ajustement du prix du contrat, cette hausse étant imprévisible et indépendante de la volonté des parties. La Cour estime que la révision judiciaire des contrats n'est possible que dans des cas spécifiques (donation et fiducie, notamment), ce qui ne permet pas d'étendre une telle sanction. En outre, elle rappelle que la théorie de l'imprévision, de manière générale, n'est pas admise en droit québécois. En effet, elle pose, au par. 47, la question de l'intangibilité et de la stabilité des conventions : « Si la théorie de l'imprévision était admise dans tous autres domaines que ceux déjà prévus par exception au Code civil du Québec par le législateur québécois, que ferions-nous de la force obligatoire des contrats et de la stabilité contractuelle? ». Dans le même sens, *Groupe Renaud-Bray Inc. c. Innovation F.G.F. inc.*, [2014] 2014 Q.C.C.S. 1683, qui, en l'espèce, concerne une option de rachat d'action par la demanderesse suite au décès du dirigeant principal. La défenderesse, plaidant l'intention commune des parties, refuse le rachat car la convention prévoit un certain montant annuel de versement qui aboutiront à acquitter le montant total dans 40 ans, ce qui ne pouvait être la volonté des signataires. La Cour estime que la convention a été modifiée en 1996, cette dernière prévoyant un terme de paiement de 24 mois. Ainsi, les parties avaient bien l'intention de modifier les conditions de paiement. Elle précise, en outre, que l'imprévision n'est pas reconnue en droit québécois; *Placement Claude Gohier Inc. c. Supermarché Le Blainvillois*, J.E. 2004-566 (CQ), qui, en l'espèce, demande la révision des coûts d'entretien d'une servitude de passage et de stationnement. La Cour rappelle que la théorie de l'imprévision n'est pas admise. Cependant, elle révisé la clause de partage des coûts conformément au principe de la bonne foi et à l'obligation de coopération, car le contrat prévoyait une renégociation de ces coûts, et le refus de la demanderesse entraîne un acte abusif; *Procureur général du Québec c. Kabakian Kechichian*, [2000] R.J.Q. 1730 (C.A.), précisant, suite à la conclusion d'un contrat de parainage, que réduire les obligations en fonction des capacités de paiement du parrain, revient à admettre l'imprévision, alors que cette notion n'est pas reconnue en droit québécois. *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd c. Hydro-Québec*, [2014] Q.C.C.S. 3590. En l'espèce, Churchill Falls Labrador Corporation souhaite obtenir une renégociation des termes du contrat d'approvisionnement en électricité conclu en 1969 avec Hydro-Québec qui prévoyait un prix fixe d'achat de l'électricité, diminuant d'un montant déterminé au fil des ans. En effet, étant donné l'augmentation du prix de l'électricité, une modification législative québécoise et la forte concurrence sur les marchés de l'énergie, Hydro-Québec a vu s'augmenter son profit. Les parties s'opposent donc sur l'allocation des profits réalisés. Churchill Falls invoque alors que l'augmentation importante et imprévisible des prix de l'énergie oblige, conformément au principe de bonne foi, son partenaire à renégocier les modalités de prix prévu dans le contrat d'approvisionnement. « [L]a Cour retient que le législateur québécois avait rejeté formellement l'introduction proposée dans le droit québécois de la « théorie de l'imprévision ». Bien que cette théorie fasse toujours l'objet de certains débats entre juristes, les tentatives de l'invoquer ont aussi été rejetées par les tribunaux de cette province ». La Cour rejette donc la demande. L'arrêt de la Cour supérieure a été confirmé en appel, *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, [2016] QCCA 1229 (CA) (Demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême, 30-09-2016, n° 37238 (consulté le 5 décembre 2016)).

⁹² J. BÉDARD, préc., note 2, 771 et s.; P.-G. JOBIN, préc., note 71.

⁹³ Didier LUELLES, « Rapport Canadien - La révision du contrat », dans *Le contrat - Journées brésiliennes*, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, n°55, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 483 à la page 496 : « les tribunaux québécois [...] sont franchement hostiles à [la révision judiciaire du contrat]. Le point de départ de cette prise de position, y compris au Québec, est incontestablement un arrêt de la cour de cassation française dans la célèbre affaire du Canal de Craponne ».

⁹⁴ Civ., 6 mars 1876, préc., note 11.

⁹⁵ *Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Discours du 15 juin 2007, Paris, 2007, en ligne:

l'ordonnance 2016-131 pour la voir reconnaître, sachant que cette dernière ne s'appliquera qu'aux contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016.

Le contrat fixant l'intégralité de ses modalités dès sa conclusion⁹⁶, quelle que soit sa durée ou ses caractéristiques, il n'a pas besoin d'être aménagé, adapté ou révisé lors de son exécution⁹⁷, il est parfait⁹⁸, « exact »⁹⁹, « absolument complet [...] il se suffit à lui-même »¹⁰⁰, il « est l'avenir anticipé, c'est du futur irrévocablement engagé – voilà en quoi consiste sa force spécifique et aussi son utilité, économique notamment »¹⁰¹. Le temps s'arrête au moment de l'échange des consentements.

2. Une temporalité figée

La théorie classique prône que le contrat est un acte de prévision, ce qui justifie que le temps s'arrête au moment de l'échange des consentements (a). Ainsi, le modèle de base du contrat est un modèle limité (b).

a. L'atemporalité du contrat

Le contrat fait partie d'un temps abstrait, d'un « temps positiviste »¹⁰², issu de la commune intention des parties. Il est donc « hors du temps »¹⁰³, instantané et immuable¹⁰⁴. Dans un

https://www.courdecassation.fr/institution_1/autres_publications_discours_2039/discours_2202/travail_cour_10699.html.

⁹⁶ Judith ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004.1.47, 30. La doctrine américaine a fait le même constat, et aboutit aux mêmes reproches. Voir, Ian R. MACNEIL, « Restatement Second of Contracts and Presentation », (1974) 60-4 *Va. Law Rev.* 589 précisant que « presentation is only a manner in which a person perceives the futur's effect on the present; but it depends upon events outside the individual psyche, events viewed as determining the future. Presentation is thus a recognition that the course of the futur is bound by present event, and that by those events the future has for many purposes been brought effectively into the present »; Ian R. MACNEIL, *The new social contract: an inquiry into modern contractual relations*, New Haven, Yale University Press, 1980. Voir également, Hervé LÉCUYER, « Le contrat, acte de prévision », dans *L'avenir du droit: mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF, 1999, p. 643.

⁹⁷ Horatia MUIR WATT, « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », dans *La relativité du contrat: journées nationales, Nantes, 1999*, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 169 à la page 173.

⁹⁸ H. BOUTHINON-DUMAS, préc., note 28, 346: « [i]l faut que tous les éléments de l'échange et tous les éléments qui pourraient l'affecter d'une manière ou d'une autre soient prévus ».

⁹⁹ Marie Annik GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité: la bonne foi comme instrument de justice*, Cowansville Québec, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 240; J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 14, p. 539, par. 446.

¹⁰⁰ C. BOISMAIN, préc., note 28, p. 65, par. 71.

¹⁰¹ F. OST, préc., note 7 à la page 137.

¹⁰² François OST, *Le temps du droit*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1999, p. 242.

¹⁰³ Camille JAUFFRET-SPINOSI, « Le contrat: rapport de synthèse », dans *Le contrat: journées brésiliennes*, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, n°55, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 1 à la page 6: « [l]e temps explique les nouvelles approches du contrat, aussi bien l'approche économique que l'approche morale ou sociale. Le contrat dans la conception classique était "hors du

environnement statique, le futur peut être connu et prédit, la contreprestation contractuelle étant connue à l'avance, ce qui rend les prévisions des parties réalisables¹⁰⁵.

En effet, « dans l'esprit du Code, le contrat n'était qu'un lien de transition, qui permettait de passer de la volonté à l'obligation. C'est pourquoi il était incapable de durer, se limitant à produire sur-le-champ quelques effets simples »¹⁰⁶.

La force obligatoire provenant des volontés initiales des parties, l'accent a été mis sur la phase de formation de l'accord, et non sur sa phase d'exécution¹⁰⁷, entraînant une absence de prise en considération des potentielles évolutions de son environnement — évolutions pouvant aboutir à son incomplétude¹⁰⁸. En effet, la volonté précède la formation de l'accord, qui va produire de manière immédiate ses obligations¹⁰⁹. La théorie classique postule fixité temporelle lors de l'expression des consentements et complétude contractuelle exprimée par la volonté, devant évincer toute reconnaissance de la mutation de l'environnement contractuel, qu'elle soit politique, économique, sociale ou technologique.

temps", il semble retrouver aujourd'hui le fil du temps. Un temps plus souple apparaît pour que survive un contrat adapté, rééquilibré. Pour sauver le contrat, le rendre juste, il faut pouvoir le modifier ».

¹⁰⁴ F. OST, préc., note 102, p. 187; Muriel FABRE-MAGNAN, « Introduction », dans *La relativité du contrat*, coll. Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 1 à la page 8 qui considère le contrat comme « l'instrument de réalisation instantanée de cet échange »; F. OST, préc., note 7 à la page 152; Anne-Sophie Lavefve LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 106: « [l']influence du temps sur le contrat se trouve exclue de toute appréciation jurisprudentielle. [...] Ce non-interventionnisme judiciaire peut aboutir à la rupture du contrat en raison de sa perte d'efficacité, ce qui revient à limiter significativement le phénomène de pérennité contractuelle ».

¹⁰⁵ Alex Y SEITA, « Uncertainty and contract law », (1984) 46 *U Pitt Rev* 75, 87, précisant que « [i]n such static environment where the future is predictable and the outcomes of making contracts are certain, it might make sense to say that everyone is better off for having entered into a bargain and that resources move inexorably to their optimal use in society ».

¹⁰⁶ Rémy LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », dans *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit: mélanges offerts à Jean-Luc Aubert.*, Paris, Dalloz, 2005, p. 211 à la page 217.

¹⁰⁷ Cette affirmation doit, cependant, être nuancée. Depuis maintenant quelques années, la phase d'exécution des obligations a fait l'objet d'une certaine attention. Voir, plus loin, la critique de la prise en compte du temps dans le contrat et notamment les modes d'exécution, au-delà de la durée (mais quelle durée?). Sans prétendre à l'exhaustivité, voir, pour des études de certains concepts, et notamment celui de bonne foi dans l'exécution du contrat, Claude MASSE, « La bonne foi dans l'exécution du contrat (rapport général) », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE (dir.), *La bonne foi: Journées louisianaises*, Paris, Litec, 1994, p. 217; Ginette LECLERC, « La bonne foi dans l'exécution du contrat (Rapports canadiens) », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE (dir.), *La bonne foi: Journées louisianaises.*, Paris, Litec, 1994, p. 265; Alain BÉNABENT, « La bonne foi dans l'exécution du contrat (Rapport français) », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE (dir.), *La bonne foi: Journées louisianaises*, Paris, Litec, 1994, p. 291; Fall PARAISO, *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, PUAM, 2011; Pour une étude plus spécifique, voir, Olivier PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat: contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, Paris, L.G.D.J.-Lextenso, 2012.

¹⁰⁸ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, préc., note 5, par. 5.

¹⁰⁹ R. LIBCHABER, préc., note 106 à la page 217.

b. Un modèle limité

« Incarnant jusqu'à la caricature l'immédiateté et la simplicité de l'échange »¹¹⁰, le modèle conceptuel de base du contrat représente un modèle limité¹¹¹, en termes de temporalité et de rationalité, sur lequel la théorie générale des obligations et ses principes fondamentaux ont été forgés¹¹². Se retrouve, dans cette temporalité figée, le principe de la liberté contractuelle, qui implique la corrélation entre les effets juridiques de l'accord et les promesses réalisées, soit la force obligatoire du contrat légalement conclu. La théorie classique ne considérant le contrat que comme créateur d'obligations, ce dernier ne peut durer, car « il s'épuise dans cette fonction », l'accord ne pouvant durer plus longtemps que sa fonction¹¹³. Seules les prestations promises auront un effet obligatoire, le lien unissant les parties n'étant représenté que par cette exécution.¹¹⁴ Le contrat devra ainsi s'appliquer malgré l'iniquité, l'injustice, l'inutilité ou le changement¹¹⁵.

« Classic contract law assumes a light switch. A light is either on or off ; the parties have agreed to contract or they haven't. Often, however, in a long-term continuing relationship, the situation resembles a rheostat. As more and more power is sent to the bulb, we get more and more light. It is hard to say when the light has been turned on. On and off are not useful terms »¹¹⁶.

C'est l'assurance de la force obligatoire et de l'intangibilité des promesses qui sont un gage de sécurité pour les contractants, et que le droit doit garantir¹¹⁷. Elle aboutit au respect des prévisions des parties et à la justice dans le contrat.

B. Prévision et justice : un contrat sans contractant

Le principe de la liberté contractuelle ne peut s'appliquer que si les contractants sont considérés comme égaux dans la négociation de leur convention, ce qui rend cette dernière nécessairement juste (1), imposant ainsi le respect des prévisions contractuelles (2).

¹¹⁰ *Id.* à la page 221, par. 13.

¹¹¹ Denis MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel: du feu, des cendres, des braises ... », dans Jean HAUSER (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis: Dalloz, 2012, p. 905 à la page 915 et s.

¹¹² C. JAMIN, préc., note 56, 52.

¹¹³ R. LIBCHABER, préc., note 106 à la page 219.

¹¹⁴ Pascal ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999.771, précisant que « pour la plupart des auteurs, dire que le contrat a force obligatoire, c'est dire que les parties sont tenues d'exécuter les obligations nées du contrat ».

¹¹⁵ F. OST, préc., note 102, p. 187.

¹¹⁶ S. MACAULAY, préc., note 28, 778.

¹¹⁷ Thomas PIAZZON, *La sécurité juridique*, Paris, Defrénois, 2009, par. 23; Voir, également, O. PENIN, préc., note 107, p. 349.

1. L'abstraction des contractants

Les contractants, dans la théorie classique, n'ont pas de caractéristiques spécifiques, ils sont considérés comme égaux (a). Cette égalité leur permet de conclure des accords nécessairement justes (b).

a. L'égalité contractuelle

La théorie classique considère les contractants de manière abstraite¹¹⁸, les contrats étant conclus par des parties ne se connaissant pas, et n'ayant pas vocation à continuer leur relation dans le futur. La personnalité des contractants est indifférente, de même que les raisons de l'accord, les parties n'ayant d'autres obligations que celles promises lors de l'engagement¹¹⁹. Cette « doctrine de philosophie sociale [...] fait de l'individu considéré abstraitement comme une volonté libre et isolé du milieu social, l'objet unique, l'unique fondement, la fin ultime du droit »¹²⁰.

Au-delà de la reconnaissance d'un accord ponctuel et délimité, sans lien avec la société dans laquelle il s'insère ou sans reconnaissance d'un lien entre les contractants, la toute-puissance accordée à la volonté a postulé l'« égalité des parties contractantes à assurer effectivement une saine sauvegarde de leurs intérêts personnels »¹²¹, chacune ayant des capacités transactionnelles égales, qu'il s'agisse d'égalité financière, cognitive, informationnelle ou encore économique, à l'exception des lois spéciales, ce qui a considérablement réduit les possibilités de reconnaissance d'une certaine flexibilité pour donner primauté à la sécurité des transactions, entendue comme la fixité du contenu contractuel¹²².

¹¹⁸ Christophe JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », dans *Etudes offertes à Jacques Ghestin: Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 441 à la page 445, précisant que « [l]a découverte du social et de la division du travail par certains civilistes les amène alors à critiquer de manière virulente l'individualisme excessif de leurs prédécesseurs, ainsi que leur goût pour les constructions trop abstraites: l'individu désincarné et isolé n'est plus défendable ».

¹¹⁹ R. W. GORDON, préc., note 28, 569, précisant que « [i]n classical contract, individuals have no obligations to each other save those created by coercive rules of the state or their own promises ». Cette affirmation est pourtant immédiatement relativisée, car la théorie classique a su, tout de même, évoluer à certaines nouvelles réalités: « this is a caricature even of the 19th century rule-system. It leaves out of account the entire, very extensive realm of legally recognized and enforced fiduciary relationships, as well as the many occasions on which contracts courts paternalistically protected weak parties from bad bargain [...] ».

¹²⁰ A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 27, p. 19.

¹²¹ M. A. GRÉGOIRE, préc., note 71, par. 18.

¹²² Élise CHARPENTIER, « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », (2004) 45 *C. de D.* 69, 79, puis p. 90; M. A. GRÉGOIRE, préc., note 99, p. 28, précisant que « [l]a théorie de l'autonomie de la volonté veut que, chaque partie étant égale dans son pouvoir de conclure le contrat,

Les contractants ne sont qu'indirectement pris en considération par la théorie classique. En effet, le contrat est perçu comme un « échange instantané entre deux agents économiques quasi indépendants »¹²³. Ce qui domine dans ce type de transaction est le bien échangé, et non la personne du contractant, les parties organisant leur échange économique et arrêtant de manière définitive leurs obligations¹²⁴. L'objet du contrat sera généralement un bien ou il sera considéré comme un bien même s'il a une autre nature. Le droit se concentre alors sur l'objet et non sur le sujet¹²⁵, exception faite de la reconnaissance des vices du consentement et du consentement en général¹²⁶. « Toutes dimensions psychologiques ou sociales — comme la confiance, la réputation, voire le langage lui-même — sont absentes »¹²⁷.

Cette conception du contrat se retrouve dans le projet Catala de réforme du droit des obligations et de la prescription, qui propose, aux articles 1135-1 et 1135-2, que les parties, dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, puissent insérer des clauses de renégociation afin de déterminer le sort du contrat en cas de changement de circonstances privant l'accord d'intérêt pour l'un des contractants¹²⁸.

elle ne consentirait pas à une convention qui la désavantagerait. Ainsi, un contrat apparaît juste parce que les parties en ont déterminé les conditions », puis à la p 71, « [s]elon cette conception, la justice contractuelle passe par le respect absolu de l'équilibre subjectif du contrat, tel que déterminé par la volonté des parties ».

¹²³ André BÉLANGER et Joëlle MANEKENG TAWALI, « Au-delà de l'utilitarisme, le don plutôt que le relationnel dans le contrat d'assurance », (2009) 50 *C. de D.* 37, 53.

¹²⁴ L. ROLLAND, préc., note 46; D. MAZEAUD, préc., note 20 à la page 25.

¹²⁵ L. ROLLAND, préc., note 46, par. 34.

¹²⁶ Au Québec, le consentement et les vices du consentement sont énumérés à l'article 1399 qui dispose que « Le consentement doit être libre et éclairé. Il peut être vicié par l'erreur, la crainte ou la lésion ». Voir, par exemple, D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 54, p. 253 et s. En France, les vices du consentement sont régis par l'article 1109 ancien du Code civil qui dispose que « [i]l n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol » ou par l'article 1130 nouveau du Code civil qui dispose que : « [l]'erreur, le dol et la violence vicent le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné ». Voir, par exemple, F. TERRÉ, préc., note 14, p. 217.

¹²⁷ H. BOUTHINON-DUMAS, préc., note 28, 345.

¹²⁸ Projet disponible sur le site de ministère de la justice français, en ligne : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf. Voir également, de manière générale, COUR DE CASSATION, préc., note 58; John CARTWRIGHT, Stefan VOGENAUER et Simon WHITTAKER, *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, Société de législation comparée, 2010; Gilles PILLET, « Analyse de l'avant projet de réforme du droit des contrats (suite): exécution des contrats », *Essent. Droit Contrats* 2008.4.3. Sur les clauses de hardship ou sauvegarde, voir généralement, J-M GUILLOT, *La clause de hardship: mécanisme d'adaptation non automatique des contrats à long terme*, Université Laval, 1994; Josée RINGUETTE, *Le hardship: vers une reconnaissance du principe par les tribunaux arbitraux du commerce international*, Montréal, Université de Montréal, 2003; Mauricio Curvelo de Almeida PRADO, *Le hardship dans le droit du commerce international*, coll. Fondation pour l'étude du droit et des usages du commerce international, Paris, Forum européen de la communication ; Bruxelles: Bruylant, 2003; Filip De LY et Marcel FONTAINE, *Drafting international contracts: an analysis of contract clauses*, Ardsley, N.Y., Transnational Publishers, 2006.

b. La justice contractuelle

Cette égalité a pour conséquence que les parties sont considérées comme les meilleures gardiennes de leurs intérêts, ce qui rend le contrat nécessairement juste¹²⁹, car représentant les intérêts de chacun, l'équilibre parfaitement négocié entre les parties¹³⁰. En effet, « [q]ui dit contractuel, dit juste »¹³¹. Les prévisions contractuelles n'ont donc pas à être modifiées par une autorité extérieure, sous peine de voir cet équilibre rompu.

Ainsi, les deux principes de liberté contractuelle et de force obligatoire du contrat sont les garants de la justice et de l'équilibre des transactions¹³², même en cas de déséquilibre, car la liberté entraîne la responsabilité¹³³, le juge ne pouvant secourir les imprévoyants¹³⁴. Rejeter la théorie de l'imprévision « encourage la diligence »¹³⁵ et permet de protéger le cocontractant qui s'est le mieux prémuni contre les effets du temps et des volontés changeantes¹³⁶, notamment en négociant une clause de sauvegarde contractuelle en cas de changement de circonstances¹³⁷. L'adaptation est donc laissée au libre jeu des volontés, sans lesquelles l'accord ne sera pas adapté¹³⁸, afin de ne pas concéder un avantage indu au débiteur, source

¹²⁹ J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 14, p. 133, précisant que « un contrat est toujours le fruit d'une volonté libre et éclairée, il est par hypothèse conforme à la justice. Les parties ne peuvent donc pas se plaindre, après s'être engagées, que leurs obligations, librement acceptées, sont trop lourdes ou injustes. Ce sont les individus qui, dans leurs activités économiques, sont les meilleurs juges de leur intérêt, et non l'État. Par hypothèse, il ne saurait y avoir de contrat injuste. Il n'y a donc aucune place pour la justice corrective ».

¹³⁰ Thomas GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, L.G.D.J., 2007, par. 522, précisant que « [a]pplicatif l'idée selon laquelle seul l'individu est à même de savoir ce qui est bon pour lui, la logique de prévision postule que le juste ne peut se réaliser que dans l'application stricte de la volonté des parties ».

¹³¹ Alfred FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, Paris, Hachette, 1880, p. 410. Pour un examen critique de la formule, voir, Louise ROLLAND, « « Qui dit contractuel, dit juste. » (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons », (2005) 41 *McGill L.J.* 765; Jean-Fabien SPITZ, « "Qui dit contractuel, dit juste": quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD civ.* 2007.281.

¹³² Nicholas MOLFESSIS, *Les principes de proportionnalité et l'exécution du contrat, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?*, Faculté de droit, Paris V, Petites Affiches, 117, 30 septembre 1998, p. 21, par. 2.

¹³³ O. PENIN, préc., note 107, p. 365.

¹³⁴ Thomas GENICON, « Théorie de l'imprévision ... ou de l'imprévoyance? », *D.* 2010.2485.

¹³⁵ Yves LEQUETTE, « De la difficulté des clauses de hardship », dans Sarah BROS et Blandine MALLET-BRICOUT (dir.), *Christian Larroumet liber amicorum*, Paris, Economica, 2009, p. 267, par. 1, parlant de la « fonction répulsive de la règle supplétive de volonté qui refuse la révision pour imprévision ».

¹³⁶ Alain SÉRIAUX, « Le futur contractuel », dans Jean-Jacques AUSTRUY (dir.), *Le droit et le futur*, coll. Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris. Série Philosophie du droit, Paris, PUF, 1985, p. 77 à la page 77: « admettre la correction du contrat devenu déséquilibré par la force du temps incite à la négligence et fait porter les conséquences de celle-ci sur le cocontractant qui n'y est finalement pour rien. Il n'est certes pas assuré que le cocontractant de l'imprévoyant ait été plus vigilant. Il n'en demeure pas moins qu'il est juste qu'il ne subisse les conséquences de l'imprudence et de la légèreté de son cocontractant ».

¹³⁷ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 14, p. 509, précisant que « le contractants seraient imprudent de ne rien prévoir »; B. STARCK, préc., note 14, p. 508; J. BÉDARD, préc., note 2, 781; A. BOHEMIER et F. FOX, préc., note 14, 82.

¹³⁸ Laurent AYNÈS, « L'imprévision en droit privé », *R.J. Com.* 2005.397, par. 9.

d'injustice¹³⁹. Est alors mise de l'avant la fonction répulsive de la règle, les prévisions des parties devant être respectées.

2. La fonction économique du contrat

Le contrat a pour fonction d'encourager les échanges, ce qui ne passe que par la sécurité de l'exécution de la convention (a) qui impose le rejet de la théorie de l'imprévision (b).

a. La sécurité par la prévisibilité

Le contrat est généralement considéré comme un « acte de prévision »¹⁴⁰, ayant pour fonction d'encourager les échanges de biens ou de service entre les contractants¹⁴¹. Par conséquent, il édicte des règles qui, par leur nature et la sanction de leur non-respect, favorisent les échanges entre les différents acteurs économiques et procure la sécurité dont ils ont besoin¹⁴². La sécurité des transactions serait alors assurée par la sanction de l'inexécution des obligations telles qu'elles avaient initialement été prévues lors de l'accord des volontés¹⁴³, qui correspond à la force obligatoire des conventions. La sécurité juridique, en favorisant les échanges, participerait ainsi au bien-être général et à la richesse de la société¹⁴⁴.

Au-delà de cet intérêt social, il apparaît nettement que les contractants cherchent, à travers le contrat, à satisfaire leurs besoins personnels et intérêts privés¹⁴⁵. La force obligatoire est justifiée, car les individus rationnels vont entrer dans un engagement de manière volontaire s'ils estiment que l'accord leur apportera une contrepartie supérieure à ce qu'ils devront

¹³⁹ A. SÉRIAUX, préc., note 136 à la page 88.

¹⁴⁰ H. LÉCUYER, préc., note 96. Contra, R. LIBCHABER, préc., note 106 à la page 218, précisant que « le contrat classique est moins un acte de prévision qu'une tentative désespérée de conservation. Les contractants ne se projettent pas dans le futur pour régler leurs attitudes sur ce qu'ils y voient; au contraire, ils en refusent la charge de renouvellement en lui imposant les règles du jour, les conditions d'un présent défendu envers et contre toutes les inéluctables évidences du changement ».

¹⁴¹ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 54, p. 63; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, préc., note 5, 368; Paul-André CRÉPEAU, « La fonction du droit des obligations », (1998) 43 *McGill L.J.* 729, 732.

¹⁴² M. FABRE-MAGNAN, préc., note 82, p. 60, précisant que « le Droit devrait protéger les attentes du créancier au motif que celui-ci a pu légitimement croire qu'elles seraient respectées, mais celui-ci n'a pu légitimement croire qu'elles seraient respectées que si le Droit les protège; or on ne peut, sans circularité, présupposer le caractère obligatoire de la promesse pour ensuite l'expliquer ».

¹⁴³ F. TERRÉ, préc., note 14, par. 438.

¹⁴⁴ P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 14 qui précisait que ce qui fonde principalement la force obligatoire de l'engagement, c'est la sécurité juridique qui en découle; Voir, également, J. BÉDARD, préc., note 2, 782.

¹⁴⁵ A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 27, par. 57; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 54, par. 1997.

donner¹⁴⁶. Les contractants sont alors considérés comme ayant une opposition d'intérêts, un « antagonisme natif »¹⁴⁷ qui entraînent que chacune des parties veut ce que l'autre possède¹⁴⁸. Ainsi, le contrat est perçu comme une « transaction entre des intérêts opposés »¹⁴⁹. Il est conflictuel, permettant la conciliation ponctuelle d'intérêts égoïstes.

Suivant le postulat que les parties sont des acteurs rationnels prévoyant leurs obligations de manière complète, il est alors possible de présumer qu'ils représentent tous des échanges avantageux pour les contractants¹⁵⁰. Les parties ayant déterminé pour l'avenir l'équilibre de leur transaction, leurs prévisions ne pourront être remises en cause, quel qu'en soit le motif.

« La logique de prévision semble [...] la seule à garantir ce "but premier du droit, celui sur lequel tout le reste s'appuie, celui à défaut duquel toutes les autres valeurs disparaissent". Par elle seulement, l'issue contractuelle est prévisible et le droit à l'exécution ne risque pas d'être remis en cause »¹⁵¹.

Le contrat s'impose au juge, qui doit le faire respecter tel qu'il a été initialement convenu¹⁵². La théorie de l'imprévision ne peut donc être admise, les contrats étant complets dès leur formation et pour toute la durée de leur exécution¹⁵³.

¹⁴⁶ A. Y. SEITA, préc., note 105, 86, précisant que « *[r]ational individual make exchanges when each perceives that he will gain from the transaction* ».

¹⁴⁷ R. LIBCHABER, préc., note 106 à la page 222, précisant que « [l]e système du Code est figé autour d'un antagonisme natif, qui oblige à décider de tout a priori: si les permutations s'opèrent demain, c'est aujourd'hui qu'elles sont décidées, en fonction d'un équilibre intangible ».

¹⁴⁸ François DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », (1999) 43 *Archives de philosophie du droit* 259, 259 et s: « résultant d'un excès de libéralisme contractuel, la différence entre les intérêts respectifs des parties étaient perçue comme une source d'opposition parce qu'on estimait que la satisfaction attendue par l'une des parties dépendait de l'appauvrissement corrélatif de l'autre ».

¹⁴⁹ C. JAMIN, préc., note 118 à la page 462, précisant que « [l]a philosophie libérale ne l'aurait pas permis [« au juge de rétablir l'équilibre contractuel et permettre à chacune des parties de tirer avantage du contrat »], car chacun y est vu à la fois comme le défenseur de son seul intérêt, ce qui interdit qu'il prenne en considération celui de l'autre, et comme le meilleur de son intérêt, ce qui rend inutile toute intervention du juge ».

¹⁵⁰ Ghislain TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », (2012) 53 *C. de D.* 577, par. 84, précisant que « axée sur la recherche du gain et des profits, la philosophie libérale individualiste et volontariste du contrat ignore sous couvert de dogmatique, soit l'autonomie de la volonté, les vulnérabilités multiples qui peuvent être celles des parties en situation d'assujettie au rapport d'obligations ».

¹⁵¹ T. PIAZZON, préc., note 117, par. 23; Voir, également, O. PENIN, préc., note 107, p. 349.

¹⁵² Louise ROLLAND, « Les frontières de l'ordre contractuel: les traçages économiques et juridiques », (2006) 41-1 *C. de D.* 13, par. 12, précisant que le « juge n'est ni un justicier ni le ministre de l'équité: à tous égards, il faut craindre l'arbitraire du juge. Il vaut mieux s'en remettre à la volonté des parties, car "faire prévaloir la volonté, c'est évidemment faire prévaloir la stabilité" ».

¹⁵³ G. ROUHETTE, I. de LAMBERTERIE, D. TALLON et C. WITZ, préc., note 71, à l'article 1:106 qui rappelle que la sécurité juridique est un des objectifs du droit des contrats, devant servir à les interpréter. Le Code civil du Québec est également attaché au principe de la sécurité contractuelle. Ceci s'est vérifié lors de la réforme et notamment lors des débats sur l'admission ou le rejet de la théorie de l'imprévision. Voir, à cet effet, P.-G. JOBIN, préc., note 71; P.-G. JOBIN, préc., note 71; P.-G. JOBIN, préc., note 71; P.-G. JOBIN, préc., note 71; P.-G. JOBIN, préc., note 71; É. CHARPENTIER, préc., note 71; M. A. GRÉGOIRE, préc., note 71.

b. Le rejet de la théorie de l'imprévision

Cet objectif premier du droit qu'est la sécurité des transactions devrait alors primer tous les autres et empêcher toute adaptation des termes de l'engagement en fonction des circonstances, qu'elles soient économiques ou sociales¹⁵⁴, car elle « risque de le perturber et de troubler l'exécution des autres contrats »¹⁵⁵. L'admission de l'imprévision entraînerait inefficacité et insécurité, car l'adaptation serait contraire à l'idée même de contrat et au rôle dévolu à la volonté, les parties n'ayant plus le contrôle du contenu obligationnel, malgré l'inaptitude du juge et du législateur d'entrevoir les particularismes de l'économie voulue par les parties et du secteur dans lequel elles se trouvent¹⁵⁶.

Les droits français et québécois semblent avoir trop valorisé le postulat de la complétude du contrat¹⁵⁷, sans laisser suffisamment de place au postulat inverse¹⁵⁸. En même temps qu'elle évite une renégociation sans fin des termes de l'engagement, à la moindre modification de l'environnement contractuel¹⁵⁹, cette cristallisation de l'accord au moment de la rencontre des volontés empêche toute régulation des changements de grande ampleur¹⁶⁰. « [L]e contrat est intangible et intemporel ou il n'est pas ; et l'intervention du juge le dénature, le défigure, le

¹⁵⁴ O. PENIN, préc., note 107, p. 349.

¹⁵⁵ *Id.*, p. 359; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 14, par. 285; M. A. GRÉGOIRE, préc., note 99, p. 241; J. BÉDARD, préc., note 2, 784; L. ROLLAND, préc., note 46, 937 et s; Louise ROLLAND, « Les principes d'Unidroit et le Code civil du Québec: variations et mutations », dans Guy LEFEBVRE (dir.), *Les principes d'Unidroit et les contrats internationaux: aspects pratiques*, coll. Les journées Maximilien-Caron 2001, Montréal, Éditions Thémis, 2003 à la page 195; J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 14, p. 542; Paul-André CRÉPEAU, *Théorie générale de l'obligation juridique : éléments d'une introduction*, Montréal, Centre de Recherche en droit privé & comparé du Québec, 1987, p. 116; B. FAUVARQUE-COSSON, préc., note 56. Contra, Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX, *Les obligations. 1, L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, 14^e éd., Paris, Sirey, 2010, p. 388, précisant que « [c]e qui crée l'insécurité, c'est le bouleversement des conditions économiques, spécialement la hausse des prix. Ce fait une fois acquis, on n'y remédie pas par l'intangibilité du contrat dans une instabilité générale. Une réajustement a plus de chance de contribuer au rétablissement de la sécurité, en créant les conditions d'un nouvel équilibre ».

¹⁵⁶ Yves LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », dans Paul DIDIER, *Études de droit privé: mélanges offerts à Paul Didier*, Paris, Economica, 2008, p. 247, par. 20.

¹⁵⁷ Pascal ANCEL, « La force obligatoire du contrat. Jusqu'où faut-il la défendre? », dans Christophe JAMIN, Denis MAZEAUD et Pascal ANCEL, *La nouvelle crise du contrat*, coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2003, p. 165 à la page 166, précisant qu'en cas de conflit entre la force obligatoire du contrat et les principes de bonne foi et d'équité, la balance penchera d'un côté ou de l'autre « en fonction des valeurs - nécessairement extrajudiciaires - qui sont les siennes ».

¹⁵⁸ Sandrine DRAPIER, *Les contrats imparfaits*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 14.

¹⁵⁹ Et donc une mutabilité extrême, voir, Gaël PIETTE, *La correction du contrat*, 1, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, p. 32; Henri BATIFFOL, *La philosophie du droit*, Paris, PUF, 1960, p. 412.

¹⁶⁰ MICHEL VOIRIN, préc., note 14, p. 28, précisant que « [q]u'on objecte pas: la sévérité n'est pas plus l'injustice que l'indulgence l'équité: porter toute sa sympathie au débiteur victime des circonstances, c'est sacrifier le créancier qui exige son dû. Ceux qui formulent de telles objections n'exagèrent [...] -ils pas les conséquences possibles de la théorie de l'imprévision afin d'écarter un problème embarrassant? ».

disqualifie... »¹⁶¹. Cependant, le rejet de la théorie de l'imprévision n'est acceptable que dans la mesure où l'accord des parties est parfait et complet, sans lacune. Dans le cas contraire, ce rejet semble difficilement justifiable¹⁶².

Une immutabilité moins rigide, axée sur la reconnaissance des évolutions liées à la temporalité et aux limites cognitives des contractants, permettrait de garantir une certaine sécurité. Le contrat ne serait alors plus perçu comme impersonnel, mais comme un lien entre les contractants, qui nécessiterait certains aménagements au fil du temps. La stabilité formelle du rapport contractuel apparaît de plus en plus théorique et un besoin de stabilité réelle nécessitant une révision du rapport contractuel semble naître dans les esprits¹⁶³.

Paragraphe 2 – La sécurité-flexibilité ou l'admission des changements de circonstances

Le rejet de la théorie de l'imprévision n'a pas convaincu toute la doctrine. En effet, divers facteurs mériteraient d'être reconnus, postulant l'incomplétude du contrat. Depuis maintenant de nombreuses années, la théorie générale du contrat a évolué, « sous la pression de la pratique »¹⁶⁴.

« Depuis un siècle, il s'est produit une triple évolution dans la nature des rapports contractuels les plus fréquents et les plus significatifs. Du contrat transactionnel, on est passé de plus en plus au contrat relationnel conçu pour une longue durée. Du contrat individualisé, on est passé au contrat type standardisé. Du contrat juridiquement simple, on est passé au contrat juridiquement très sophistiqué »¹⁶⁵.

Par conséquent, d'un contrat parfait, l'acte pourrait être reconnu ou devenir imparfait, le temps ou les choix contractuels venant contredire le postulat classique de perfection (A). De la même manière, l'inégalité des parties est de plus en plus souvent prise en considération par le droit

¹⁶¹ D. MAZEAUD, préc., note 75 expliquant la théorie classique des contrats, à laquelle il n'adhère pas.

¹⁶² P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 14, p. 37.

¹⁶³ Claude RENOUX, *La théorie de l'imprévision en droit italien*, [S.I.], Université d'Aix-Marseille, 1964; A. CRISTAU, préc., note 70; F. OST, préc., note 7 à la page 147; S. DRAPIER, préc., note 158, p. 17, précisant que « [p]eut-être la perspective volontariste, dans laquelle la théorie classique a toujours enfermé les contrats, les empêche en voilant l'élément le plus décisif de l'économie contractuelle: le temps »; Jean-Pierre DELMAS-SAINT-HILAIRE, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », dans *La tendance à la stabilité du rapport contractuel; études de droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 189, par. 2; E. GOUNOT, préc., note 26, p. 387; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, préc., note 5, par. 11, précisant que « la stabilité du contrat, acte d'emprise sur l'Avenir, soit indissociable de sa nature même, cela est indéniable. La sécurité juridique participe de la confiance entre les parties et plus largement de l'utilité sociale du contrat. Cette stabilité ne doit pas pour autant se confondre avec l'intangibilité ».

¹⁶⁴ B. FRYDMAN, préc., note 63 à la page 165.

¹⁶⁵ Jean-Guy BELLEY, « La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme », (1985) 26-4 *C. de D.* 1045, 1048 et s.

positif, ce dernier commençant à re-intégrer les contractants dans le milieu social duquel ils sont issus (B).

A. *L'incomplétude du contrat*

L'évolution contemporaine du droit des contrats, à travers le courant du solidarisme contractuel, et notamment la reconnaissance de sa phase d'exécution, montrerait un temps de l'imparfait¹⁶⁶, permettant de prendre en compte la réalité des faits dans lesquels le contrat se déroule, même si le degré d'incomplétude est difficilement déterminable¹⁶⁷. Si la volonté joue un rôle important lors de la formation de l'acte, sa place peut se voir limitée lors de la phase d'exécution¹⁶⁸.

L'imprévision aurait alors sa place au sein du système et serait même de l'essence de l'accord, permettant de compléter cette volonté défaillante dans l'objectif du maintien du lien contractuel. Ainsi, la prévision contractuelle peut se voir limitée par des considérations externes aux contractants (1), ou par des considérations internes (2).

1. Les limites externes à la complétude

Les contractants peuvent subir l'incomplétude de leur contrat de deux manières, « les meurtrissures du temps »¹⁶⁹ (a) ou leurs capacités cognitives limitées (b) pouvant rendre leurs prévisions obsolètes, incomplètes ou erronées.

a. L'écoulement du temps

Au-delà de l'aliénation par la cristallisation, la durée permet la reconnaissance d'une certaine mutation. Le passage du temps améliorera ou amenuisera les prévisions initiales des

¹⁶⁶ S. DRAPIER, préc., note 158.

¹⁶⁷ Donald J. SMYTHE, « Bounded rationality, the doctrine of impracticability, and the governance of relational contracts », (2004) 13 *Cal Interdisc J* 227, 233: « [i]n contrast to neoclassical economics and most classical contract analysis, both new institutional economics and the legal scholarship on relational contracts commonly assume that the rationality of economic agents is bounded – that is, that there are limits on agents' capacities to frame and solve economic problems ». En outre, p. 234, l'auteur précise que « [t]he term "bounded rationality" refers to a conception of human cognitive abilities that recognizes limitations on the human imagination and human information processing capacities ».

¹⁶⁸ M. FABRE-MAGNAN, préc., note 82, p. 58.

¹⁶⁹ Paul DURAND et Marc AZOULAI, *La tendance à la stabilité du rapport contractuel: études de droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 11.

contractants¹⁷⁰, sans l'intervention d'une quelconque volonté¹⁷¹, ne permettant pas, dans tous les cas, de maîtriser intégralement le futur¹⁷², et de prévoir l'ensemble des circonstances pouvant bouleverser l'économie initialement envisagée¹⁷³. Les incidences du temps sur les obligations contractuelles et sur le contrat semblent « indomptable[s] »¹⁷⁴, pour partie insaisissables¹⁷⁵.

Le passage du temps et ses conséquences sur le contrat commencent à être reconnus en droit civil¹⁷⁶. La phase d'exécution est une période au cours de laquelle les contractants vont réaliser l'objet du contrat, et comporte, par essence, certains risques, et principalement le risque d'inexécution¹⁷⁷. C'est l'une des raisons pour lesquelles il est généralement considéré que les contrats à long terme sont des contrats incomplets¹⁷⁸, et comportant une part d'aléa¹⁷⁹. Il y a toujours une part d'incertitude aussi bien sur l'exécution conforme aux stipulations contractuelles que sur les circonstances entourant la réalisation du contrat¹⁸⁰.

¹⁷⁰ L. AYNÈS, préc., note 138, par. 13, précisant que "les parties savent que quelle que soit la précision de l'acte de prévision, l'avenir réserve toujours des surprises jouteuses et malheureuses.

¹⁷¹ F. PARAISO, préc., note 107, p. 43, par. 34 : « [e]n fait, rien n'est acquis par la conviction que le contrat oblige, pas plus que rien n'est perdu parce qu'un contractant s'aperçoit que l'horizon de son engagement est indéfini. Que le créancier redoute l'inexécution et, en principe, le débiteur, la condamnation, ensemble ils témoignent seulement de la faillibilité de l'opération contractuelle ».

¹⁷² B. FRYDMAN, préc., note 63 à la page 155, précisant que « on sait à présent, grâce notamment aux études menées dans les sciences cognitives, que cette vue des choses ne correspond pas à la réalité des actions humaines dans lesquelles les intentions sont précisées, amendées et réinterprétées en cours de réalisation », puis « la théorie classique n'ouvre qu'une marge de manoeuvre extrêmement étroite à la révision éventuelle des prestations et des objectifs au cours de l'action, alors que de telles révisions sont en pratique inévitables dans toutes les entreprises, surtout lorsque la collaboration est appelée à se prolonger durant un certain temps et implique des interactions relativement complexes ».

¹⁷³ Claude MÉNARD, « Imprévision et contrat de longue durée: un économiste à l'écoute des juristes », dans Gilles GOUBEAUX, *Études offertes à Jacques Ghestin : Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 671; Claude WITZ, « Force obligatoire et durée du contrat », dans PAULINE RÉMY-CORLAY, DOMINIQUE LASZLO-FENOUILLET et PASCAL ANCEL (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, p. 175; M. A. GRÉGOIRE, préc., note 99, p. 240; Randy E. BARNETT, « The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent », (1992) 78 *Va Rev* 821, 821; A. Y. SEITA, préc., note 105, 87.

¹⁷⁴ A.-S. L. LABORDERIE, préc., note 104, par. 6 pour qui le droit doit « dompter l'indomptable! ». Voir également, pour la même idée d'un futur « insaisissable, [...] surprenant, [...] imprévu » A. SÉRIAUX, préc., note 136.

¹⁷⁵ L. THIBIERGE, préc., note 14, par. 28 et s.

¹⁷⁶ M. FABRE-MAGNAN, préc., note 104 à la page 8.

¹⁷⁷ F. PARAISO, préc., note 107, p. 19, par. 9.

¹⁷⁸ I. R. MACNEIL, préc., note 96, 592 et s.

¹⁷⁹ Victoire LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, Aix-en-Provence, PUAM, 2000, par. 56, précisant que « [q]uoi que les choses diffèrent, il n'en demeure pas moins que l'on retrouve, dans les contrats commutatif qui se prolonge dans la durée, un aléa [...] ». Sont des « contrats devenus aléatoires [...] ». Contra, François GRUA, « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats commutatifs et aléatoires », *RTD civ.* 1983.263, par. 6, précisant que « [t]ous les contrats comportant un aléa ne sont pas aléatoires, sans quoi la quasi totalité des contrats le seraient ».

¹⁸⁰ L. THIBIERGE, préc., note 14, par. 28.

Ce souffle invisible passant sur le contrat nécessite un minimum de flexibilité afin de prendre en compte la survenance d'une nouvelle réalité¹⁸¹. Le contrat pourra alors disposer de plusieurs futurs¹⁸², qui ne pourront qu'« aspirer à acquérir une qualité évolutive et solidaire »¹⁸³. Plus longue est la durée, plus incertain est le futur¹⁸⁴, certains contrats étant incapables de se réduire à des prestations et obligations précisément définies dès le stade de leur formation¹⁸⁵, d'autres subissant les foudres de la réalité factuelle¹⁸⁶.

b. Les limites de la rationalité

De plus en plus aujourd'hui, les parties cherchent à se prémunir contre les effets du temps, mais également à établir des relations contractuelles durables¹⁸⁷, tout en évitant les comportements opportunistes¹⁸⁸. Cependant, en plus du passage du temps, leurs capacités cognitives limitées peuvent également entraîner une incomplétude contractuelle¹⁸⁹.

Tout contractant dispose d'une rationalité limitée¹⁹⁰ à certains éléments particuliers¹⁹¹. En effet, ils ont une vision simplifiée¹⁹² et fragmentaire¹⁹³ de la réalité qui peut être complexe¹⁹⁴.

¹⁸¹ F. OST, préc., note 7 à la page 152.

¹⁸² L'un des textes fondateurs de la doctrine de Ian Macneil en porte d'ailleurs le nom, I. R. MACNEIL, préc., note 28.

¹⁸³ H. MUIR WATT, préc., note 97.

¹⁸⁴ F. OST, préc., note 102, p. 193; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, préc., note 5, par. 7 pour qui « [s]i le lien contractuel devient plus plastique, plus adaptable, il devient par la-même moins cassant ».

¹⁸⁵ J. ROCHFELD, préc., note 96, par. 30 précisant que « en raison de leur longue durée, ils sont marqués par l'impossibilité d'identifier les conditions futures d'exécution et de caractériser les adaptations complexes à venir. Les termes de l'exécution y sont déconnectés de la formation. Il y a donc incomplétude du projet de départ et baisse de la « presentation » ».

¹⁸⁶ Jean-Marie MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.* 1988.87.481.

¹⁸⁷ Paul J. GUEDEL, « Relational contract theory and the concept of exchange », (1998) 46 *Buff. Rev.* 763, 769 précisant qu'en ne prenant pas en compte l'évolution de la relation contractuelle, le juge qui chercherait à interpréter la commune intention des parties telle que déclarée lors de l'accord initial réécrit le contrat, ce dernier ayant évolué.

¹⁸⁸ David CAMPBELL et Donald HARRIS, « Flexibility in long-term contractual relationships: the role of co-operation », (1993) 20 *J. Soc.* 166, 166.

¹⁸⁹ M. FABRE-MAGNAN, préc., note 104, p. 8 et s. : « Sur le contrat à long terme, on bute en réalité nécessairement sur les limites cognitives des contractants qui doivent donc prévoir des mécanismes pour compléter et adapter le contrat en fonction de l'évolution des circonstances. Le droit rejoint ici les développements de économistes des conventions, qui ont développé plusieurs théories autour des contrats dits précisément "incomplets" ».

¹⁹⁰ Denis MAZEAUD, « L'arrêt Canal "moins" ? », *D.* 2010.2481, par. 7.

¹⁹¹ Denis MAZEAUD, *La politique contractuelle de la Cour de cassation*, Cycle Droit et technique de cassation 2005-2006, décembre 2005, p. 396, en ligne : https://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2005_2033/technique_cassation_6795.html précisant que « [c]'est surestimer la rationalité des contractants que d'affirmer, sous la forme d'une pétition de principe, qu'ils sont capables, au jour de la conclusion de leur contrat, d'anticiper et d'apprécier les évolutions futures de l'environnement de leur relation ».

¹⁹² Céline ABECASSIS, « Les coûts de transaction: état de la théorie », (1997) 15-84 *Réseaux* 9, 14.

Cette situation est aggravée par le type de contractants, le type de contrats, mais également lorsque le contrat est de longue durée, car en plus de prendre en considération les éléments actuels, les parties devront analyser des éléments futurs. Dans ces situations, l'attention sera encore plus limitée, ce qui ne permettra d'en prévoir qu'un infime fragment. Les parties se baseront sur leur expérience passée¹⁹⁵, ne cherchant pas forcément la perfection, mais se contentant généralement d'un « niveau minimum de satisfaction »¹⁹⁶.

En outre, le contrat pourra être considéré comme incomplet, car il s'agit d'un document écrit, qui doit réduire dans un certain langage les promesses des parties. La compréhension des contractants étant déjà limitée, l'utilisation de l'écrit va encore réduire leur attention. Si les distorsions de compréhension sont reconnues¹⁹⁷, l'accord des parties ne peut qu'imparfaitement traduire d'intention commune ou de promesses mutuelles¹⁹⁸.

Toutes ces limites involontaires à la complétude de l'accord correspondent aux caractéristiques de tous êtres humains, mais également aux caractéristiques de la vie en société, qui va se mouvoir plus vite que ce que les contractants pourront envisager¹⁹⁹. L'admission des changements de circonstances pourrait donc permettre de pallier les imperfections. Il semble nécessaire d'aller en deçà et au-delà du contrat à proprement parler²⁰⁰.

¹⁹³ Ian R. MACNEIL, « Dispute over omission in contracts », (1968) 68 *Columbia Law Rev.* 860 s'étant fondé sur les travaux de Farnsworth, qui a développé le concept psychologique « d'attention limitée ».

¹⁹⁴ D. J. SMYTHE, préc., note 167, 233, précisant que « *both new institutional economics and the legal scholarship on relational contracts commonly assume that the rationality of economic agents is bounded - that is, that there are limits on agents' capacities to frame and solve economic problems* ».

¹⁹⁵ C. ABECASSIS, préc., note 192, 14 précisant que « dans la plupart des cas, confronté à un choix, l'individu construit un modèle simplifié de la réalité. Cette définition de la situation est essentiellement basée sur son expérience passée. La plupart de ses décisions sont de routine; il se replie sur des solutions utilisées déjà dans des situations qui lui apparaissent grossièrement similaires et qui s'étaient révélées satisfaisantes ».

¹⁹⁶ C. ABECASSIS, préc., note 192; I. R. MACNEIL, préc., note 28, 726; Jacques GHESTIN, « La généralisation d'un contrôle objectif de l'équivalence des prestations est-elle opportune? », dans Benoît MOORE, *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 343; C. JAMIN, préc., note 56.

¹⁹⁷ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 728: « *[t]he hearer simply does not hear what the declarer says, because what the declarer says is part of one human being and what the hearer hears is part of another and different human being* » et « *a host of factors inherent both in human communication and in the fragmentary nature of promises preclude their constituting mirror reflections of either the present and the future. Thus they never can be a complete basis for dealing with the future* ».

¹⁹⁸ B. FRYDMAN, préc., note 63 à la page 154, précisant que « [o]n ne peut jamais connaître l'intention réelle de celui qui participe à un acte de langage, quand bien même son comportement semblerait confirmer ses dires ».

¹⁹⁹ A. Y. SEITA, préc., note 105, 77: « *[i]f in treating beliefs or expectations as absolute a person may lose a fortune or even his life, self-interest motivates him to consider the possibility that his beliefs are erroneous or that his expectations will be disappointed. Since uncertainty affects the lives of individuals as well as the actions of society, it behooves man to study the effects of uncertainty [...]* ».

²⁰⁰ Melvin A. EISENBERG, « Why there is no law of relational contracts », (2000) 94 *Nw U Rev* 805, 810: « *[c]ontract should take into consideration the dynamic aspects of contracting: past, present, future* ».

Cependant, pour prendre en compte le lien contractuel, la reconnaissance des caractéristiques des parties est nécessaire. L'évolution du lien qui les unit pourra avoir modifié la volonté initialement émise, et entraîner un besoin d'adaptation afin de satisfaire les intérêts de chacun.

2. Les limites internes à la complétude

Aujourd'hui, le contenu contractuel peut être évolutif, et ne serait plus figé au moment de la rencontre des volontés. Le juge pourrait intervenir directement dans le contrat, ou il pourrait être demandé aux parties elles-mêmes de modifier leur accord. Le contrat est alors perçu de manière dynamique²⁰¹.

« Le changement n'est pas dans les obligations, mais dans le mécanisme même de production des effets. Au lieu que le contrat s'enferme dans le cercle des volontés originaires, il admet que les obligations qui le mettent en œuvre puissent être conçues au fur et à mesure, au gré des besoins effectifs »²⁰².

Divers facteurs peuvent engendrer des incertitudes dans le contrat, que les parties ne voudront pas prendre en charge (a). Cependant, ces facteurs montrent que le contrat a une importance entre les contractants, et qu'il nécessite une certaine pérennité. Cette dernière ne peut alors passer que par un mécanisme de révision des termes de l'engagement (b).

a. Les coûts de transaction

Négociation, informations, rédaction, les coûts de transaction²⁰³ correspondent à tous les coûts engendrés par la conclusion d'un contrat²⁰⁴, à l'exception du prix de l'objet de ce dernier²⁰⁵.

²⁰¹ Philippe LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, coll. Dalloz Action, Paris, Dalloz, 2010, p. 998 et s.

²⁰² R. LIBCHABER, préc., note 106 à la page 225.

²⁰³ Luc GRYNBAUM, « Doctrine américaine contemporaine: le droit des contrats partagé entre l'empire de l'économie et l'aspiration à la justice sociale », *RDC* 2008.8.1383 : « Posner pose une formule mathématique aux termes de laquelle le coût de transaction d'un contrat est égal au coût de la négociation et de la rédaction du contrat auquel s'ajoute le coût de la probabilité d'un litige sur le sens de ce contrat. Le coût de cette probabilité de litige se décompose lui-même comme la somme du coût du litige et du coût d'une possible interprétation erronée du contrat ». Voir également, Catherine DELFORGE, « Le contrat à long terme: quand la relation enrichit le contrat ... », dans Catherine DELFORGE, *Actualités en matière de rédaction des contrats de distribution*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 1 à la page 7 : « [I]es « coûts de transaction » s'entendent plus particulièrement des coûts que génère la transaction avec autrui et dont, dès lors, la déduction n'aurait pas eu lieu si l'opération avait été exécutée en « interne », au sein de la firme. Les auteurs y incluent des composantes variables selon qu'ils entendent la notion de façon plus ou moins large. Dans un sens restreint, sont seuls qualifiés de tels les frais de conclusion (en ce compris les frais de prospection, de négociation et de rédaction du contrat « formel »), d'exécution (en ce compris les frais d'adaptation et de terminaison) et de monitoring du contrat (« les frais que les parties doivent engager pour se rejoindre et réaliser l'échange »). D'autres auteurs y intègrent également les coûts liés aux obstacles qui s'imposent aux contractants en raison du choix de conclure telle opération avec tel agent, comme les contraintes liées à leurs cognitions et préférences respectives ou les gains manqués du fait d'un tel choix. Selon l'analyse des coûts de transaction, deux visées orientent principalement la décision de contracter et le choix de la structure

Les coûts de transaction vont augmenter ou diminuer en fonction de l'environnement de la transaction, à savoir en fonction du climat d'incertitude ou encore en cas de nécessité d'investissements spécifiques²⁰⁶. Si ces coûts sont trop élevés, les contractants ne chercheront pas à se prémunir contre la potentialité d'un risque²⁰⁷.

L'incertitude liée à la transaction correspond aux comportements opportunistes, c'est-à-dire aux comportements égoïstes, malhonnêtes ou de mauvaise foi que peuvent adopter les contractants et contre lesquels le partenaire devra se prémunir. En outre, elle correspond à la rationalité limitée des contractants eux-mêmes, qui ne pourront anticiper l'intégralité des conséquences engendrées par chacun de leur choix. Une connaissance complète de l'environnement entourant la transaction semble impossible, aussi bien en ce qui concerne l'environnement immédiat, qu'en ce qui concerne l'environnement futur.

En outre, le lien de dépendance entre les partenaires est de plus en plus souvent pris en considération. En effet, les investissements spécifiques, effectués dans l'objectif de la réalisation d'une opération particulière, pourront se trouver difficilement réutilisables avec

contractuelle : la volonté de réduire les coûts de la transaction, tout d'abord, celle de lutter contre l'opportunisme du cocontractant, ensuite ». Pour une théorie des coûts de transaction, voir, Oliver E. WILLIAMSON, « Transaction-cost economics: the governance of contractual relations », (1979) 22-2 *JL Econ* 233 qui estime que cette théorie est proportionnelle à l'importance de trois critères, à savoir la spécificité des investissements, la fréquence des contacts entre les partenaires, et le degré de complexité de l'opération économique envisagée.

²⁰⁴ y compris les coûts de changement de partenaires. Voir, Stewart MACAULAY, « Non-contractual relations in business: a preliminary study », (1963) 28 *Am. Sociol. Rev.* 55, 64, précisant que « [t]here are costs and delays involved in turning from a supplier one has dealt with in the past to a new supplier ».

²⁰⁵ C. BOISMAIN, préc., note 28, p. 172 précisant que « [d]'une part, il existe des coûts de recherche et d'annonce correspondant à la mise en contact des offreurs et des demandeurs. D'autre part, il existe des coûts d'information sur les spécificités du produit. Il existe également des coûts de négociation sur le prix, des coûts de rédaction des contrats et des coûts de contrôle de l'exécution du contrat ».

²⁰⁶ Voir, de manière générale pour la théorie des coûts de transaction de Williamson, O. E. WILLIAMSON, préc., note 203; Thomas M. PALAY, « A Contract does not a contract make », *Wis Rev* 1985.561, 563: « *Williamson argues that three variables determine the characteristics of a governance structure: the degree to which uncertainty is present, the frequency of exchange, and the extent to which the exchanges are supported by idiosyncratic capital. He suggests that the last is the most important because extensive investments in transaction specific assets can cause competitive conditions to deteriorate after the initial contract is set. This raises hazards during the contract execution stage. Parties with idiosyncratic investments are particularly susceptible to opportunistic conduct if and when incomplete terms must be filled in or a problematic issue renegotiated. This vulnerability gives the parties an incentive to find some way to protect their investment. The more idiosyncratic the investment, the more likely the parties will devise unique, privately determined governance structures* ».

²⁰⁷ George G. TRIANTIS, « Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability », (1992) 42-4 *Univ. Tor. Law J.* 450-483, 468, précisant que « [i]f information is costly, there is a point at which it becomes efficient for the decision maker to accept the existence of unknown risks rather than to invest in additional information ». Ces coûts sont connus sous la dénomination « coûts de transaction »; D. J. SMYTHE, préc., note 167, 236.

d'autres partenaires ou pour d'autres transactions²⁰⁸. Ce coût correspond donc au lien de dépendance existant entre le contractant réalisant l'investissement et son partenaire²⁰⁹.

La préservation du contrat est un objectif de protection autant des attentes des partenaires que des divers investissements ayant été réalisés²¹⁰.

b. La nécessaire pérennité de l'engagement

Ainsi, la théorie des coûts de transaction démontre que la pérennité du contrat est un gage de satisfaction pour les contractants qui ont investi du temps et de l'argent dans sa conclusion²¹¹. En outre, sans reprendre l'analyse économique, les sociologues américains ont également mis l'accent sur la volonté des parties de préserver la relation. La conclusion d'un accord, de même que la confiance dans son partenaire ont un coût, ce qui rendra difficile le changement de partenaire²¹². C'est dans ce sens que la pérennité de la relation a été analysée. La doctrine francophone a également reconnu ou a commencé à reconnaître un principe de pérennité contractuelle²¹³. Les accords peuvent donc apparaître moins formels, et plus souples²¹⁴.

²⁰⁸ La notion d'investissement spécifique peut donc renvoyer au concept de dépendance économique. Pour un aperçu, voir, Georges J VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Paris, L.G.D.J., 1986 qui estime que la dépendance économique suppose trois conditions, à savoir l'existence d'un lien contractuel entre le partenaire en position de domination et l'adhérant, la nécessité de ce lien contractuel pour la survie du partenaire dépendant et la permanence de la relation. .

²⁰⁹ T. M. PALAY, préc., note 206, 563.

²¹⁰ Richard E SPEIDEL, « The characteristics and challenges of relational contracts », (2000) 94 *Nw UL Rev* 823, 835 : « [p]reserving the contract protect the transaction-specific investments, preserves expectations, and avoids disrupting relationships that have developed between the parties to the long term contract and third persons in and around the exchange. Moreover, it provides incentives for the parties, neither of which is in breach, to continue negotiations toward either an agreed termination or an adjustment ».

²¹¹ William C. WHITFORD, « Ian Macneil's contribution to contracts scholarship », *Wis Rev* 1985.545, 550: « [p]reservation of the relationship can be a means to wealth maximization. As parties establish regular ways of conducting their business, and as they commit what the economists call idiosyncratic investments to the relationship, the transaction costs of finding a substitute for an existing relationship can become great. A manufacturer with a regular supplier will have worked out many understandings over the years that make particular exchanges more efficient. Rarely will a switch to a new supplier not involve extra costs as similar understandings are developed anew. Hence, making extensive efforts to preserve relationships, the behavior pattern that Macneil observes, is frequently the course indicated by wealth maximization ».

²¹² S. MACAULAY, préc., note 204, 57, précisant, suite à son étude empirique, que « [b]usinessmen often prefer to rely on "a man's word" in a brief letter, a handshake, or "common honesty and decency" - even when the transaction involves exposure to serious risks. Seven lawyers from law firms with business practices were interviewed. Five thought that businessmen often entered contracts with only a minimal degree of advance planning. They complained that businessmen desire to "keep it simple and avoid red tape" even where large amounts of maney and significant risks are involved ».

²¹³ A.-S. L. LABORDERIE, préc., note 104; Thomas R. HURST, « Freedom of Contract in an Unstable Economy: Judicial Reallocation of Contractual Risks under UCC Section 2-615 », (1975) 54 *N. C. Law. Rev.* 545.

²¹⁴ D. J. SMYTHE, préc., note 167, 232.

Certaines études ont reconnu que la conclusion d'un contrat complet nécessitait des moyens intellectuels, financiers et technologiques presque illimités, les contractants devant prévoir un nombre infini de situations, plus ou moins probables²¹⁵, allant des diverses humeurs politiques aux différentes conjonctures économiques²¹⁶. Tous ces besoins ont un coût, que les parties ne pourront ou ne voudront pas prendre en charge²¹⁷.

Dans tous les cas, la reconnaissance de l'incomplétude du contrat permettrait de prendre en considération les possibilités d'utilisation de l'imprévision²¹⁸. En effet, que la volonté ait ou non joué un rôle dans l'incomplétude contractuelle, le lien unissant les contractants a une valeur en soi, et mérite, dans la mesure du possible, d'être préservé. La reconnaissance de la valeur du lien interpersonnel a donc des conséquences sur la théorie générale.

B. Le contrat comme lien entre les contractants

Le droit se tournerait alors vers le sujet, à savoir le contractant et non plus sur l'objet. Il y aurait inversion²¹⁹. En effet, l'identité des contractants ou leur statut peut apparaître important afin de déterminer l'intensité de leur obligation, mais également leur état de faiblesse ou de dépendance et est considéré comme déterminant dans de nombreux contrats (1). Il est difficile d'estimer qu'il existe un lien ou une relation entre des inconnus. Ainsi, une partie de la doctrine plaide donc pour la reconnaissance de certains types de transactions qui nécessite une

²¹⁵ A. Y. SEITA, préc., note 105, 81 et s: « *[k]nowledge of risks alone, however, is insufficient for effective decision making. Rational planning and behavior must consider not only whether unexpected events may occur but also the likelihood that they will occur. Although a contract may have risks of large magnitude, a party takes precautions only if the chance of these risks taking place exceeds an acceptable level. A party may calculate that he stands to lose one million dollars if the other party to the contract breaches. Although cognizant of the possibility of breach, he may disregard that risk if he believes the chance of the risk occurring to be infinitesimal - say, one chance in a million* ».

²¹⁶ C. BOISMAIN, préc., note 28, p. 74-75 précisant que « [s]i les parties souhaitent conclure un contrat complet elles doivent envisager tous les événements qui peuvent survenir lors de son exécution. Cela demande du temps et des informations sur les risques pouvant survenir, leur probabilité, leur intensité, leurs conséquences, etc. »

²¹⁷ Alan SCHWARTZ, « Relational contracts in the courts: an analysis of incomplete agreements and judicial strategies », (1992) 21 *J. Leg. Stud.* 271, 278 précisant que « *[t]he cost of solving the problem may exceed the parties' private gain from solution* »; M. A. EISENBERG, préc., note 200.

²¹⁸ Laurence BOY, « Les "utilités" du contrat », *Petites Affiches* 1997.109.3, 1 (version électronique): « [l]a notion d'incomplétude ne doit cependant pas être évacuée totalement par le juriste. Elle pourrait constituer une piste sérieuse de réflexion pour expliquer la tendance actuelle à la fragilisation de l'effet obligatoire des contrats, notamment des contrats économiques, lesquels semblent donner lieu à renégociation permanente ».

²¹⁹ L. ROLLAND, préc., note 46, 34.

collaboration accrue des parties dans l'objectif de la réalisation de leurs intérêts (2). La théorie classique doit être adaptée et une certaine souplesse dans sa mise en œuvre est nécessaire²²⁰.

1. L'identité des contractants

La reconnaissance de l'identité des contractants (a) démontre l'affaiblissement du rôle de la volonté, qui n'apparaît plus libre et autonome (b). Les parties ne peuvent être considérées comme les meilleurs gardiens de leurs intérêts justifiant la reconnaissance de l'imprévision.

a. Les caractéristiques des contractants

Le regard porté sur la réalité contractuelle a mis en lumière que le postulat d'égalité absolue des parties ne correspondait plus à la pratique contractuelle et que dans nombre de situations, il existait bel et bien un état d'inégalité entre les partenaires²²¹, permettant l'exploitation de la partie en situation de faiblesse par son cocontractant²²². Rien n'est précisé, dans la théorie classique, sur le lien qui unit les contractants, ni sur les raisons de leur engagement²²³. Ainsi, le besoin d'édicter des règles prenant en compte les caractéristiques personnelles des contractants s'est fait sentir, afin de coller au plus près de la réalité contractuelle²²⁴. Dans les situations d'inégalité, il ne peut être présumé que les contractants pourront tirer un bénéfice du contrat²²⁵.

« Tous les préceptes rattachés à l'autonomie de la volonté peuvent apparaître louables et appropriés lorsqu'un contractant bénéficie effectivement de la liberté nécessaire à la saine gestion de ses intérêts. La théorie de l'autonomie de la volonté est généralement source d'injustice puisque son postulat de liberté

²²⁰ Luc GRYNBAUM, « La notion de solidarisme contractuel », dans Luc GRYNBAUM et Marc NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, p. 25 à la page 25.

²²¹ Sophie LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, coll. Bibliothèque de droit privé, n°335, Paris, L.G.D.J., 2000, par. 726; Laurence FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, coll. Bibliothèque de droit privé, n°366, Paris, L.G.D.J., 2002, par. 116; L. ROLLAND, préc., note 46, 907; D. MAZEAUD, préc., note 36 à la page 64. Voir également, RANOUIL, préc., note 26, p. 133.

²²² L. ROLLAND, préc., note 46, 907; D. MAZEAUD, préc., note 36 à la page 64; L. FIN-LANGER, préc., note 221, par. 116; S. LE GAC-PECH, préc., note 221, par. 726 et s.

²²³ L. ROLLAND, préc., note 46, par. 14.

²²⁴ Loïc CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », dans *Etudes offertes à Jacques Ghestin: Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 177 à la page 178: « l'évolution de la société fait apparaître l'inégalité des contractants, inégalité de leur puissance économique, inégalité de leur savoir technique, qui risque de fausser la conciliation harmonieuse des intérêts d'où le contrat est appelé à sortir comme de la main invisible chère à Adam Smith ».

²²⁵ A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 27, p. 104, précisant que « [d]ans les contrats, la relation des parties ne répond pas à un critère d'uniformité. Elle diffère selon divers éléments inhérents ou extérieurs aux parties tels que leur qualité respective, la nature du contrat, l'existence de relation contractuelle antérieure... ».

repose lui-même sur un postulat immuable d'égalité des parties contractantes à assurer effectivement une saine sauvegarde de leurs intérêts personnels»²²⁶.

Les contractants ne sont donc pas égaux et il est nécessaire de déterminer des règles différentes en fonction de la situation dans laquelle les parties se trouvent²²⁷. L'objectif en contractant est de tirer un certain intérêt du contrat, de faire des bénéfices. Dans des situations d'inégalité, de plus en plus fréquente, la création de richesse par le contrat ne peut être maintenue²²⁸. Certaines catégories de personnes se sont vues protégées par le législateur, qui a édicté des lois spéciales à cet effet. Il en est ainsi des consommateurs²²⁹ ou encore des salariés. En outre, certaines clauses ont été présumées dangereuses et ont fait l'objet d'une attention particulière, dont les clauses abusives²³⁰, mais aussi les contrats d'adhésion en général²³¹.

²²⁶ M. A. GRÉGOIRE, préc., note 71, par. 18.

²²⁷ L. CADIET, préc., note 224 à la page 178: « l'évolution de la société fait apparaître l'inégalité des contractants, inégalité de leur puissance économique, inégalité de leur savoir technique, qui risque de fausser la conciliation harmonieuse des intérêts d'où le contrat est appelé à sortir comme de la main invisible chère à Adam Smith ».

²²⁸ A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 27, p. 104« [d]ans les contrats, la relation des parties ne répond pas à un critère d'uniformité. Elle diffère selon divers éléments inhérents ou extérieurs aux parties tels que leur qualité respective, la nature du contrat, l'existence de relation contractuelle antérieure... ».

²²⁹ Georges ROUHETTE, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », dans *Etudes offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 265.

²³⁰ D. MAZEAUD, préc., note 20; Sébastien GRAMMOND, « Les règles sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé », (2010) 51 *C. de D.* 83; Xavier LAGARDE, « Qu'est-ce qu'une clause abusive? Étude pratique », *J.C.P. E.* 2006.17.1663; Gilles PAISANT, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi no 95-96 du 1er février 1995 », *D.* 1995.99; Judith ROCHFELD, « Clauses abusives - Listes réglementaires noire et grise », *RTD civ.* 2009.383; Benoît MOORE, « Les clauses abusives: dix ans après », (2003) 63 *R. de B.* 59; Benoît MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28-1 *R.J.T.* 179; J. GHESTIN, préc., note 196. Pour un aperçu du rapport entre clauses abusives entre professionnels et clause de anti-hardship, voir, Alexios KIRILLOV, « Les clauses de hardship en droit prospectif à l'épreuve de l'article L442-6, I, 2^o du Code de commerce », *Petites Affiches* 2011.190.5; Karine RIERA-THIEBAULT et Anne COVILLARD, « La notion de déséquilibre significatif visée à l'article L. 442-6, I, 2^o du Code de commerce: un nouveau droit des clauses abusives entre professionnels? », *Gaz. Pal.* 2013.45.6; Benoit MOORE, « Le contrôle des clauses abusives: entre formation et exécution du contrat », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 461.

²³¹ Jacques GHESTIN, « Rapport introductif », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD, *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Economica, 1998, p. 3, qui précise que les « contrats d'adhésion ne posent un problème législatif spécifique que lorsqu'il y a adhésion à un contrat type, de portée abstraite et générale, rédigé unilatéralement par l'une des parties, ou [...] par un organisme représentant les seuls intérêts de l'une des parties. La définition proposée implique une inégalité de fait entre les parties, mais celle-ci n'est pas nécessairement la conséquence d'un monopole ou même d'une puissance économique considérable. [...] Le contrat d'adhésion peut ainsi être défini comme l'adhésion à un contrat type, qui est rédigé unilatéralement par l'une des parties et auquel l'autre adhère sans possibilité réelle de le modifier ». ; Christophe JAMIN, « Introduction », dans Christophe JAMIN, Denis MAZEAUD et Pascal ANCEL, *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p.1.

Ces exemples représentent deux réalités distinctes. En effet, ils prennent en considération, tout d'abord, l'inégalité flagrante qui existe entre les contractants, mais également la montée de l'unilatéralisme dans le contrat représenté par la standardisation de l'économie actuelle²³².

b. Un affaiblissement de la volonté

La reconnaissance des nouvelles réalités contractuelles entraîne une diminution du rôle de la volonté initiale des contractants. En effet, pour certain, le contrat d'adhésion devrait faire l'objet d'une interprétation objective, laissant de côté la commune intention des parties, pour rechercher leurs attentes légitimes, ce qui n'est pas le cas²³³, le législateur semblant favorable à une interprétation en considération de la commune intention des parties, en tenant compte du contexte entourant la conclusion du contrat d'adhésion²³⁴.

De même, dans certaines situations et notamment en matière de clauses abusives, l'interprétation se fera en faveur de la partie faible, c'est-à-dire de la partie contre qui la clause a été insérée. Il s'agit à chaque fois de prendre en compte une situation d'infériorité²³⁵. Ainsi, « [l]a liberté et l'égalité idéelles du modèle humain abstrait qui les fondaient occultaient la dépendance et l'inégalité matérielle de l'individu et des groupes sociaux empiriques »²³⁶.

La reconnaissance de l'inégalité des parties montre bien que le contrat, c'est-à-dire l'acte par lequel les parties sont liées, ne se suffit plus à lui-même. Les caractéristiques des contractants, de même que leurs expériences et capacités, doivent être prises en considération dans la détermination de certaines obligations. En reconnaissant le lien qui unit les partenaires, notamment le lien de dépendance ou d'inégalité, le droit des contrats avance doucement vers la reconnaissance de situation inadmissible moralement, mais également vers la

²³² G. TABI TABI, préc., note 150, par. 23: « [l]es exigences de célérité et de rentabilité économique instaurent un climat d'unilatéralisme qui accorde à la partie en position de force le pouvoir de décider du contenu et du sort de la relation contractuelle. Dans ces conditions, comment est-il possible de réellement affirmer que la partie en position de vulnérabilité au contrat a pu donner, en toute liberté et égalité, son consentement alors déclencheur de l'exécution de la prestation contractuelle? ».

²³³ *Id.*, 594 : « [l] en ressort que, devant l'unilatéralisme qui règne dans les contrats d'adhésion, la restauration d'un minimum d'équilibre contractuel passe par une interprétation objective du contrat. Cette lecture contractuelle intègre-rait dans sa logique non pas tant cette commune intention des parties caractérisée par la signature d'un contrat d'adhésion, mais bien plus ce à quoi les parties auraient dû souscrire en fonction de leurs attentes légitimes réelles ».

²³⁴ Benoit MOORE, « Sur l'avenir incertain du contrat de consommation », (2008) 49-1 *C. de D.* 5, 20 et s.

²³⁵ Voir, de manière générale, Christophe BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Louvain-la-Neuve Belgique, Academia-Bruylant, 2003; sur l'inégalité de pouvoirs, voir, LASBORDES, préc., note 179.

²³⁶ L. ROLLAND, préc., note 46, par. 15.

reconnaissance de situation imprévisible ou impossible à négocier. En outre, le climat conflictuel dans lequel s'insérait la théorie classique n'apparaît plus comme étant le seul postulat. Les contractants, afin de réaliser l'intérêt du contrat, doivent maintenant collaborer.

2. La collaboration dans le contrat

L'évolution du droit des contrats montre que les parties ne peuvent plus, dans tous les cas, être considérées comme ennemies, ne souhaitant satisfaire que leur intérêt immédiat. Un esprit de collaboration innoverait alors le droit des contrats (a). Cet esprit de collaboration est mis en lumière à travers la redécouverte de l'obligation de bonne foi, à laquelle la doctrine et la jurisprudence donnent de plus en plus de poids (b).

a. L'esprit de collaboration

Les principes fondant la théorie générale n'apparaissent plus aujourd'hui comme étant les seuls postulats permettant d'expliquer et de réglementer le droit des obligations. Le courant dit du solidarisme contractuel²³⁷ a permis de mettre en avant le lien unissant les partenaires, notamment à travers les obligations de collaboration et de coopération. La Cour d'appel du Québec a pu analyser les obligations découlant de la bonne foi dans deux arrêts récents.

Dans *Dunkin' Brands Canada Ltd. c. Bertico Inc.*²³⁸, des franchisées avait poursuivi leur franchiseur pour violation du contrat de franchise, ce dernier n'ayant pas protégé et amélioré la marque Dunkin' Donuts. La Cour, se fondant sur le devoir de bonne foi et particulièrement sur l'obligation de coopération et de collaboration, ainsi que sur l'arrêt *Provigo*²³⁹, estime que le franchiseur a manqué à son obligation. En effet, il précise que « *[t]he contracts established a relationship of cooperation and collaboration between the Franchisor and its franchisees, reflecting both common and divergent interests, over a long period of time* »²⁴⁰, que « *[t]hese implicit obligations formed part of a long-term collaborative relationship* »²⁴¹ et enfin que « *the obligations the Franchisor has in respect of the brand were necessarily 'continuing' and*

²³⁷ Philippe RÉMY, « La genèse du solidarisme », dans Luc GRYNBAUM et Marc NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, p. 3; A.-S. COURDIÉ-CUISINIER, préc., note 27.

²³⁸ *Dunkin' Brands Canada Ltd. c. Bertico Inc.*, [2015] QCCA 624 (CA).

²³⁹ *Supermarché A.R.G. Inc. c. Provigo Distribution Inc.*, [1995] R.J.Q. 464 (C.S.).

²⁴⁰ *Dunkin' Brands Canada Ltd. c. Bertico Inc.*, préc., note 238, par. 62.

²⁴¹ *Id.*, par. 63.

‘*successive*’ »²⁴². Les obligations de collaboration et de coopération servent donc à déterminer la violation du contrat de franchise par le franchiseur. Dans le second arrêt, Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec²⁴³, la Cour d’appel rejette la demande de l’appelante, estimant que, même si le contrat d’énergie est un contrat de longue durée, la relation existante entre les parties ne permet pas d’obliger l’intimé à une obligation de coopération et que l’équilibre contractuel établi par les parties lors de la formation du contrat n’a pas été rompu lors de son exécution²⁴⁴.

Ce courant cherche à rétablir une certaine égalité entre les contractants, présumant leur inégalité de fait. Le solidarisme cherche donc à socialiser le contrat, à l’équilibrer.

En effet « [d] » une surveillance de l’équilibre contractuel uniquement basé sur le rapport d’intérêts, il est davantage question d’opérer aujourd’hui un décentrement de cette vérification vers le fait marquant de l’édifice contractuel : les pouvoirs contractuels. [...] Dans le contexte de relations contractuelles de pouvoirs, l’adaptation de la théorie générale du contrat devra se faire par des mécanismes relevés de contrôle de l’exercice de ces pouvoirs. Il pourra s’agir des contrôles de proportionnalité et de cohérence du contenu contractuel ainsi que des comportements des parties à la phase d’exécution des prestations, ou encore du contrôle dynamique de la cause de l’obligation, de la systématisation des obligations de conseil, de motivation, ou de l’institution d’une présomption de vérité systématique en faveur de la partie en situation de vulnérabilité »²⁴⁵.

L’évolution de la théorie du contrat cherche à démontrer qu’il n’y aurait pas, ou pas exclusivement, antagonisme entre les contractants²⁴⁶. En effet, il pourrait y avoir un certain intérêt commun, « une certaine union »²⁴⁷, « sorte de microcosme »²⁴⁸, « rencontre inscrite dans le temps de deux aspirations convergentes à collaborer, [...] sorte d’*affectio contractus* »²⁴⁹, le contrat étant perçu comme « le siège d’une union sacrée entre les contractants face à la crise qui peut frapper l’un des partenaires »²⁵⁰ aboutissant à une obligation de collaboration à l’exécution du contrat. Certains vont même plus loin en affirmant que la bonne foi va jusqu’à

²⁴² *Id.*

²⁴³ *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, préc., note 91.

²⁴⁴ *Id.*, par. 140.

²⁴⁵ G. TABI TABI, préc., note 150, par. 65.

²⁴⁶ *Dunkin’ Brands Canada Ltd. c. Bertico Inc.*, préc., note 238, par. 62 où la Cour précise que le contrat de franchise « *established a relationship of cooperation and collaboration between the Franchisor and its franchisees, reflecting both common and divergent interests, over a long period of time* ».

²⁴⁷ P. RÉMY, préc., note 237 à la page 9.

²⁴⁸ R. DEMOGUE, préc., note 40, p. 9 (tome 6).

²⁴⁹ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, préc., note 5, par. 6.

²⁵⁰ D. MAZEAUD, préc., note 27 à la page 609.

imposer solidarité et fraternité entre les contractants²⁵¹. En effet, « la différence entre les intérêts des parties n'est pas forcément une source de conflit ou d'opposition, elle peut être au contraire un facteur de complémentarité »²⁵². Ce ne serait donc plus les obligations prises isolément qui devraient être exécutées, mais l'opération juridique dans son ensemble²⁵³. Il s'agit alors d'avoir une vision globale de l'opération entreprise par les partenaires afin de satisfaire sa réalisation, et non seulement l'exécution des obligations. La bonne foi²⁵⁴ permettrait d'ériger en principe contractuel les notions de loyauté, de collaboration²⁵⁵ et de coopération²⁵⁶.

b. La redécouverte de la bonne foi

La bonne foi a été redécouverte grâce à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, devenu l'article 1104 nouveau du Code civil, mais a également été mise en lumière lors de la réforme du Code

²⁵¹ F. DIESSE, préc., note 148; D. MAZEAUD, préc., note 27; M. A. GRÉGOIRE, préc., note 99, p. 185 et s. qui précise, sans y adhérer, que « si la majorité de la doctrine consent à intégrer à l'exigence de bonne foi des obligations de loyauté, coopération et renseignement, certains auteurs vont jusqu'à élever le niveau de comportement exigé au stade de devoir de solidarité et de fraternité »; J.-P. CHAZAL, préc., note 66 qui rejette également le lien fraternel entre contractant.

²⁵² F. DIESSE, préc., note 148, 260.

²⁵³ P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 14, par. 96, qui précise que la volonté des parties pourrait être prise en compte, mais en considération de l'opération économique dans son ensemble, et notamment en considération des prévisions économiques; L. GRYNBAUM, préc., note 220 à la page 28, précisant que « [o]r, le solidarisme contractuel, compris comme une obligation de collaborer pesant sur les contractants, se conçoit à l'intérieur d'un contrat unique, éventuellement complexe, qui peut comprendre une pluralité de parties. En reprenant le postulat de départ selon lequel le solidarisme instaure une obligation de collaborer; on pourrait l'enrichir de l'idée, issue de la solidarité, que l'ensemble des parties à la convention, même complexe, sont tenues du tout. Les parties sont réciproquement solidaires de l'accomplissement de la prestation entrée dans le champ contractuel. La solidarité du solidarisme ne se conçoit plus alors comme une pluralité de liens d'obligation, mais comme une obligation réciproque d'exécution du tout qui suppose que chaque contractant mette l'autre en mesure d'obtenir la prestation ».

²⁵⁴ B. FRYDMAN, préc., note 63 à la page 173, précisant que « [l]e recours systématique à la bonne foi peut s'analyser de manière générale comme l'acceptation du fait que les modalités de la coopération ne peuvent être complètement définies par les parties avant l'action, c'est-à-dire avant l'exécution du contrat, mais qu'au contraire la réussite de la collaboration suppose une attitude souple des parties, qui doivent s'assister dans l'exécution de leur projet, y compris en aidant l'autre partie à réparer les conséquences de ses erreurs. Contre la rigueur de la convention-loi et en dehors du spectre strictement stratégique du marchandage, le droit contemporain reconnaît dans le contrat, même purement commercial, une entreprise de coopération qui implique des devoirs spécifiques ».

²⁵⁵ L. GRYNBAUM, préc., note 220 à la page 25.

²⁵⁶ Éric SAVAUX, « Solidarisme contractuel et formation du contrat », dans Luc GRYNBAUM et Marc NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, p. 43 à la page 44 : « [f]ondé sur la primauté du social, le solidarisme substitue à la vision du contrat comme produit de la conciliation des intérêts égoïstes d'individus également aptes à les défendre celle du contrat comme œuvre de coopération entre des individus situés, unis par des liens de solidarité issus de leur appartenance au groupe social ».

civil du Québec en 1994, codifiée aux articles 6, 7 et 1375²⁵⁷. Pour certains, l'utilisation de la bonne foi aurait pour objectif de limiter l'injustice liée à l'exécution des obligations initialement prévues en cas de bouleversement de l'environnement contractuel.

« La bonne foi, dans l'exécution comme dans la formation du contrat, consiste pour chacune des parties à ne pas surprendre la confiance qu'elle a suscitée en contractant ; cette prévisibilité est au cœur du contrat, spécialement lorsque le lien contractuel doit durer »²⁵⁸.

Les obligations liées à la bonne foi peuvent apparaître comme des obligations implicites, qui seraient présentes sans que les parties ne les aient spécifiquement stipulées. Ainsi, conformément à l'article 1135 ancien C.c.fr., 1194 nouveau C.c.fr. ou 1434 C.c.Q., elles découleraient de la nature du contrat, des usages, de l'équité ou encore de la loi.

Dans cette perspective, l'admission des changements de circonstances ferait triompher la justice contractuelle²⁵⁹ contre la force obligatoire au lieu de les opposer²⁶⁰, ou permettrait la coexistence paisible de ces deux principes²⁶¹. Le refus de la théorie de l'imprévision serait donc incohérent avec le principe de bonne foi²⁶² énoncé dans les codes²⁶³.

Le refus de la théorie de l'imprévision correspondrait alors au refus d'appliquer la justice commutative²⁶⁴, car « [u]n système juridique fondé sur la bonne foi ne peut pas tolérer les graves injustices causées par un changement de circonstances »²⁶⁵. En effet, dans de nombreuses situations, le contrat est l'expression d'une réelle coopération entre les

²⁵⁷ Article 1375 C.c.Q. : « La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction ». Comp. avec l'article 1104 nouveau du Code civil : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

²⁵⁸ P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 10, p. 371.

²⁵⁹ Denis TALLON, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », dans *Droit et vie des affaires: études à la mémoire d'Alain Sayag*, Paris, Litec, 1997, p. 403; J. GHESTIN, préc., note 14; C. JAMIN, préc., note 56.

²⁶⁰ D. TALLON, préc., note 259; J. GHESTIN, préc., note 14; C. JAMIN, préc., note 56.

²⁶¹ P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 10, par. 609 où il est précisé qu'« on peut maintenir le principe, tout en soulignant son recul. Soit en relevant qu'il comporte des exceptions, nombreuses et importantes. Soit en admettant son caractère fondamental, mais qu'il coexiste avec d'autres principes nouveaux, qui en sont l'antinomie. Ce qui constituerait un pluralisme juridique, qui est une des marques de notre époque ».

²⁶² J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 14, p. 539, par. 446.

²⁶³ P.-A. CRÉPEAU, préc., note 79, p. 112; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 54, par. 906; S. MARTIN, préc., note 8, 625; P.-G. JOBIN, préc., note 71.

²⁶⁴ É. CHARPENTIER, préc., note 122.

²⁶⁵ J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 14, p. 539; M. A. GRÉGOIRE, préc., note 99, p. 240; L. ROLLAND, préc., note 155 à la page 181.

contractants, qui recherchent, en plus de la satisfaction de leur intérêt personnel, la satisfaction de leur relation contractuelle²⁶⁶.

Différentes fonctions seraient alors dévolues, par la doctrine, à la bonne foi. Il s'agit principalement d'une fonction interprétative, d'une fonction complétive ou supplétive²⁶⁷, d'une fonction limitative et enfin d'une fonction adaptative²⁶⁸ ou correctrice, cette dernière étant particulièrement contestée. La bonne foi a donc été considérée comme le prolongement de la force obligatoire du contrat, en imposant le respect de l'efficacité de ce dernier pour les deux contractants²⁶⁹.

C'est principalement à travers la fonction correctrice de la bonne foi que l'admission des changements de circonstances a été développée. En effet, le contrat pouvant être considéré comme un instrument flexible, il devrait s'adapter au contexte social et économique dans lequel il évolue. La doctrine a alors proposé que, par voie judiciaire, l'admission de l'imprévision puisse être fondée que l'article 1134 alinéa 3 ancien du Code civil²⁷⁰, devenu l'article 1104 nouveau du Code civil.

Cependant, « l'exigence de bonne foi, sauf à être étirée jusqu'à la déformation, ne suffit ni à justifier les obligations de conseil, d'assistance, de collaboration et de coopération, ni à fonder les facilités accordées au débiteur, sous la forme de réduction de taux d'intérêt ou de délais de grâce »²⁷¹.

La sécurité-flexibilité renvoie donc à la conception du contrat comme lien interpersonnel entre les contractants et comme « lien de solidarité qui unit les individus »²⁷². En effet, « l'accent est mis sur le contrat envisagé comme un lien entre deux personnes qui se sont promises loyauté,

²⁶⁶ S. MARTIN, préc., note 8, 622.

²⁶⁷ C. MASSE, préc., note 107 à la page 225.

²⁶⁸ M. A. GRÉGOIRE, préc., note 99, p. 194 et s.; C. MASSE, préc., note 107 à la page 224 et s..

²⁶⁹ P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 10, p. 378: « [l]a bonne foi est le prolongement de la force obligatoire du contrat, plutôt qu'une limite imposée au créancier; elle n'oblige pas celui-ci à renoncer à son droit ou à son intérêt, au nom d'une vague « solidarité juridique » mais à donner au contrat sa pleine efficacité, dans une mesure compatible avec son propre intérêt. [...] La bonne foi est synonyme de cohérence du comportement, permettant de préserver l'attente légitime du cocontractant, qui ne repose pas seulement sur les termes du contrat, lorsque celui-ci s'exécute depuis un certain temps. [...] La bonne foi implique ensuite souvent un devoir d'initiative, de coopération ou de collaboration, afin de permettre une exécution efficace du contrat. Enfin, comme l'ont admis plusieurs arbitres internationaux, la bonne foi peut obliger les parties à adapter le contrat de longue durée aux circonstances économiques nouvelles, le cas échéant en en proposant la modification ou la renégociation. En revanche, le devoir de bonne foi n'oblige pas à protéger les intérêts d'autrui au détriment des siens. Il est lié à l'existence d'une obligation contractuelle, qu'il n'oblige pas à faire naître ».

²⁷⁰ B. FAUVARQUE-COSSON, préc., note 56, par. 7; P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 14; M. A. GRÉGOIRE, préc., note 99.

²⁷¹ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, préc., note 5, par. 32.

²⁷² L. CADIET, préc., note 224 à la page 448.

diligence, ponctualité et bonne foi »²⁷³. L'intervention du juge apparaît nécessaire afin rétablir équilibre et coopération entre les partenaires. Dans cette conception, c'est l'esprit de collaboration et de réalisation de l'opération économique qui importe, au-delà de la seule exécution des obligations stipulées. Cette évolution de la théorie classique vers plus de souplesse et une prise en compte croissante des caractéristiques des contrats se retrouve en jurisprudence, même si cette dernière a toujours refusé d'admettre la révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances, le pouvoir réglementaire étant intervenu en France. Le lien contractuel est au cœur de cette évolution.

Section 2 – Les fondements doctrinaux proposés au changement de circonstances

L'évolution de la théorie générale du contrat s'accompagne ou se superpose à une évolution jurisprudentielle, empreinte d'assouplissements des postulats classiques, prenant en considération les liens qui unissent les parties.

« Le contrat ne peut toutefois être défini à partir d'un seul et même paradigme, aussi prégnant soit-il. La fonction coercitive du contrat sur laquelle est centrée la théorie classique ne doit pas occulter les autres fonctions du contrat, notamment celle que relève la pratique contractuelle des acteurs socio-économiques. Les études empiriques menées au cours des dernières décennies sont, à cet égard, particulièrement intéressantes. Il semble que les acteurs socio-économiques abordent le contrat non pas en termes d'outil-sanction, mais d'instrument de communication, d'organisation et de planification de leurs relations. Loin d'être rangé au fond du tiroir, le contrat fait office de plate-forme de référence ou de guide de relation auquel les parties se rapportent pour orienter leurs comportements en fonction des attentes et des aspirations réciproquement manifestées. [...] Sa fonction coercitive est reléguée au rang des considérations accessoires »²⁷⁴.

²⁷³ D. MAZEAUD, préc., note 20 à la page 25.

²⁷⁴ Alain ROY, « Le contrat en contexte d'intimité », (2002) 47 *McGill L.J.* 855, 861; *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, préc., note 91, par. 154 où la Cour d'appel estime que « lorsque l'inexécution ou l'exécution partielle, tardive ou déficiente d'un contrat résulte de circonstances adverses qui ne sont pas le fruit d'une faute intentionnelle de la partie en défaut, nombreux seront les cas où une convergence d'intérêts mènera à un ajustement provisoire, à une solution négociée et à une continuation de la relation contractuelle en des termes différents de ceux initialement fixés par les parties. Le solution sera consensuelle. Il en est ainsi parce que le respect intégral de la lettre du contrat pendant sa durée entière est peut-être une préoccupation de juristes, mais rarement ce qui préoccupe les parties elles-mêmes. Elles recherchent autre chose: elles veulent recevoir dans les meilleures conditions possibles, et au besoin en passant outre les termes du contrat, les biens, les services, les avantages en nature ou les fonds qui constituent la contre-prestation sur laquelle elles comptent » puis par. 155, elle précise que « [d]ans de telles conditions, la partie qui se verrait refuser un attermoisement, un allègement de ses obligations, un réaménagement du contrat ou toute autre concession objectivement raisonnable et non préjudiciable du point de vue de son cocontractant, pourrait faire valoir devant le tribunal que ce cocontractant manque de la sorte aux exigences de la bonne foi: il se conduit de manière irrationnelle et inexplicable, en un mot, déraisonnable ».

Ces manifestations sont principalement axées sur le lien qui existe entre les parties, et qui exige de leur part, plus que le simple respect des termes de l'engagement, le respect d'obligations satellites. C'est également à travers la reconnaissance de ces liens que des « frémissements »²⁷⁵ en matière d'imprévision ont pu voir le jour. Ainsi, ces frémissements sont visibles tant dans la confiance dans l'opération économique (paragraphe 1), que dans la confiance dans le partenaire (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – La confiance dans l'opération économique

Le principe d'équilibre contractuel a été invoqué par la doctrine afin de voir l'imprévision reconnue. Ce principe nécessite alors la réalisation de l'objectif du contrat, qui doit procurer un avantage à chacun des contractants. C'est la raison pour laquelle il a été défendu que la théorie de l'imprévision aurait pu être fondée sur la reconnaissance d'un tel principe. Cependant, ce dernier n'est pas encore concrétisé en droit positif et n'a pas fait l'objet d'une reconnaissance jurisprudentielle (A).

La reconnaissance de l'utilité de l'opération économique passe également par la concrétisation jurisprudentielle de la notion d'économie du contrat, qui renvoie à l'objectif que les parties avaient en contractant. Le contrat doit donc conserver, tout au long de son exécution, une certaine utilité pour les parties, ce qui justifierait, là encore, l'admission de la théorie de l'imprévision (B).

A. L'absence de reconnaissance d'un principe d'équilibre contractuel

Le principe d'équilibre contractuel semble donc être doctrinal, les cours ne l'ayant pas, à notre connaissance, utilisé (1). En outre, son utilisation comme fondement à l'imprévision peut poser quelques difficultés (2).

²⁷⁵ Éric SAVAUX, « Frémissement en matière d'imprévision », *RDC* 2011.1.34.

1. La notion d'équilibre contractuel

Quelle que soit la dénomination concernée, qu'il s'agisse du principe d'équilibre contractuel ou de celui de proportionnalité²⁷⁶, l'objectif est toujours de faire en sorte que le contrat garde une certaine utilité économique pour les deux parties²⁷⁷.

Traditionnellement, ces principes renvoient à un équilibre subjectif, c'est-à-dire qu'il est fondé sur la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat et serait ainsi conforme à la liberté contractuelle²⁷⁸. Toutefois, aujourd'hui, il n'est pas possible de considérer que la libre rencontre des volontés signifie la liberté de négociation et une défense efficace de ses intérêts. En effet, qu'il s'agisse de protection des consommateurs, ou des salariés, il est apparu que les contractants n'étaient pas les meilleurs gardiens de leurs intérêts.

Ces principes ont fait couler beaucoup d'encre ces dernières années²⁷⁹, cherchant à voir reconnaître un équilibre plus objectif. Ils sont généralement considérés comme renvoyant à une juste répartition des profits et des charges entre les contractants, ce qui revient à permettre la réalisation de la finalité du contrat, en prenant en compte l'intégralité de la relation des parties, dans une perspective globale. Le contrat n'aurait alors plus pour fonction de préserver l'échange initial entre les parties, mais d'assurer la commutativité²⁸⁰. C'est la fonction économique traditionnelle du contrat qui se trouve bouleversé, sa force obligatoire devant protéger l'équilibre contractuel, sans égard au respect de l'engagement initial²⁸¹.

²⁷⁶ S. LE GAC-PECH, préc., note 221.

²⁷⁷ A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 27, p. 153.

²⁷⁸ P.-A. CRÉPEAU, préc., note 79, p. 82; M. A. GRÉGOIRE, préc., note 71, par. 2; François CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé: contribution à la théorie générale des obligations*, Paris, Economica, 2008, p. 240. Contra, J. GHESTIN, préc., note 196 à la page 355, qui parle d'équivalent contractuel et non pas subjectif. En effet, « [i]l fait ainsi abstraction d'une autre équivalence, assurément plus subjective: celle qui est recherchée par chacune des parties. Si l'on excepte les objets de consommation courante, il est rare que les équivalences individuelles, concrétisées par un prix, soient identiques pour les deux parties. Sous une forme ou sous une autre, que l'une des parties soit en mesure de faire prévaloir son prix, ou que celui-ci résulte d'une négociation voire d'un marchandage, l'accord des volontés, le contrat, se fera par un ajustement entre les prix différents désirés par chacune des parties ».

²⁷⁹ L. FIN-LANGER, préc., note 221; V. LASBORDES, préc., note 179; S. LE GAC-PECH, préc., note 221; Voir, également, le colloque organisé sur la proportionnalité, Martine BÉHAR-TOUCHAIS, *Rapport introductif, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?*, Faculté de droit, Paris V, Petites Affiches, 117, 30 septembre 1998, p. 3.

²⁸⁰ F. CHÉNEDÉ, préc., note 278.

²⁸¹ Denis MAZEAUD, « La réduction des obligations contractuelles », *Droit et patrimoine* 1998.58.58, 58: « l'équilibre contractuel constitue une des exigences de notre droit contemporain des contrats, devant laquelle la liberté contractuelle doit s'incliner »; Voir, de manière générale, L. FIN-LANGER, préc., note 221.

Le principe d'équilibre ou de proportionnalité peut renvoyer à plusieurs réalités. En effet, il peut y avoir déséquilibre en valeur ou déséquilibre en pouvoir²⁸², de la même manière que le déséquilibre peut toucher le contrat lui-même ou seulement l'une de ces clauses²⁸³. Le législateur a, d'ailleurs, pris en considération de manières beaucoup plus significatives les déséquilibres de pouvoir que les déséquilibres de valeur²⁸⁴, ces derniers renvoyant à la théorie de l'imprévision.

Le fondement du principe d'équilibre contractuel serait la justice commutative²⁸⁵, cette dernière étant traditionnellement distinguée de la justice distributive. La première renvoie à une justice mathématique, c'est-à-dire qu'il devrait y avoir égalité économique entre les prestations des parties²⁸⁶.

La principale difficulté relevée avec l'admission d'une telle justice en droit des contrats repose sur la valeur à prendre en considération comme valeur économique de référence afin de déterminer l'égalité entre les prestations des parties. En outre, ce principe, au-delà d'être inapplicable, semble rejeté aussi bien en France qu'au Québec, lorsque l'on considère que la lésion entre majeurs n'a pas été admise de manière générale²⁸⁷. Enfin, il n'est plus possible aujourd'hui de considérer que les seules obligations principales et essentielles font l'objet d'une régulation particulière au sein du contrat. Les parties vont également prendre en considération leur relation contractuelle et tenter de la moduler par le droit, notamment par diverses clauses donnant un pouvoir unilatéral à l'un des contractants.

Ainsi, l'objectif d'un principe d'équilibre contractuel ne serait pas d'aboutir à une égalité parfaite entre les contractants, mais il « cherche[rait] uniquement à rétablir un équilibre trop largement compromis entre les obligations réciproques des parties, de façon à empêcher que le

²⁸² V. LASBORDES, préc., note 179.

²⁸³ S. LE GAC-PECH, préc., note 221, p. 10.

²⁸⁴ V. LASBORDES, préc., note 179.

²⁸⁵ É. CHARPENTIER, préc., note 122; É. CHARPENTIER, préc., note 71; M. A. GRÉGOIRE, préc., note 71.

²⁸⁶ P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 14, par. 47; Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., coll. Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2012, p. 31; Alain SÉRIAUX, *Droit des obligations*, coll. Droit fondamental. Droit civil, Paris, PUF, 1998, par. 228; É. CHARPENTIER, préc., note 122; Brigitte LEFEBVRE, « Liberté contractuelle et justice contractuelle: le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », (2000) 129 *Développements récents en droit des contrats* 2000 49.

²⁸⁷ M. A. GRÉGOIRE, préc., note 99, p. 27 : « [I]a valeur subjective pour une partie - ne serait-ce que parce que les considérations et motivations personnelles de chacun dans la conclusion du contrat ne sont pas toujours avouées - peut très bien être différente de la valeur marchande d'un bien qui, elle-même, varie souvent dans les espaces lieux et temps »; J. GHESTIN, préc., note 196 à la page 351; L. FIN-LANGER, préc., note 221, par. 289.

contrat ne devienne un instrument d'exploitation du plus faible»²⁸⁸. C'est ainsi qu'il a été proposé que la théorie de l'imprévision soit fondée sur un principe d'équilibre contractuel ou de proportionnalité.

2. Les limites de la notion d'équilibre contractuel

La tentative de reconnaissance d'un principe de proportionnalité montre bien que le rôle de la volonté, ainsi que sa fonction de détermination du contenu contractuel, n'est plus exclusif. Ceci a conduit certains auteurs à affirmer que le juge pourrait contrôler un déséquilibre survenu suite à un changement de circonstances, et rétablir l'équilibre rompu ou encore établir lui-même cet équilibre, si ce dernier n'a jamais existé. La révision du contrat pour imprévision permettrait, grâce à l'admission d'un principe d'équilibre contractuel, de concilier la sécurité juridique et la justice contractuelle²⁸⁹.

Cependant, il apparaît clairement à certains auteurs que cette prérogative judiciaire pourrait entraîner un grave déséquilibre économique et porter atteinte à la sécurité des transactions²⁹⁰. Raisonner en termes d'équilibre entre les obligations des parties ne permet donc pas de prendre en compte le lien qui les unit ni de comprendre pourquoi tous les contrats ne devraient pas être équilibrés.

Même en tenant compte de la relation contractuelle, il est difficilement admissible que le juge puisse pallier un déséquilibre en valeur survenu à la suite d'un bouleversement des circonstances. En effet, il ne s'agit nullement de prendre en considération le comportement d'un contractant ou encore les objectifs de l'opération concernée, mais seulement de trouver pour comparer, s'il est possible, un équilibre initial avec celui qui prévaut au moment du

²⁸⁸ Jean-Louis BAUDOIN, « Justice et équilibre: la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », dans *Études offertes à Jacques Ghestin : Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 29 à la page 39.

²⁸⁹ L. ROLLAND, préc., note 152, 24, précisant que « [d]e nos jours, il ne peut plus être soutenu de manière catégorique que le profit est l'âme du commerce et que, pour cette raison, aucune autre priorité substantielle, telle que la réalité d'une partie en situation de vulnérabilité, ne doit faire ombrage à la recherche effrénée du gain. Nul ne peut reprocher au juge de procéder à l'adaptation du contrat, étant compris qu'il procède ainsi dans l'ultime souci de maintenir le lien obligationnel, et donc de renforcer la force obligatoire du contrat en la revêtant d'un sursaut de légitimité. Au regard de la hiérarchie des relations contractuelles, cette judiciarisation du contrat aboutit à l'instauration d'une sorte d'ordre public économique judiciaire ».

²⁹⁰ H. BATIFFOL, préc., note 159, p. 412: « admettre par principe la contestation serait la source de litiges constants, et dont une solution prétendue juste serait trop souvent impossible, ou la recherche sans proportion, dans sa durée et son coût, avec le résultat, Et sur le fond, une telle possibilité encouragerait tous les retournements, sapant la confiance dans la parole donnée, c'est-à-dire le fondement des relations contractuelles. Il apparaît beaucoup plus salubre d'inciter chacun à la vigilance dans les contrats qu'il accepte ».

bouleversement. La jurisprudence a donc pallié ces inconvénients grâce à la notion d'économie du contrat.

B. La reconnaissance de la notion d'économie du contrat

L'économie de l'opération contractuelle a été mise en lumière récemment par la Cour de cassation. En effet, cette dernière utilise une telle notion afin de contrôler l'équilibre général de la convention (1). Certains ont alors vu dans ces applications, plutôt rares, une possible admission de la théorie de l'imprévision (2).

1. La notion d'économie du contrat

Même si aucun principe d'équilibre contractuel n'est posé, la jurisprudence a eu recours à la notion d'économie du contrat²⁹¹ afin de contrôler l'équilibre contractuel²⁹². Ainsi, la notion d'économie du contrat a « un sens large qui englobe le contenu matériel et non psychologique du contrat, ou 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 commutative ou 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 ces termes »²⁹³. La notion d'économie du contrat peut donc servir soit d'« instrument d'analyse du contrat », soit d'« instrument de détermination du sort du contrat »²⁹⁴.

C'est, notamment, grâce au concept de cause, parfois combinée à la bonne foi, que les juges ont recherché l'économie du contrat, et plus spécifiquement son absence²⁹⁵.

²⁹¹ De manière générale, sur cette notion, Sébastien PIMONT, *L'économie du contrat*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004; Ana ZELCEVIC-DUHAMEL, « La notion d'économie du contrat en droit privé », (2001) I-9 *J.C.P. G.* 300.

²⁹² Philippe MALINVAUD et Dominique LASZLO-FENOUILLET, *Droit des obligations*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 230.

²⁹³ Mostapha Mohamad EL-GAMMAL, *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques: étude comparée de droit civil français et de droit civil de la République Arabe Unie*, coll. Bibliothèque de droit privé, n°83, Paris, L.G.D.J., 1967, par. 21.

²⁹⁴ A. ZELCEVIC-DUHAMEL, préc., note 291.

²⁹⁵ Cass. Com., 22 octobre 1996, n° 93-18632, (S.A. Banchemer c. Sté Chronopost); Daniel COHEN, « Inefficacité d'une clause limitative de responsabilité en raison d'un manquement à une obligation essentielle », (1997) II-28 *J.C.P. G.* 22881; J.-P. CHAZAL, préc., note 21; Alain SÉRIAUX, « L'affaire chronopost: arrêt de principe ou accident de parcours? Variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle », *D.* 1997.121.

« En bref, alors que, traditionnellement, la cause, notion abstraite, stéréotypée et désincarnée, ne peut fonder la nullité d'un contrat synallagmatique qu'au cas où un contractant s'engage en l'absence de contrepartie réelle, la Cour de cassation, dans quelques arrêts retentissants, a exploité cette notion pour anéantir des contrats qui étaient objectivement équilibrés, en ce sens qu'ils renfermaient bien des engagements réciproques, mais parce que, dès leur formation, ils étaient dénués d'utilité concrète, privés d'intérêt réel, dans la mesure où le but commun en vue duquel les contractants les avaient conclus ne pouvait pas être atteint. En somme, la cause est alors utilisée moins comme un instrument de protection contre les déséquilibres contractuels inadmissibles que comme un instrument de contrôle de l'intérêt du contrat »²⁹⁶.

La cause permettrait donc un contrôle objectif de l'équivalence des prestations et serait entendue comme le but contractuel voulu par les parties d'un commun accord. Aussi bien à travers le contrôle de l'économie du contrat que d'une clause en particulier, la cause permet le contrôle de la cohérence interne du contrat²⁹⁷.

Cependant, la cause ne permet pas de faire la distinction entre les contrats objectivement équilibrés, c'est-à-dire des contrats dans lesquels il existe une contrepartie et les contrats qui sont subjectivement équilibrés, c'est-à-dire des contrats dont la cohérence interne est préservée et dont l'objectif peut être réalisé. La cause servirait de contrôle de l'utilité du contrat²⁹⁸, au-delà du contrôle d'une contrepartie réelle et sérieuse²⁹⁹. L'équilibre contractuel serait donc perçu comme l'aptitude à générer des profits pour les deux contractants. C'est ainsi que la notion de cause ce serait subjectivée³⁰⁰.

La Cour de cassation semble pourtant revenir à une interprétation plus traditionnelle de la notion de cause³⁰¹, en estimant, dans une affaire similaire à celle de 1996, que « la cause de

²⁹⁶ Denis MAZEAUD, « Cause », *RDC* 2008.2.231.

²⁹⁷ P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 10, p. 308, note de bas de page 78, précisant que « [l]a Cour de cassation passe de l'existence de la cause à l'examen de l'opportunité de l'engagement, ce qui élargit à l'excès le contrôle judiciaire ».

²⁹⁸ Cass. Civ. 1, 3 juillet 1996, n° 94-14800, (Point club vidéo), *Bull. civ.* I.n° 286; Philippe REIGNÉ, « De l'absence de cause à la cause impossible », *D.* 1997.38.500; Philippe DELEBECQUE, « Cause-motif? Cause-contrepartie? Ou cause motif et cause contrepartie? », *Deffrénois* 1996.17.1015. Dans un second arrêt, le principe du contrôle de l'utilité du contrat est repris, même si l'exploitant n'a pas réussi à démontrer l'impossibilité de louer les cassettes. Voir, Cass. Com., 27 mars 2007, n° 06-10452, (Hocquet c. M.D.M. Multimédia); Yves-Marie SERINET, « Cause et consentement dans la convention de création d'un point club vidéo », (2007) II-26 *J.C.P. G.* 10119; Laurent LEVENEUR, « Création d'un point de location vidéo: le commerçant échoue dans son action en nullité », *Contrats Concurr. Consomm.* 2007.8.196.

²⁹⁹ Dans l'arrêt "Point club vidéo, il existait bien une cause objective entre les partenaires, à savoir que les contractants payaient un loyer, qui avait pour contrepartie la mise à disposition de cassette vidéo. Le principal problème venait donc du fait qu'il n'était pas possible pour les parties de retirer les bénéfices escomptés par la location des cassettes, étant donné le peu de clients potentiels. C'est l'utilité économique du contrat qui ne pouvait être réalisé, mais la cause était bien présente. Voir, Gaël CHANTEPIE, « L'efficacité attendue du contrat », *RDC* 2010.347 Il s'agit donc ici d'une remise en cause de la sécurité juridique, car le contrat était valablement formé et chacune des parties recevait bien la contreprestation pour laquelle elle avait contracté.

³⁰⁰ F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et P. SIMLER, préc., note 82, p. 386.

³⁰¹ Cass. Com., 27 mars 2007, n° 06-10452.

l'obligation d'une partie à un contrat synallagmatique réside dans l'obligation contractée par l'autre ». C'est ainsi que la distinction entre les contrats synallagmatiques et les ensembles contractuels ou encore les contrats d'intérêt commun a pu être mise en lumière, la cause subjective étant supposée avoir un rôle plus naturel dans ces dernières catégories³⁰². Toutefois, des rapprochements avec une possible admission de la théorie de l'imprévision ont pu être réalisés.

2. Les limites à la reconnaissance de l'économie du contrat

La notion d'économie du contrat est souvent rapprochée de la théorie de l'imprévision³⁰³.

En effet, au visa des articles 1134 alinéa 3 et 1131 C.civ., un arrêt a été cassé, car ce dernier n'avait pas « recherch[é], comme elle y était invitée, si l'évolution des circonstances économiques [...] n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de 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 »³⁰⁴.

Certains auteurs ont vu dans cet arrêt un possible infléchissement de la jurisprudence Canal de Craponne³⁰⁵. En effet, un changement de circonstances prive l'engagement des parties de cause lorsqu'il rend l'exécution excessivement onéreuse pour l'une d'elles. En l'espèce, il s'agissait de l'augmentation du prix des matières premières lors de l'exécution du contrat. La Cour de cassation estime donc que si, en cours d'exécution du contrat, un événement imprévu entraîne des conséquences désastreuses sur le coût des prestations, cet événement priverait le contrat de cause. En effet, la « disparition en cours d'exécution de l'équilibre contractuel "voulu" par les parties pourrait ainsi entraîner la caducité du contrat [...]. Cette renaissance de

³⁰² F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et P. SIMLER, préc., note 82, p. 388.

³⁰³ Le Conseil d'état référerait déjà à cette notion dans son fameux arrêt Gaz de bordeaux, *CE (Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux)*, 30 mars 1916 Recueil Lebon, p.125.

³⁰⁴ Cass. Com., 29 juin 2010, n° 09-37369, (Sté d'exploitation de chauffage c. Sté Soffimat); D. MAZEAUD, préc., note 190; Sophie LE GAC-PECH, « L'équilibre du contrat au travers de la cause: un substitut à la théorie de l'imprévision? », *J.C.P. E.* 2010.50.2108; Thierry FAVARIO, « La Cour de cassation révisé sa perception de l'imprévision ... en toute discrétion », *J.C.P. G.* 2010.43.1056; T. GENICON, préc., note 134; Anne-Sophie CHONÉ, « Vers la consécration de la théorie de l'imprévision? La Cour de cassation engagée dans une politique des petits pas », *Petites Affiches* 2010.256.7; É. SAVAUX, préc., note 275.

³⁰⁵ S. LE GAC-PECH, préc., note 304.

la cause subjective au stade de l'exécution permettrait de contrecarrer le refus de l'imprévision »³⁰⁶.

Le principal intérêt de l'arrêt est de permettre un contrôle de la cause au moment de l'exécution du contrat, alors que traditionnellement, elle ne joue un rôle que lors de sa formation³⁰⁷. En considérant la cause lors de l'exécution, la « Cour de cassation adopte une lecture économique et non volontariste de la contrepartie réelle en considérant l'intérêt du contrat pour la société demanderesse »³⁰⁸.

L'analyse limite alors le champ d'application de la théorie de l'imprévision, car le bouleversement doit entraîner un « déséquilibre d'ordre structurel, caractérisé par la disparition de la contrepartie contractuellement convenue »³⁰⁹, ce qui signifie que « l'obligation de renégocier ne peut être imposée en présence d'un déséquilibre "structurel" qui existait dès la formation du contrat dès lors qu'il n'y a pas dans ce cas "changement de circonstances" »³¹⁰. La cause pourrait permettre un contrôle de l'équilibre des prestations durant l'exécution du contrat. L'importance de cette décision est également à relativiser dans le sens où elle n'a pas été publiée et a été rendue en matière de référé. De plus, elle n'impose aucune obligation de négocier³¹¹.

La notion d'économie du contrat permettrait donc de distinguer les situations dans lesquelles le bouleversement ferait partie de l'aléa normal de tout contrat, et spécialement des contrats de longue durée, des situations dans lesquelles le bouleversement serait d'une importance particulière, venant par la même, remettre en cause l'économie du contrat³¹².

Cependant, l'utilisation de la cause comme instrument de modification d'un contrat en cours d'exécution ne paraît pas opportune à une certaine partie de la doctrine. En effet, « en toute rigueur, la sanction de la disparition d'une condition de validité du contrat postérieurement à la formation de celui-ci devrait être la caducité du contrat, c'est-à-dire sa disparition non

³⁰⁶ *Id.*, 5 (version électronique).

³⁰⁷ Arnaud CERMOLACCE, *Cause et exécution du contrat*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, qui estimait déjà que la cause devait jouer un rôle lors de l'exécution de la convention.

³⁰⁸ T. FAVARIO, préc., note 304, 5 (version électronique).

³⁰⁹ D. MAZEAUD, préc., note 190.

³¹⁰ M. FABRE-MAGNAN, préc., note 82, p. 509.

³¹¹ T. REVET, préc., note 61, 3 (version électronique).

³¹² P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 14, par. 102.

rétroactive, et non pas la révision du contrat »³¹³. Cette sanction de la disparition de la cause entraîne alors l'anéantissement du contrat, et ne permet, d'aucune façon, au juge de rétablir l'équilibre des prestations. En outre, cette interprétation de la notion d'économie du contrat semble condamnée par la jurisprudence.

Au-delà des répercussions sur les changements de circonstances et de la notion en tant que telle, qui reste tout de même aléatoire, la notion d'économie du contrat a permis de mettre en lumière une vision globale de l'opération économique voulue par les parties, au-delà des seules obligations. En effet, cette notion permet de prendre en considération un équilibre global³¹⁴, dans le sens où la contrepartie ne se limite pas à la seule contreprestation, c'est-à-dire que cette dernière peut être « constituée d'éléments autres que les obligations »³¹⁵,

« à l'intérieur d'un contrat, il est des éléments nommés et d'autres innomés. Parmi les premiers se trouvent les termes d'usages dans le code et la jurisprudence : l'objet, la chose, le prix, la condition... Il est également d'autres éléments, que les parties désignent à l'occasion d'un contrat et qui n'ont pas leur place dans les nomenclatures de valeur légale. Pour autant, ils permettent d'explicitier les attentes des parties et sont pris en considération dès lors qu'ils sont contractualisés. L'économie d'un contrat intègre ainsi des éléments innomés et convenus qui correspondent aux attentes des parties »³¹⁶.

La notion d'économie du contrat est donc un vecteur d'équilibre de la relation des parties, au-delà de l'équilibre des prestations. C'est la relation qui est au cœur de la notion d'économie du contrat. Cependant, la difficulté vient du fondement invoqué, à savoir la cause et de la sanction

³¹³ M. FABRE-MAGNAN, préc., note 82, p. 510; Jean-Daniel BRETZNER, « Brèves réflexions sur un outil "alternatif" en temps de crise: la caducité (ou comment faire "du neuf" avec "du vieux"?) », *RDC* 2010.1.487.

³¹⁴ Cette prise en compte d'un équilibre globale, ainsi que de l'interdépendance des contrats, au-delà des seules obligations, ce qui revient à prendre en considération le lien économique, se retrouve à travers divers nouveaux concepts, tel le contrat-cadre, l'indivisibilité des contrats ou les groupes de contrats. Voir, sur le sujet, Xavier LAGARDE, « Économie, indivisibilité et interdépendance des contrats », *J.C.P. G.* 2013.48.1255; Alain SAYAG (dir.), *Le contra- cadre - Exploration comparative*, Paris, Litec, 1994; Jean GATSI, *Le contrat-cadre*, Paris, L.G.D.J., 1996; Frédéric POLLAUD-DULIAN et Alain RONZANO, « Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes », *RTD com.* 1996.2.179; Carole Aubert de VINCELLES, « Réflexions sur les ensembles contractuels: un droit en devenir », *RDC* 2007.3.983; Soraya AMRANI-MEKKI, « Indivisibilité et ensembles contractuels: l'anéantissement en cascade des contrats », (2002) 6 *Deffrénois* 355; Sébastien PELLÉ, *La notion d'interdépendance contractuelle: contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Paris, Dalloz, 2007; Pierre-Gabriel JOBIN, « Comment résoudre le casse-tête d'un groupe de contrats », (2012) 46 *R.J.T.* 9; Denis MAZEAUD, « L'indivisibilité contractuelle tacite l'emporte sur une clause de divisibilité expresse », *RDC* 2008.2.276; Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Le droit québécois et le phénomène des contrats interdépendants », *RDC* 2013.3.1108; Frédéric BUY et Jean-Baptiste SEUBE, « Interdépendance de contrats s'inscrivant dans une opération incluant une location financière », *J.C.P. G.* 2013.22.595; Frédéric BUY, « L'interdépendance contractuelle à l'honneur », *J.C.P. G.* 2013.24.673; Laurent LE MESLE, « L'interdépendance des contrats », *RDC* 2013.3.849; Xavier DELPECH, « Interdépendance contractuelle: intervention d'une chambre mixte de la Cour de cassation », *D.* 2013.24.1658; Denis MAZEAUD, « L'important, c'est la clause, l'important ... », *D.* 2013.24.1658; Jean-Baptiste SEUBE, « Haro sur les clauses de divisibilité! », *J.C.P. G.* 2013.24.674.

³¹⁵ Muriel FABRE-MAGNAN, « Droit des obligations », (1994) I-9 *J.C.P. G.* 3744.

³¹⁶ X. LAGARDE, préc., note 314, par. 3; Voir, également, de manière générale, David CAMPBELL, Hugh COLLINS et John WIGHTMAN, *Implicit dimensions of contract: discrete, relational, and network contracts*, Oxford; Portland, Or., Hart Pub., 2003.

proposée, qui ne favorise pas son maintien. Raisonner simplement eu égard à la relation contractuelle et à la confiance des partenaires dans la réussite et la poursuite de l'opération économique permettrait alors d'éviter les conséquences d'un anéantissement du contrat.

La reconnaissance de l'opération économique et les fondements invoqués afin de la prendre en compte semblent mettre à mal la reconnaissance de la relation contractuelle.

Paragraphe 2 – La confiance dans le comportement du partenaire

La confiance dans le comportement du partenaire se manifeste par une obligation de collaboration, qui prend la forme, en cas de relation privilégiée, d'un devoir de renégociation (A). Cependant, l'obligation de bonne foi a fait l'objet de certaines limitations (B).

A. La bonne foi comme fondement de la coopération

Allant encore plus loin dans la loyauté, le devoir de coopération, rattaché à la fonction, contestée par certains, adaptative de la bonne foi³¹⁷, fait écho à la théorie de l'imprévision³¹⁸. L'accent est mis sur le contexte économique entourant l'exécution du contrat³¹⁹. En effet, le contractant avantagé par la situation factuelle ne devrait pas laisser perdurer le déséquilibre contractuel dans le simple dessein de satisfaire ses intérêts personnels³²⁰. La bonne foi imposerait alors un minimum de coopération³²¹ par un devoir de renégocier l'accord initial³²²

³¹⁷ J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 14, p. 270: « [m]ais, depuis l'affirmation du principe de bonne foi lors de la réforme du Code civil, il est devenu nécessaire d'admettre que, dans certaines circonstances et sans tomber dans l'angélisme, une partie doit collaborer avec l'autre pour permettre au contrat de produire son plein effet, et à cette autre partie d'atteindre ses objectifs légitimes et raisonnables ».

³¹⁸ Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 108; C. MASSE, préc., note 107.

³¹⁹ C. MASSE, préc., note 107 à la page 226.

³²⁰ De la même manière que les Principes européens de droit du contrat, les Principes Unidroit ou encore l'art. 104 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations, Voir, également, Denis MAZEAUD, « Du nouveau sur l'obligation de renégocier », *D.* 2004.1754, par. 9. *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, préc., note 91. La Cour d'appel du Québec, même si elle refuse d'admettre la renégociation des termes de l'accord en cause, ne refuse pas la possibilité d'octroyer un tel devoir lorsque la situation relève d'un cas de hardship. Elle précise que « [h]ors les cas de véritable hardship, [...] le principe général de bonne foi qu'énoncent les articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. n'est d'aucun secours à une partie qui fait face à la même situation que l'appelante » A contrario, en cas de hardship, la bonne foi pourrait imposer aux partenaires de renégocier les termes de leur accord.

³²¹ D. MAZEAUD, préc., note 320, par. 4.

³²² Ainsi, la jurisprudence française a obligé les parties à renégocier les termes de leur accord. Voir, à cet effet, Cass. Com., 3 novembre 1992, préc., note 22; Jacques MESTRE, « Une bonne foi franchement conquérante... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision des contrats (Cass. Com. 3 novembre 1992) », *RTD civ.* 1993.125; J.-L. AUBERT, préc., note 88; Georges VIRASSAMY, « Note sous Cours de cassation, 3 novembre 1992 »,

ou l'extinction du contrat³²³ (1). Cette possibilité n'a jamais été mise en œuvre au Québec, même si récemment, la Cour d'appel n'en a pas condamné la possibilité (2).

1. L'admission d'un devoir de renégociation en droit français

Dans le fameux arrêt Huard³²⁴, un agent commercial avait conclu un accord contenant une clause d'approvisionnement exclusif et prévoyant des travaux d'aménagement. Cependant, il obtenait le carburant à un prix supérieur par rapport au mandataire de la même société d'approvisionnement. La Cour estima « qu'en privant M. Huard des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société B.P. n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi ». Cet arrêt montre très clairement que la société B.P. aurait dû essayer de trouver un accord avec son distributeur dans l'objectif de lui permettre de réaliser des bénéfices, en établissant « un accord de coopération commerciale ». La Cour de cassation consacre alors l'obligation de coopération, en imposant aux contractants d'essayer de trouver un accord amiable par une renégociation.

Cette obligation de renégociation³²⁵, et potentiellement d'adaptation du contrat, avait déjà été affirmée dans l'arrêt Expovit³²⁶, obligeant un employeur à assurer l'adaptation de son salarié à l'évolution de son emploi. Elle a été ultérieurement réaffirmée dans l'arrêt Chevassus-Marche du 24 novembre 1998³²⁷, arrêt reprochant aux juges du fond de ne pas avoir recherché si le

(1993) I-46 *J.C.P. G.* 1085; Cass. Com., 24 novembre 1998, n° 96-18357, (Chevassus-Marche c. Sté Groupe Danone et a.); Denis MAZEAUD, « Chambre commerciale de la Cour de cassation: de l'audace, toujours de l'audace ! », *Defrénois* 1999.6.371; Yves PICOD, « Tenu d'une obligation de loyauté, le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat », (1999) II-48 *J.C.P. G.* 10210; Pierre-Yves GAUTIER, « L'obligation de loyauté du mandant poussée trop loin? », *RTD civ.* 1999.646; Jacques MESTRE, « Où le devoir de loyauté fait naître pour l'un des contractants le droit de rester concurrentiel », *RTD civ.* 1999.98; Cass. Soc., 25 février 1992, n° 89-41634, (Expovit); C.A. Nancy, 26 septembre 2007, (SAS Novacarb c SNC Socoma), *Juris-Data* 2007-350306; Bertrand FAGES, « Invitation judiciaire à adapter le contrat », *RTD civ.* 2008.295; Mathilde BOUTONNET, « L'obligation de renégocier le contrat au nom de la lutte contre les gaz à effet de serre », *D.* 2008.1120; Marie LAMOUREUX, « L'obligation de renégociation en cas de changement de circonstances », (2008) II-20 *J.C.P. G.* 10091; Suzanne CARVAL, « Obligation de renégocier un contrat bouleversé par un changement de circonstances », *RDC* 2008.3.759; Denis MAZEAUD, « Renégociation du contrat », *RDC* 2008.3.738; *Proviso Distribution Inc. c. Supermarché A.R.G. Inc.*, [1998] R.J.Q. 47 (C.A.); *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd c. Hydro-Québec*, préc., note 91; *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, préc., note 91.

³²³ J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 14, p. 541; F. TERRÉ, préc., note 14, par. 415.

³²⁴ Cass. Com., 3 novembre 1992, préc., note 22.

³²⁵ L'admission d'un devoir de renégociation proviendrait de l'influence des codifications européennes sur la Cour de cassation, Voir, Denis MAZEAUD, « L'influence des codifications savantes européennes sur le droit français des contrats », (2010) 2 *Romanian Rev Priv L* 191, 197.

³²⁶ Cass. Soc., 25 février 1992, préc., note 322.

³²⁷ Cass. Com., 24 novembre 1998, préc., note 322.

mandataire avait pris des mesures concrètes pour permettre à son agent commercial de pratiquer des prix concurrentiels par rapport à ceux pratiqués par ses concurrents qui s'approvisionnent dans des centrales d'achat. Les mesures concrètes évoquées par la Cour de cassation ne peuvent correspondre qu'à une révision du prix initialement prévu lors de la conclusion du contrat, et donc une renégociation de ce dernier³²⁸. Cet arrêt a permis une reconnaissance de l'obligation de renégociation, car le contrat en cause ne faisait pas partie d'un réseau intégré³²⁹. C'est sur le fondement de la bonne foi que l'arrêt a été rendu³³⁰. Ce type de contrat est un « mandat d'intérêt commun », étant placé « sous le signe de la loyauté et de la bonne foi réciproque, concepts expressément traduits par des obligations de coopération et d'information »³³¹.

« [L]e mandant doit remédier à son propre défaut de vigilance en permettant à son partenaire de pratiquer des prix compétitifs »³³². En outre, cet arrêt sanctionne l'absence d'adaptation du prix aux nouvelles circonstances. C'est ainsi que la doctrine a pu conclure que « d'une obligation de coopération largement consacrée, on glisse parfois vers une obligation d'adaptation encore parcimonieusement affirmée »³³³.

Cependant, certains auteurs ont émis quelques réserves concernant l'acceptation d'un devoir de renégociation. En effet, ils ont estimé que ces situations pouvaient correspondre à la sanction de la mauvaise foi d'un contractant qui aurait participé au dommage³³⁴.

³²⁸ Y. PICOD, préc., note 322, 7 (version électronique) : « c'est la première fois qu'en l'absence de clause de révision, la Cour de cassation impose clairement en se fondant sur l'exigence de bonne foi (exigence générale dans le premier cas, spécifique dans le second) une obligation de renégocier un accord dont l'exécution devient ruineuse pour l'un des contractants ».

³²⁹ M. FABRE-MAGNAN, préc., note 82, p. 508.

³³⁰ D. MAZEAUD, préc., note 322, 3 (version électronique), où l'auteur précise que « [e]n second lieu, et c'est là une étape autrement importante qui est simplement suggérée par cette jurisprudence, il n'est pas impossible de penser que l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, siège d'une bonne foi réactivée par une conception solidariste du droit des contrats, puisse à terme constituer le fondement de la révision judiciaire des contrats devenus profondément déséquilibrés à un point tel que leur exécution, telle que prévue lors de la conclusion de l'acte, emporterait la ruine du contractant victime du déséquilibre contractuel ».

³³¹ Y. PICOD, préc., note 322. Certains auteurs ne qualifient pas ce type de contrat de mandat d'intérêt commun mais de contrat d'intérêt commun. En effet, « [o]n pourrait alors être tenté de retenir que la solution vise de façon plus large les contrats de distribution commerciale, même ceux qui ne réalisent pas une intégration [...], que l'on a pu rattacher à cette catégorie fuyante des contrats d'intérêt commun » Muriel FABRE-MAGNAN, Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN, Françoise LABARTHE et Grégoire LOISEAU, « Droit des obligations », (1999) I-23 *J.C.P. G.* 143, 5 (version électronique).

³³² Y. PICOD, préc., note 322, 5 (version électronique).

³³³ Y. PICOD, préc., note 322.

³³⁴ *Infra*: B. Les limites à l'obligation de renégociation. Voir notamment, J. CÉDRAS, préc., note 27, spéc. II, B, 2-b; D. MAZEAUD, préc., note 320, par. 8.

2. La renégociation en droit québécois

Dans l'arrêt *Provigo*³³⁵, les juges québécois ont eu une interprétation différente en n'imposant pas de renégociation aux partenaires. En effet, les sanctions du manquement à la bonne foi aussi bien en droit français qu'en droit québécois correspondent aux sanctions de droit commun³³⁶, mais la Cour de cassation a admis que dans certaines situations, une obligation de renégociation pouvait être imposée, ce que n'a pas fait le juge québécois. En effet, un contrat de franchise avait été conclu entre des supermarchés et le groupe *Provigo*, prévoyant également des clauses d'approvisionnement quasi-exclusif (90 %). Cependant, suite à une modification de la stratégie commerciale antérieure à l'entrée des supermarchés dans le groupe, ce dernier a décidé de créer des magasins à bas prix, qui concurrençaient directement les supermarchés, sans qu'il soit proposé à ces derniers divers outils afin de rester compétitif. Dans cet arrêt, c'est la rupture de l'équilibre contractuel par l'un des contractants qui semble être retenue.

La cour qualifie les obligations implicites du franchiseur en estimant qu'il s'agit d'une obligation « d'assistance technique et commerciale », soit d'une obligation de collaboration afin de maintenir la pertinence du contrat pour le franchisé. Après avoir qualifié la faute contractuelle du franchiseur, elle n'impose pas de devoir de renégociation, mais octroie des dommages-intérêts au franchisé. Il ne semble donc pas exister de devoir de renégociation au Québec.

Cependant, même si la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Churchill Falls* n'impose pas de devoir de renégociation, estimant que la situation factuelle entre les partenaires ne relève pas de la théorie de l'imprévision, elle précise que « [h]ors les cas de véritable *hardship*, notion dont le sens a été explicité ci-dessous aux paragraphes [152] à [155], le principe général de bonne foi qu'énoncent les articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. n'est d'aucun secours à une partie qui fait face à la même situation que l'appelante »³³⁷. A contrario, si la situation relevait d'un

³³⁵ *Provigo Distribution Inc. c. Supermarché A.R.G. Inc.*, préc., note 322.

³³⁶ Pascal ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », (2011) 45 *R.J.T.* 87, 100 et s.

³³⁷ *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, préc., note 91, par. 159.

changement de circonstances, il est possible de penser que la Cour d'appel aurait accepté les demandes de l'appelante, à savoir la renégociation du contrat ou sa résiliation³³⁸.

Sous couvert de la bonne foi, c'est la relation contractuelle dans sa globalité qui est prise en considération. En effet, autant la qualité des parties que l'équilibre des dépendances réciproques sont jugés afin de déterminer s'il est opportun de remédier au manque de collaboration du partenaire, c'est-à-dire de savoir si la relation est suffisamment solide pour remédier, d'un commun accord, à la perturbation.

Cependant, une partie de la doctrine a émis certains doutes concernant le devoir de renégociation des termes de l'engagement lors d'un changement de circonstances.

B. Les limites à l'obligation de renégociation

L'obligation de renégociation, bien que respectant les principes de la théorie classique, a subi quelques critiques (1). Les limites de ce devoir sont alors perceptibles (2).

1. Critique du devoir de renégociation

Le devoir de renégociation a fait l'objet de nombreuses critiques, principalement lié à l'utilisation du concept de bonne foi comme fondement (a), ce qui en montre les limites (b).

a. Critiques doctrinales au devoir de renégociation

La doctrine s'est demandée si le refus, de la part d'un contractant, de renégocier le contrat en cas de changement de circonstances, pouvait être assimilé à une violation de la bonne foi. Elle est partagée sur la réponse à apporter à une telle question. Certains estiment que le cocontractant qui refuse de renégocier est encore de bonne foi³³⁹, alors que d'autres considèrent qu'il ne l'est pas³⁴⁰. La bonne foi apparaît donc comme un palliatif aux changements de circonstances, à partir du moment où la partie en cause n'a pas commis de négligence ou qu'elle n'a pas délibérément assumé le risque de bouleversement.

³³⁸ *Id.*, par. 63 et s.

³³⁹ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 54, p. 1301; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 14, p. 517; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 10, p. 355.

³⁴⁰ M. A. GRÉGOIRE, préc., note 99; Denis MAZEAUD, *Les dix commandements du droit français contemporain des contrats*, coll. Conférences Roger-Comtois, n°4, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 26 et s.; P.-G. JOBIN, préc., note 71, p. 384 et s..

Certains auteurs ont émis des réserves quant à une possible admission de la théorie de l'imprévision à travers ces arrêts.

En effet, « [o]n doit naturellement veiller à ne pas accorder à cette décision une portée excessive. Il est clair, en particulier, que les conditions de l'accord de 1970, l'engagement d'approvisionnement exclusif souscrit par le distributeur, la durée de la relation contractuelle ainsi que l'importance des investissements effectués par ce dernier dans sa station-service ont pesé d'un grand poids dans la position des juges. Mais reste que l'importance de l'arrêt ne doit pas pour autant être occultée »³⁴¹.

Et pourtant, là est peut-être bien le point le plus important de l'arrêt. Par une approche globale de la relation entre les partenaires, la Cour estime que les parties auraient dû chercher la réalisation de l'objectif initié par le contrat. La Cour de cassation consacre donc l'obligation de renégocier le contrat, en l'absence de clause contractuelle à cet effet³⁴², à partir du moment où le déséquilibre provient du comportement du partenaire. C'est ici qu'un rapprochement avec l'abus de droit peut être fait. L'abus de droit ne suppose pas une intention de nuire³⁴³, mais peut être caractérisé lorsque l'un des contractants oblige son partenaire à l'exécution d'un contrat déséquilibré³⁴⁴ dont les conditions ont fortement changé. Ripert a pu écrire que

« [l]e créancier, qui essaie de tirer de son contrat tous les avantages qu'il comporte, peut se rendre coupable d'une véritable injustice vis-à-vis de son débiteur. Il abuse de son droit s'il trouve dans l'exercice de sa créance un enrichissement qui est injuste, puisqu'il est pour lui le résultat du hasard et pour le débiteur une source de ruine »³⁴⁵.

Abuser d'un droit revient donc à agir de manière excessive et déraisonnable³⁴⁶. Exiger l'exécution d'un contrat devenu déséquilibré par suite des changements de circonstances serait alors contraire à la bonne foi. En outre, la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans

³⁴¹ J. MESTRE, préc., note 322.

³⁴² G. VIRASSAMY, préc., note 322; Jean-Luc AUBERT, « L'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat », *Defrénois* 1993.22.1377: « [c]ette solution consacre, croyons-nous, plutôt qu'un pouvoir du juge de réviser le contrat, une obligation pour les contractans de réviser leurs conventions lorsqu'elles subissent un déséquilibre essentiel, obligation fondée sur le devoir de bonne foi et dont le juge peut sanctionner la méconnaissance par l'allocation de dommages-intérêts »; M. FABRE-MAGNAN, préc., note 82, p. 508.

³⁴³ *Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 164: « la norme servant à apprécier l'existence d'un tel abus s'est élargie pour inclure maintenant le critère de l'exercice raisonnable d'un droit, tel qu'il est incarné dans la conduite d'une personne prudente et diligente. Ce critère peut couvrir un grand nombre de situations, y compris l'utilisation d'un contrat à une fin autre que celle envisagée par les parties. On pourrait donc formuler ainsi le critère approprié: tels droits ont-ils été exercés dans un esprit de loyauté? ».

³⁴⁴ T. REVET, préc., note 61, 3 (version électronique): « quand l'économie générale d'un accord est remise en cause par un changement qui ne pouvait être prévu lors de la conclusion du contrat, sa poursuite aux conditions initiales est source d'un excès que l'imprévoyance de celui qui le subit ne saurait suffire à légitimer. [...] le refus de l'autre de renégocier le contrat pour mettre fin à l'excès qui est survenu consomme un manquement à la bonne foi contractuelle – à la loyauté élémentaire. C'est bien ce qu'avait décidé la chambre commerciale de la Cour française de cassation dans les arrêts Huard et Chevassus-Marche, mais sans leur donner une suite ».

³⁴⁵ G. RIPERT, préc., note 6, par. 86.

³⁴⁶ Brigitte LEFEBVRE, « La bonne foi: notion protéiforme », (1996) 26 *R.D.U.S.* 321, 14 (version électronique).

un arrêt du 7 janvier 2014, a précisé que « le principe de la force obligatoire des conventions s'oppose à l'obligation qui pourrait être mise à la charge d'une partie, en l'absence de clause en ce sens, de renégocier un contrat en cours d'exécution »³⁴⁷. Les arrêts Huard et Chevassus-Marche restent donc particulièrement isolés en la matière, et il est possible de douter de l'admission de la théorie de l'imprévision à travers ses arrêts³⁴⁸. C'est bien la relation contractuelle qui est au centre des préoccupations. Cependant, il n'est pas certain qu'elle consacre pour autant la théorie de l'imprévision.

En effet, dans les divers cas où un devoir de renégocier a été imposé, il sanctionnait « la mauvaise foi d'un contractant qui refuse obstinément d'aider son cocontractant à sortir de l'impasse économique qu'il a largement contribué à provoquer »³⁴⁹, notamment en sanctionnant l'abus dans la fixation unilatérale du prix, dans le cadre de contrat de distribution³⁵⁰. En outre, l'arrêt du 16 mars 2004³⁵¹ est venu préciser que l'obligation de renégociation n'était pas limitée aux contrats de distribution, mais également que le déséquilibre donnant lieu à une nouvelle rencontre des partenaires devait s'être produit durant l'exécution du contrat et résulté de « modifications imprévues des circonstances économiques ». Pour pouvoir demander la renégociation, le contractant doit apporter la preuve d'un abus, et non une simple modification de l'environnement contractuel³⁵².

L'imposition d'un devoir de renégociation par les juges semble ainsi conforme au principe de la liberté contractuelle, en même temps qu'il traduit un minimum de justice. La Cour n'oblige pas à l'adaptation du contrat, mais à son exécution de bonne foi, conformément à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil. La Cour de cassation réitère une affirmation depuis longtemps

³⁴⁷ Cass. Com., 7 janvier 2014, n° 12-17154.

³⁴⁸ T. REVET, préc., note 61, 2 et s.

³⁴⁹ D. MAZEAUD, préc., note 75, par. 27; Jean-François FÉDOU, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016.2.382, 1 (version électronique) : « [s]i, de façon très exceptionnelle, certaines décisions ont pu sanctionner un manquement d'une partie à l'obligation de renégocier, c'était au nom de l'exigence de bonne foi dans les contrats, et parce que, dans ces espèces, le changement de circonstances qui était invoqué résultait, non pas d'un événement extérieur à la volonté des parties, mais procédait d'un fait imputable à l'un des cocontractants : le contexte n'était donc pas celui de l'imprévision ».

³⁵⁰ Didier MARTIN, « La loyauté dans l'exécution du contrat - Colloque loyauté et impartialité en droit des affaires », *Gaz. Pal.* 2012.145.67, 2 (version électronique).

³⁵¹ Cass. Com., 16 mars 2004, n° 01-15084, (Sociétés Les repas parisiens c. Association foyer des jeunes travailleurs et commune de Cluses).

³⁵² D. MARTIN, préc., note 350, 3 (version électronique).

connue — le contrat doit être utile aux deux contractants, lesquels doivent alors pouvoir en retirer un avantage, dût-il être amoindri.

b. Limites au devoir de renégociation

L'instauration d'un devoir de coopération entre les contractants semble difficilement qualifiable. En effet, la jurisprudence ne précise pas que les partenaires aient prévu une telle clause dans leur accord. En outre, peu de décisions font état d'un tel devoir, ce qui laisse supposer que le juge l'impose seulement dans certaines circonstances. Le devoir de coopération montre donc certaines limites³⁵³.

« En revanche, il peut sans doute, comme la jurisprudence tend à l'admettre, juger que certains contrats au moins imposent aux parties, en vertu du principe d'exécution de bonne foi et parce qu'il est dans la nature de ces contrats de susciter une coopération active et permanente des contractants, de renégocier leur contrat lorsque celui-ci vient à subir un déséquilibre imprévisible, et, le cas échéant, de réparer le dommage causé par un manquement fautif à cette obligation. En cas d'échec non fautif des négociations, il serait sans doute possible de reconnaître au juge le pouvoir de mettre fin au contrat afin d'évacuer de l'ordre juridique une convention qui ne peut plus remplir le rôle que les parties lui avaient fixé [...]. Une telle solution s'inscrit aisément dans la ligne du volontarisme social : les contractants définissent les obligations qu'ils acceptent de souscrire et, sauf à engager leur responsabilité ou à en assumer les risques, ils les exécutent dans le respect des équilibres que l'ordre social requiert, sous le contrôle du juge »³⁵⁴.

Au travers des devoirs de loyauté et de coopération transparait le lien interpersonnel, qui transcende le type de contrat conclu³⁵⁵. Les variations d'intensité du lien contractuel entraînent alors, nécessairement et réciproquement, une variation d'intensité des devoirs

³⁵³ Yves PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 107, précisant que « dénuée de tout fondement, l'obligation de coopération risque d'être mal comprise, mal absorbée par notre droit et de devenir une simple abstraction servant à grouper diverses solutions jurisprudentielles sous une étiquette commune ». Pour l'auteur, le devoir de coopération est fondé sur le devoir de loyauté contractuelle »; INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international 2010*, Rome, Unidroit, 2010, supra note 87, où le commentaire de l'article 5.3 prévoyant que « [l]e devoir de coopération connaît évidemment certaines limites (la disposition se réfère aux attentes raisonnables) afin de ne pas bouleverser la réparation des devoirs dans l'exécution du contrat. Bien que la préoccupation principale de la disposition soit le devoir de ne pas entraver l'exécution de la prestation de l'autre partie, il peut également y avoir des circonstances qui exigent une coopération plus active ». Toutefois, le commentaire ne précise pas les circonstances pouvant aboutir à une « coopération plus active ».

³⁵⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVVAUX, préc., note 155, p. 390.

³⁵⁵ A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 27, p. 333 qui précise que le devoir de coopération trouve « sa source dans le lien de solidarité, sa reconnaissance par le droit positif semble démontrer que ce dernier reconnaît implicitement l'existence d'un tel lien entre les contractants ». Cependant, nous n'estimons pas que « le lien de solidarité entre les parties résulte de la prise en charge réciproque par ces dernières de l'intérêt au contrat de l'autre »; Rejoignant à cet égard, Christine LEBRUN, *Le devoir de coopération durant l'exécution du contrat*, Montréal, LexisNexis, 2013, nous estimons qu'obliger l'un des partenaires à « prendre en charge » l'intérêt de l'autre va trop loin dans les obligations imposées aux parties. Sans nier l'existence d'un lien entre les contractants (que nous qualifierons dans les chapitres suivants), nous estimons que les parties doivent coopérer à la réalisation de l'objet du contrat, mais que chacun reste maître de son intérêt et doit faciliter la réalisation de l'intérêt de son partenaire, sans pour autant s'ingérer dans cette réalisation.

comportementaux. Dans l'arrêt Huard, ce sont à la fois les investissements effectués ainsi que la durée de la relation entre les contractants qui a permis à la Cour d'imposer une obligation de renégociation aux parties. Ce n'est pas le type de contrat qui a été pris en considération, mais bien le rapport, le lien qui unissait les contractants³⁵⁶, interprété dans une approche globale de leur relation³⁵⁷, devant converger vers la réalisation de l'objectif du contrat. La coopération semble donc être la conséquence de la détermination d'une relation entre les partenaires. C'est ainsi que les principes de liberté et de responsabilité inonderaient la phase de formation du contrat, alors que la solidarité serait présente lors de son exécution³⁵⁸.

2. Les limites à l'utilisation de la notion de bonne foi

Il semblait, au moins pour une partie de la doctrine, que la notion de bonne foi était propice à l'admission de la théorie de l'imprévision et aurait, théoriquement, permis au juge d'intervenir pour modifier les droits et obligations des parties. Cette potentialité a été infirmée récemment (a), ce qui peut avoir des répercussions en matière d'imprévision (b).

a. La distinction entre la substance des droits et les prérogatives contractuelles

Dans un arrêt plus que remarqué du 10 juillet 2007³⁵⁹, confirmé en 2009³⁶⁰ par la troisième chambre civile, la chambre commerciale donne un contenu à la notion de bonne foi. Elle affirme alors que la bonne foi s'applique dans tous les contrats, quel que soit le type de relation contractuelle. En effet, préalablement à cet arrêt, la bonne foi était cantonnée à des cas

³⁵⁶ J. MESTRE, préc., note 322.

³⁵⁷ G. TABI TABI, préc., note 150, par. 80: « [c]es [...] arrêts semblent avoir pour objectif de préserver l'équilibre contractuel et d'assurer la protection des attentes légitimes de la partie qui est en droit de se plaindre, en évitant son éjection indirecte de la relation contractuelle ».

³⁵⁸ Denis MAZEAUD, « Renégociation du contrat », *RDC* 2004.3.642, précisant que au « stade de la conclusion du contrat, la liberté et la responsabilité constituent toujours les principes sur lesquels s'édifie le contrat et autour desquels se déploient les règles qui le gouvernent [...]. En revanche, si, postérieurement à sa conclusion, un déséquilibre contractuel profond, qui procède d'un changement de circonstances imprévu et important, survient et rend l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour l'un des contractants, une exigence de solidarité se substitue alors aux idées de liberté et de responsabilité et se traduit, au nom du devoir de bonne foi, par une obligation de renégociation ».

³⁵⁹ Cass. Com., 10 juillet 2007, n° 06-14768.

³⁶⁰ Cass. Civ. 3, 9 décembre 2009, n° 04-19923.

d'espèce³⁶¹. Cependant, et plus remarquable encore, elle hiérarchise les notions de force obligatoire et de bonne foi, en cantonnant les pouvoirs du juge de modifier le contenu contractuel.

La force obligatoire de « la substance même des droits et obligations légalement convenues entre les parties » ne pourrait alors pas être remise en cause par la notion de bonne foi, car il s'agit du « cœur du contrat »³⁶². Malgré la mauvaise foi du créancier — en l'espèce, il était dirigeant et actionnaire de la société —, il peut se prévaloir des clauses de garanties prévues au contrat — clause de garantie de valeur, alors qu'il connaissait les possibles défaillances de la comptabilité. Le comportement du créancier est « externe » aux obligations conventionnelles, ce qui n'empêche pas de faire exécuter le contrat³⁶³. En effet, « [l]a substance même des droits et obligations [...] ne peut être atteinte par la sanction du juge, ce qui signifie en d'autres mots qu'une créance ne peut être neutralisée pour la seule raison que son titulaire a manqué à son obligation d'exécution de bonne foi »³⁶⁴. Ainsi, la sanction de la violation de la bonne foi n'est pas « la déchéance du droit substantiel »³⁶⁵. La force obligatoire reprend toute sa vigueur, le comportement de l'un des contractants ne l'empêchera alors pas d'obtenir satisfaction, son cocontractant ne pouvant invoquer un comportement contraire aux exigences de bonne foi pour neutraliser la créance invoquée de mauvaise foi³⁶⁶.

La chambre commerciale de la Cour de cassation affirme alors que le juge ne peut réviser les obligations essentielles d'un contrat, la force obligatoire imposant le respect de ce qui a été convenu entre les parties. Ainsi, elle cantonne la notion de bonne foi au comportement des parties³⁶⁷ et en détermine la sanction qui se limite à une action en responsabilité ou à la

³⁶¹ Xavier DELPECH, « Le devoir de bonne foi n'écarte pas la force obligatoire du contrat », *D.* 2007.2839.

³⁶² Laurent AYNÈS, « Bonne foi », *RDC* 2007.4.1107.

³⁶³ Pierre-Yves GAUTIER, « Une étrange garantie de passif est l'occasion d'un arrêt doctrinal sur la bonne foi contractuelle », *D.* 2007.2844.

³⁶⁴ Bertrand FAGES, « Mais la bonne foi ne fait pas échec au bénéfice d'une garantie de passif », *RTD civ.* 2007.773.

³⁶⁵ X. DELPECH, préc., note 361.

³⁶⁶ Laurent LEVENEUR, « Les limites du rôle de la bonne foi dans l'exécution du contrat: où l'alinéa 1er de l'article 1134 l'emporte sur l'alinéa 3 », *Contrats Concurr. Consomm.* 2007.12.294, 3 (version électronique) précisant que « [s]anctionner la mauvaise foi en paralysant une clause résolutoire de plein droit, voire en octroyant des dommages et intérêts, voilà qui est admissible. Mais en venir à porter atteinte aux droits et obligations légalement convenus entre les parties, comme l'avait fait la cour d'appel puisqu'elle avait dénié au créancier le droit de se prévaloir de la garantie de passif qui lui avait été promise, voilà qui ne l'est pas ».

³⁶⁷ François CHÉNÉDÉ, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *RDC* 2011.2.709, par. 2 (version électronique): « cette jurisprudence [...] passe moins par la distinction de la substance et des prérogatives, que par l'opposition du "contenu du contrat" (substance et prérogatives comprises) et du

neutralisation de l'acte déloyal. Cependant, la bonne foi ne s'applique pas aux prestations des parties, ce qui n'en permet pas la modification³⁶⁸.

La notion de bonne foi s'applique donc aux prérogatives contractuelles, c'est-à-dire à « la qualité de partie au contrat en général, et à tel contrat en particulier »³⁶⁹, « les “pouvoirs d'essence unilatérale” accordés à une partie, par une clause du contrat ou éventuellement par la loi et dont l'usage permet d'influer sur le contrat au stade de sa formation [...], de son contenu (clause de fixation unilatérale du prix, clause permettant de modifier unilatéralement l'objet du contrat), de sa dissolution [...] »³⁷⁰. La bonne foi se limite donc à déterminer comment le contrat doit être exécuté, mais pas ce qui doit être exécuté³⁷¹. Il peut alors être fait un usage déloyal d'une prérogative contractuelle, méritant une sanction du juge, mais pas du droit d'être créancier et d'obtenir l'exécution des obligations. Cette formulation a fait l'objet de nombreuses critiques.

b. Les conséquences en matière d'imprévision

Malgré l'obligation de coopération émanant de la bonne foi, il apparaît pour certains, suite à cet arrêt, difficilement concevable que cette notion puisse servir de fondement à une admission de la théorie de l'imprévision et à une révision judiciaire du contrat³⁷².

« comportement des contractants ». [...] alors que le juge ne pourrait, en raison de l'article 1134, alinéa 1er, porter atteinte à l'existence d'un droit librement consenti, il pourrait, en application de l'article 1134, alinéa 3, en contrôler l'exercice, en contrôler la mise en œuvre ».

³⁶⁸ L. AYNÈS, préc., note 362.

³⁶⁹ *Id.*

³⁷⁰ F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et P. SIMLER, préc., note 82, p. 490.

³⁷¹ F. CHÉNÉDÉ, préc., note 367, par. 3 : « [i]l ne s'agirait donc pas de scinder le contenu contractuel en deux corps distincts, les prérogatives et la substance, pour cantonner le contrôle judiciaire à l'exercice des premières, mais de distinguer deux actions judiciaires, la « sanction du comportement déloyal » des contractants et la « révision du contenu du contrat », en rappelant au juge que si la première voie est possible en vertu de l'article 1134, alinéa 3, la seconde est fermée en application de l'article 1134, alinéa 1er ».

³⁷² Denis MAZEAUD, « Bonne foi », *RDC* 2007.4.1110, 3 (version électronique) : « il semble qu'il sonne définitivement le glas des espoirs de ceux qui voyaient dans l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, le ferment de la révision judiciaire pour imprévision » ; Alain COURET, « Limites du contrôle judiciaire de la bonne foi contractuelle », *Bull. Joly Sociétés* 2007.11.1187, 4 (version électronique) : « [d]ans une approche théorique, on peut évidemment s'interroger sur le rôle désormais imparti à la bonne foi : l'arrêt indique clairement que l'alinéa 1er de l'article 1134 du Code civil prime son alinéa 3. N'y a-t-il pas là une source virtuelle désormais tarie pour l'exercice d'un pouvoir modérateur du juge ? Est-ce un « coup de froid » sur une certaine expansion du rôle de la bonne foi ? Il ne fait guère de doute que le développement du devoir de loyauté dont la jurisprudence porte de fortes traces s'accompagne de fortes résistances dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Pour le moins, l'alinéa 3 de l'article 1134 ne permet pas de réécrire le contrat » ; Laurent AYNÈS, « Mauvaise foi et prérogative contractuelle », *RDC* 2011.2.687, 3 (version électronique) : « [q]uant à la question du changement de circonstances, les arrêts décident clairement que le juge ne peut pas atténuer, modérer ou supprimer la créance. Ils excluent donc la

D'autres estiment que la distinction est particulièrement théorique et ne remet pas en cause les avancées inaugurées sous l'auspice de la bonne foi³⁷³.

« Ainsi, l'arrêt *Huard* rendu en 1992 [...] qui peut être considéré comme une pierre décisive de cette construction jurisprudentielle reprochait à un fournisseur une exécution de mauvaise foi du fait qu'il pratiquait des prix de vente à l'égard de son distributeur ne permettant pas à ce dernier de revendre décemment les hydrocarbures fournis. Sanctionner le fait par un fournisseur d'empêcher son distributeur de s'inscrire efficacement dans la concurrence, et ainsi de ne pas lui permettre de réaliser l'objectif économique du contrat, revendre les produits fournis, n'était-ce pas préserver la substance des droits et obligations convenues entre les parties ? [...] en termes obligationnels, il s'agissait, dans ces décisions, bien plus de l'exercice abusif d'une dette que d'une créance et, qu'en outre, il s'agissait bien de la substance de l'obligation, de fournir, des produits ou du travail, point d'une prérogative contractuelle »³⁷⁴.

Cet arrêt vient spécifier que les juges ne peuvent pas porter atteinte à ce qui a été convenu entre les contractants, mais qu'il ne remet absolument pas en cause les avancées réalisées en matière de bonne foi. Pour ces deniers, la bonne foi s'applique au seul comportement des contractants, à l'exclusion des prestations initialement convenues³⁷⁵. En outre, elle entraîne une sanction ou un anéantissement à travers la reconnaissance d'une responsabilité ou la neutralisation de l'acte déloyal. En aucun cas les juges ne peuvent, sous couvert de la bonne foi, modifier la prestation promise lors de l'échange des consentements³⁷⁶. Ainsi, « le refus de renégocier les termes du contrat est une prérogative dont l'usage peut s'avérer abusif. Cela suppose que la renégociation ait été demandée, que les circonstances la rendent légitime, etc. S'il est abusif, ce refus pourra donner lieu à réparation. Mais le droit de créance lui-même ne pourra pas être jugé abusif ou excessif »³⁷⁷.

révision judiciaire. Mais ils n'excluent pas d'autres remèdes ; en particulier le devoir de se prêter à une renégociation en vue de répartir une charge extraordinaire et imprévue ».

³⁷³ M. FABRE-MAGNAN, préc., note 82, p. 71 : [o]n peut comprendre que la Cour de cassation souhaite qu'une créance ne puisse être paralysée pour manquement à la bonne foi, mais la formule utilisée semble exagérément doctrinale et large".

³⁷⁴ Daniel MAINGUY et Jean-Louis RESPAUD, « Portée des pouvoirs reconnus au juge en matière de sanction de la mauvaise foi contractuelle », *J.C.P. E.* 2007.46.2394, 5 et s. (version électronique).

³⁷⁵ L. AYNÈS, préc., note 372, 3 (version électronique) : « [l]a bonne foi est sans rapport avec la substance. C'est exactement le sens de l'article 1134, alinéa 3 : les conventions doivent être « exécutées de bonne foi » ; la manière d'exécuter, et non pas le droit à l'exécution, peut être contraire aux exigences de la bonne foi ».

³⁷⁶ L. AYNÈS, préc., note 362, 1 (version électronique).

³⁷⁷ L. AYNÈS, préc., note 372, par. 10 ; M. FABRE-MAGNAN, préc., note 82, p. 71 précisant que « [l]es juges pourraient ainsi sanctionner l'usage déloyal d'une clause résolutoire (c'est ce qu'ils font), mais pas priver un cocontractant, même de mauvaise foi, du bénéfice de sa créance, par exemple d'une garantie de passif. De même, ils pourraient obliger les parties à renégocier un contrat devenu déséquilibré par suite d'une modification des circonstances économiques, mais non pas modifier les obligations convenues ».

En outre, certaines autorités doctrinales ont émis des réserves quant au caractère opératoire de la distinction entre la substance même des droits et obligations et les prérogatives contractuelles³⁷⁸.

« Comme les notions voisines d’abus ou de faute, celle de bonne ou de mauvaise foi est difficile à enserrer dans une définition. La tentation est grande de profiter de l’élasticité du concept pour demander au juge ou à l’arbitre d’exercer un pouvoir modérateur général et incontrôlé, qui finirait par emporter le principe même de la force obligatoire. Afin d’éviter cette conséquence, il convient de limiter l’application de cette notion aux prérogatives du créancier accessoires au droit de créance lui-même (résolution, résiliation, non-renouvellement, agrément...) qui ne devrait jamais être affecté par elle : si l’on admettait que la mise en œuvre de la créance elle-même pouvait être contraire à la bonne foi, et si l’on pouvait reprocher au créancier d’être créancier, on ouvrirait la voie à une révision générale de tous les contrats. La Cour de cassation a consacré cette distinction entre la “prérogative contractuelle” dont le juge peut sanctionner l’usage déloyal, et la “substance même” des droits et obligations légalement convenus, à laquelle le juge ne peut porter atteinte. De même, les exigences de bonne foi ne peuvent interdire au créancier d’invoquer une règle impérative. La prérogative contractuelle, par opposition à la “substance” du contrat, est un pouvoir reconnu par la loi ou le contrat aux parties d’agir de manière unilatérale sur la situation contractuelle. L’exercice de la prérogative peut être contrôlé et sanctionné par les tribunaux lorsqu’elle est abusive ; c’est-à-dire contraire à la loyauté contractuelle. En revanche, les droits et obligations des parties, dès lors que le contrat est “légalement formé”, échappent à l’appréciation judiciaire »³⁷⁹.

Il a également été affirmé que l’arrêt fait application d’une analyse obligationnelle. Au contraire, l’analyse de la bonne ou de la mauvaise foi suppose une analyse contractuelle, une prise en compte de la globalité de l’opération³⁸⁰. « [L]e contrat met en place une situation relationnelle sur laquelle chacun peut agir ; la céder, y mettre un terme, autoriser la cession, refuser la renégociation, modifier ou fixer le prix, etc »³⁸¹. La reconnaissance de la relation contractuelle pourrait alors permettre de nuancer un tel propos. La bonne foi, comme fondement possible à la théorie de l’imprévision, est encore débattue.

³⁷⁸ Yves-Marie LAITHIER, « La sanction de la mauvaise foi du créancier dans l’exécution du contrat », *RDC* 2010.2.561.

³⁷⁹ P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 10, p. 380 et s.

³⁸⁰ D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD, préc., note 374, 7 (version électronique); P. ANCEL, préc., note 114, 772 : « [i]l est vrai, sans doute, qu’une obligation contractuelle est complètement configurée par le contrat qui l’a fait naître, qu’elle est complètement sous la dépendance de sa source. Mais on ne saurait en déduire à l’inverse que le contrat (la source) se ramène entièrement aux obligations qu’il fait naître ».

³⁸¹ L. AYNÈS, préc., note 372, 2 (version électronique).

Conclusion du chapitre 1

L'évolution théorique du droit des contrats avance vers une prise en considération beaucoup plus importante du lien existant entre les partenaires ou entre les divers accords ayant pu être conclus. À travers la doctrine du solidarisme contractuel, le lien social, voire contractuel, est mis en lumière afin de se rapprocher de la réalité des diverses situations factuelles. Même si les principes directeurs classiques du droit des contrats gardent leur pertinence dans certaines situations, il est d'autres situations où leur application apparaît difficilement justifiable. Le droit des contrats est donc les deux à la fois, ce que prévoit le nouveau droit français lorsqu'elle affirme la valeur de liberté, de bonne foi et de force obligatoire dans ses dispositions liminaires³⁸².

Les différences d'application entre ces deux doctrines semblent provenir du lien interpersonnel lié par les contractants ou du lien économique entre divers contrats. Les applications jurisprudentielles de ces évolutions théoriques semblent ce dirigé en ce sens, la bonne foi apparaissant comme la notion révélatrice de ces liens. Il semble donc que ce soit la relation contractuelle qui serve de principe d'interprétation du contrat, en fonction duquel l'intensité du devoir de bonne foi sera modulée. La question qui se pose est alors la suivante.

« Fundamentally, a contract is only meaningful inasmuch as it provides for a mutual economic benefit. Should the general rule of international contracts be that they should be terminated without damages if one or both parties can reasonably maintain that the contract lost its economic equilibrium for reasons beyond the parties' control and that nobody can be obliged to work for nothing ? »³⁸³.

Il a ainsi été proposé de fonder l'admission de la théorie de l'imprévision soit sur le concept de bonne foi soit sur la notion de cause. Cependant, la Cour de cassation, à l'instar des juridictions québécoises, a toujours refusé de se reconnaître un pouvoir de révision judiciaire en cas de changement de circonstances, même si la renégociation des termes de l'accord est admise dans ces deux pays. Le nouveau droit français l'y autorise expressément. Cependant,

³⁸² Article 1102 nouveau du Code civil : « 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. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ». Article 1103 nouveau du Code civil : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». Et article 1104 nouveau du Code civil : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

³⁸³ A. PUELINCKX, « Frustration, hardship, force majeure, imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, changed circumstances - A comparative study in English, French, German and Japanese law », (1983) 3-2 *J. Int. Arbitr.* 47, 53.

outre la référence à la justice contractuelle, aucun fondement particulier n'a été mis de l'avant.
Une étude des fondements en droit étranger permettra peut-être de confirmer cette tendance.

Chapitre 2 – Les fondements discutés en droit comparé

Le principal fondement aux changements de circonstances proposé aussi bien en France qu'au Québec est la notion de bonne foi. Ce fondement n'est pourtant pas unanimement accepté. Un détour par le droit étranger peut alors être pertinent afin de savoir si un fondement en particulier peut être mis de l'avant ou si une interprétation particulière peut être retenue.

« Dans les pays où l'imprévision a trouvé accueil soit du fait de la jurisprudence civile, soit de la Loi, son fondement a été recherché dans les notions de bonne foi et d'équité qui doivent présider à l'exécution des contrats »³⁸⁴.

Afin de comparer les fondements proposés et admis en matière de changement de circonstances, il apparaît pertinent de distinguer les droits de tradition civiliste (section 1) des droits de tradition de Common Law (section 2). En effet, les différentes conceptions du contrat entre ces deux blocs ainsi que les principes admis en la matière diffèrent sensiblement³⁸⁵.

Section 1 – Les fondements dans les droits de tradition civiliste

Dans les droits de tradition civiliste, deux systèmes juridiques peuvent apparaître pertinents. Tout d'abord, le droit allemand qui a admis de manière jurisprudentielle les changements de circonstances dès la fin de la Première Guerre mondiale. Le contexte ainsi que le fondement de cette admission peuvent permettre de mettre en lumière des distinctions avec la France et le Québec (Paragraphe 1). Ensuite, le droit italien apparaît également innovant puisque c'est l'un des premiers pays à avoir codifié les changements de circonstances dès 1942 dans le Codice civile. Ce droit est particulièrement proche du droit français, et le contexte ainsi que les

³⁸⁴ Henry LESGUILLONS, « Frustration, force majeure, imprévision, wegfall der geschäftsgrundlage », (1979) 5-4 *D.P.I.C.* 507, 526.

³⁸⁵ Voir, de manière générale, René DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002; Patrick H. GLENN, *Legal traditions of the world: sustainable diversity in law*, 3^e éd., Oxford; New York, Oxford University Press, 2007.

fondements proposés à l'admission des changements de circonstances peuvent également permettre de mettre en exergue certains points (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 - En droit allemand

Le concept général se référant au changement de circonstances en droit allemand est le *Störung der Geschäftsgrundlage*³⁸⁶.

« Cette théorie [de la Wegfall der Geschäftsgrundlage] permet, à un certain nombre de conditions, d'adapter — ou même (si une adaptation est impossible) de résilier — le contrat en cas de disparition de circonstances fondamentales qui ne sont pas pour autant partie intégrante du contrat »³⁸⁷.

Il s'agit alors d'un remède équitable qui permet aux juridictions d'adapter ou d'anéantir le contrat si les circonstances entourant sa formation changent de manière radicale³⁸⁸. Afin de comprendre le concept de *Geschäftsgrundlage*, il apparaît opportun de revenir sur ses origines (A), avant d'envisager ses fondements (B).

A. Aux origines du *Störung der Geschäftsgrundlage*

Pour comprendre l'introduction du concept prenant en compte les changements de circonstances en droit allemand, il est, tout d'abord, nécessaire de revenir sur la pensée juridique allemande (1), pour ensuite déterminer les circonstances qui ont poussé les juridictions à l'admettre (2).

³⁸⁶ §313 B.G.B. : « (1) If circumstances which became the basis of a contract have significantly changed since the contract was entered into and if the parties would not have entered into the contract or would have entered into it with different contents if they had foreseen this change, adaptation of the contract may be demanded to the extent that, taking account of all the circumstances of the specific case, in particular contractual or statutory distribution of risk, one of the parties cannot reasonably be expected to uphold the contract without alteration. (2) It is equivalent to a change of circumstances if material conceptions that have become the basis of the contract are found to be incorrect. (3) If adaptation of the contract is not possible or one party cannot reasonably be expected to accept it, the disadvantaged party may revoke the contract. In the case of continuing obligations, the right to terminate takes the place of the right to revoke », en ligne : http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1094 (consulté le 13 mai 2016).

³⁸⁷ FRÉDÉRIQUE FERRAND, *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997, p. 306.

³⁸⁸ E. H HONDIUS et Hans Christoph GRIGOLEIT, *Unexpected circumstances in European contract law*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2011, p. 55 précisant que : « [u]nder German law the most prominent, general and important concept dealing with the effects of unexpected circumstances on the contract is the doctrine of *Störung der Geschäftsgrundlage*. This principle can roughly be described as an equitable relief that allows the courts to adapt or terminate a contract if the factual framework diverges fundamentally from the parties' expectations. The doctrine of *Störung der Geschäftsgrundlage* has been developed as a mechanism to define the limits of acceptable risk distribution by contractual stipulations ».

1. La pensée juridique allemande du XX^e siècle

La pensée juridique allemande était particulièrement influencée, jusqu'à la fin de la seconde guerre mondiale par le modèle de l'économie sociale de marché. Ce modèle se différencie du modèle capitaliste par la prise en considération d'un nombre important de paramètres sociaux dont l'objectif est d'éviter les abus de pouvoir dans les transactions, et plus particulièrement les abus de pouvoir économiques, mais également la marginalisation sociale³⁸⁹.

Les notions d'équité sociale et de solidarité ont un fondement légal leur donnant une substance juridique puisqu'elles reposent sur la Constitution (*Grundgesetz*).

« In the light of this social orientation, the interference of the German judge with the contract, with the aim of attributing to it a 'just content' according to the requirements of equity and good faith, is not considered in principle as an illegitimate act, especially when this is done in order to protect the 'weak' – bargaining power – contracting party (e.g. the consumer) or a debtor who after the conclusion of the contract must perform under excessively onerous circumstances »³⁹⁰.

Conformément à la pensée juridique allemande de l'époque, c'est sur le siège du concept d'équité que se sont fondées les juridictions allemandes pour admettre un remède en cas de changement de circonstances³⁹¹, à savoir sur le §242 du B.G.B.³⁹². L'orientation sociale du droit, et notamment du droit des contrats, impose que les obligations contractuelles soient conformes au standard de la bonne foi, ce qui permet d'écarter plus facilement le caractère absolu de l'adage « *Pacta sunt servanda* ». Cette orientation sociale du droit des contrats est l'une des principales différences entre le droit allemand et les droits anglo-américains. En

³⁸⁹ Antonis KARAMPATZOS, « Supervening Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with Reference to Anglo American, German, French and Greek Law », (2005) 13-2 *Eur. Rev. Priv. Law* 105, 120 précisant que : « [I]n contrast to the capitalist or pure market system, which we find in the USA and partly in England, in the former model [the model of social market economy] a number of social parameters are taken into account with a view to avoid phenomena of abuse of economic power in transactions or of social marginalization and disruption »; voir, de manière générale, Olivier JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918) : idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*, Paris, PUF, 2005.

³⁹⁰ A. KARAMPATZOS, préc., note 389, 121.

³⁹¹ D. TALLON, préc., note 259 à la page 413 : « [I]e droit allemand s'est d'abord directement rattaché à la bonne foi - le "*treu und glauben*" du célèbre para 242 - puis a retenu la théorie de Oertman de la disparition du fondement contractuel ».

³⁹² « An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration » ou « Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern », en ligne <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>.

effet, ces derniers ont une approche beaucoup plus libérale, imposant ainsi le respect quasi absolu du contrat³⁹³. Dans ces derniers,

« *good faith is synonymous with socially accepted standards of reasonableness and fair dealing. [...] The criterion is what the parties to the contract would have done at the time of contracting. However, application of sections 157 and 242 of the Civil Code can never justify deviation from the properly construed contractual terms. The Reichsgericht has consistently and unambiguously so held* »³⁹⁴.

Cette orientation sociale du système juridique allemand provient autant des conséquences socio-économiques des deux guerres mondiales que de l'expérience d'un régime national-socialiste, ce qui expliquerait, en partie, les différences concernant l'admission des changements de circonstances et leurs régimes³⁹⁵.

2. Le contexte historique

Les circonstances historiques entourant l'admission de la notion de *Wegfall der Geschäftsgrundlage*³⁹⁶ sont extrêmement drastiques³⁹⁷. En effet, à cette époque, c'est-à-dire à la fin de la Première Guerre mondiale, l'Allemagne vient de perdre la guerre. Les alliés, alors vainqueurs, ne prennent pas cas des conseils de Wilson, tels qu'exprimés dans ses 14 points.

³⁹³ Werner B. EBKE et Bettina M. STEINHAEUER, « The doctrine of good faith in German contract law », dans J BEATSON et Daniel FRIEDMANN, *Good faith and fault in contract law*, Oxford; New York, Clarendon Press ; Oxford University Press, 1995, p. 171 à la page 171 et s. précisant que : « *[i]n German contract law, the doctrine of good faith fulfils three basic functions : it serves as the legal basis of interstitial law-making by the judiciary, it forms the basis of legal defences in private law suits, and it provides a statutory basis for re-allocating risks in private contracts. [...] cases involving the doctrines of impracticability (Äquivalenzstörung) and frustration of purpose (Zweckstörung), change of economic circumstances (Wegfall der Geschäftsgrundlage) and mutual error (Doppelirrtum) [...]* » ; Michael George RAPSOMANIKIS, « Frustration of contract in international trade law and comparative law », (1979) 18 *Duquesne Law Rev.* 551, 560; Peter HAY, « Frustration and its solution in German law », (1961) 10 *Am. J. Comp. Law* 345, 345 et s.; 361 et s. et 372 et s.

³⁹⁴ Hans SMIT, « Frustration of Contract: A Comparative Attempt at Consolidation », (1958) 58-3 *Columbia Law Rev.* 287, 298.

³⁹⁵ A. KARAMPATZOS, préc., note 389, 121. Contra, KONRAD ZWEIGERT et HEIN KÖTZ, préc., note 51, p. 533 qui estime que la différence entre le système de droit allemand et le système anglais provient du fait que les Cours anglaises ont eu à connaître de litige concernant le droit international, donnant comme exemple les affaires liées au Canal de Suez.

³⁹⁶ La notion de *Geschäftsgrundlage* est surtout connue pour son application en matière de bouleversement des circonstances entourant la conclusion du contrat, soit l'admission de la révision pour imprévision par les juridictions allemandes. Cependant, elle recouvre une réalité plus grande et ne se résume pas à cette simple application. En effet, elle correspond aussi à la notion d'erreur ou encore de cause en droit français. Voir, à cet effet, Pascal ANCEL et Robert WINTGEN, « La théorie du "fondement contractuel" (*Geschäftsgrundlage*) et son intérêt pour le droit français », *RDC* 2006.3.897 : « « [I]e §313 BGB assimile les fondements subjectif et objectif. Il s'ensuit que le fondement du contrat peut être déterminé sans qu'il soit nécessaire de scruter la conscience des parties au moment de la conclusion du contrat. Il importe également peu que le fondement du contrat fasse défaut dès la conclusion du contrat (erreur sur les circonstances présentes) ou qu'il ait disparu après (erreur sur les circonstances futures ou imprévision). Dans les deux cas, qualifiés respectivement de 'défaut' et de 'disparition du fondement contractuel' (*Fehlen und Wegfall der Geschäftsgrundlage*) il y a 'perturbation (Störung) du fondement au sens du §313 BGB ».

³⁹⁷ John P. DAWSON, « Judicial Revision of Frustrated Contracts: Germany », (1983) 63 *BUL Rev* 1039, 1043 et s.

L'Allemagne est accablée par les traités, et spécifiquement par le Traité de Versailles, qualifié de Diktat.

En outre, le législateur allemand n'a pas souhaité adopter une législation de circonstances lors de l'après Première Guerre mondiale, les juges ayant alors dû prendre en considération les effets néfastes sur les contrats. Les législateurs français³⁹⁸ et québécois³⁹⁹ ont préféré légiférer, ne laissant que peu de marge de manœuvre aux juges.

Les juridictions allemandes ont certainement admis la notion de *Wegfall der Geschäftsgrundlage* en considération de la situation économique et psychologique qui régnait en Allemagne à la sortie de la guerre, en acceptant de statuer en équité aux vues de la situation des parties.

« [D]ès le lendemain du premier conflit mondial, un vaste mouvement amorcé par les tribunaux allemands aux prises avec une inflation démesurée et sans précédent a conduit à atténuer les rigueurs de *pacta sunt servanda* et à admettre sur une base jurisprudentielle puis législative la théorie de l'imprévision »⁴⁰⁰.

Même si le législateur a, après la Seconde Guerre mondiale, adopté quelques lois de circonstances⁴⁰¹, qui demandaient aux juges de déterminer si, étant donné les circonstances, il était équitablement et raisonnablement possible d'exiger l'exécution de sa prestation par le débiteur, les parties n'hésitaient pas à invoquer la *Geschäftsgrundlage* lorsqu'elles ne remplissaient pas les conditions d'application de ces lois. Ces lois de circonstances ont permis aux juges d'ajouter un critère à la théorie de la *Geschäftsgrundlage* qui n'apparaissait pas dans la théorie de Oertmann, à savoir si, eu égard à la bonne foi, la prestation pouvait encore être exigée du débiteur. La doctrine a, à de nombreuses reprises, critiqué ce critère qui n'avait plus rien à voir et ne prenant pas en considération le contrat, mais entraînait une insécurité juridique.

³⁹⁸ Par exemple, la loi du 21 janvier 1918, dite « Loi Failliot » a admis la révision des contrats conclus avant la guerre en cas de préjudice imprévisible de l'un des contractants. Il en a été de même avec la loi du 9 mars 1918 permettant la prorogation de la durée du bail ou la loi du 12 juillet 1933 concernant la révision du taux des loyers. Il en fut également ainsi après la Seconde Guerre mondiale où le législateur a repris la loi Failliot par une loi du 23 avril 1949.

³⁹⁹ Notamment à l'article 1834 C.c.Q. (donation affectée d'une charge) ou encore l'article 1994 C.c.Q. (bail social).

⁴⁰⁰ S. MARTIN, préc., note 8, 601.

⁴⁰¹ Egidijus BARANAUSKAS et Paulius ZAPOLSKIS, « The effect of change in circumstances on the performance of contract », (2009) 118-4 *Jurisprudencija* 197, 205 : « [a]fter the World War II, Germany suffered from a variety of problems, such as division of the country, vast demolition of buildings, emigration of its citizens, and detrimental economic consequences. Similarly to the inter-war period, the legislator contributed little towards the resolution of the problem of changed circumstances, and the main role was again played by the courts ».

Le contexte historique et économique catastrophique pour l'Allemagne a donc conduit les juridictions à admettre la notion de disparition du fondement contractuel en se basant sur les théories développées par la doctrine.

B. L'admission de la notion de Störung der Geschäftsgrundlage

La doctrine allemande a joué un rôle fondamental dans le développement du concept de *Wegfall der Geschäftsgrundlage* en en proposant une analyse détaillée (1). Ces réflexions et études doctrinales ont permis aux juridictions d'admettre les changements de circonstances (2).

1. Les théories doctrinales construisant la Geschäftsgrundlage

Fortement marquée par l'école des pandectistes⁴⁰², le professeur Windscheid apporta une contribution significative à la doctrine de la *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, en introduisant, dès 1847, la théorie du *Voraussetzung* qui permettait aux déclarations de volontés des contractants de perdre leur caractère obligatoire lorsque les suppositions ou attentes de ces derniers se révélaient inexacts suite à un changement de circonstances⁴⁰³. Le professeur Windscheid a donc pris en compte le phénomène de l'imprévision en développant la théorie du fondement contractuel (*Lehre von der Voraussetzung*). En effet, pour ce dernier,

« in the case of presupposition, the expectation of the parties became elements of the contract as far as they formed part of the contractual will (and thus the declaration of intent). This approach marks a distinction between the clausula [rebus sic stantibus] rule and the presupposition doctrine : while the clausula rule has been developed to protect the promisor against incertitude of future developments, Windscheid focused on the fulfilment of the original intentions of the parties. If these expectations were frustrated, the party was given an exceptio doli and it could reclaim what it had given to the other party in order to perform contractual obligation »⁴⁰⁴.

⁴⁰² Pour un historique plus détaillé des fondements de l'impossibilité et des changements de circonstances, voir, R. ZIMMERMANN, préc., note 24.

⁴⁰³ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 217 : « *Der Urheber der Willenserklärung, wenn er auch die Rechtsfolge zwar gewollt und unbedingt gewollt hat, hat doch zu gleicher Zeit zum Ausdruck gebracht, dass er sie nicht wollen würde, wenn er nicht von einer gewissen Annahme oder Erwartung ausginge, und hat damit einen Vorbehalt des Inhalts gesetzt, dass bei getäuschter Annahme oder Erwartung die Willenserklärung für ihn unverbindlich sein sollte* ».

⁴⁰⁴ E. H. HONDIUS et H. C. GRIGOLEIT, préc., note 388, p. 29 et s.

Ainsi, la présupposition est une limitation de la volonté, la circonstance ayant préalablement déterminé la volonté, lors de l'échange des consentements, correspond à un état de fait, une donnée même si le contractant n'a pas estimé nécessaire de la nommer expressément dans sa déclaration de volonté. « La présupposition peut être explicite ou tacite. Elle doit dans tous les cas pouvoir être perçue comme une composante de la volonté du déclarant »⁴⁰⁵. Elle apparaît comme l'objectif, le but premier pour lequel la déclaration de volonté a été réalisée et sans lequel le contrat perd toute son efficacité juridique. La présupposition tacite, c'est-à-dire celle qui n'apparaît pas dans la déclaration de volonté, ne pourra être vérifiée que rarement, en prenant en compte les circonstances entourant la déclaration de volonté.

Dans tous les cas, si les données entourant la conclusion du contrat s'avèrent inexactes et que l'objectif du contrat ne peut pas être atteint, le contrat perd sa force obligatoire. Pour Windscheid, le moment de la discordance importe peu, il suffit qu'il résulte de la volonté du déclarant. Le contrat perdra sa force obligatoire que la discordance apparaisse lors de la formation du contrat, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de faits existants, ou lors de son exécution, c'est-à-dire lorsque les données ne peuvent être maintenues dans le temps⁴⁰⁶.

Malgré l'intérêt de cette doctrine, elle ne fut pas incluse dans le Code civil de l'époque. En effet, elle fit l'objet de nombreuses critiques, et principalement celle relative au danger de prendre en considération les motifs des contractants. La jurisprudence n'a pas reconnu cette théorie considérant qu'il s'agissait d'une simple erreur sur les motifs, notion exclue sur le plan juridique⁴⁰⁷ et le législateur préféra renvoyer aux usages et à la bonne foi plutôt que de codifier

⁴⁰⁵ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 219.

⁴⁰⁶ *Id.*, p. 222.

⁴⁰⁷ *Id.*, p. 223 citant l'arrêt RG, 13 mai 1889, R.G.Z., Bd. 24, 169 et s.

une notion complexe⁴⁰⁸. Il faudra attendre la survenance des deux guerres mondiales pour qu'une telle théorie intéresse tant la doctrine que la jurisprudence⁴⁰⁹.

C'est la théorie de Oertmann qui eut une réelle influence sur les juridictions allemandes, qu'il s'agisse du *Reichgericht* ou du *Bundesgerichtshof*. En 1923, le professeur Oertmann publia son ouvrage intitulé « *Die Geschäftsgrundlage* » définissant son concept comme :

« La *Geschäftsgrundlage* est formée par la représentation (*Vorstellungen*) que se sont faites les parties de la présence ou de la survenance de certaines circonstances sur la base de laquelle la volonté contractuelle s'est construite. Elle vise également une pareille représentation, propre à l'une des parties, mais qui, apparue à la conclusion du negotium, a été reconnue par le partenaire éventuel dans sa signification réelle et n'a pas été contestée par lui »⁴¹⁰.

De nombreuses applications sont donc couvertes par ce concept. La *Geschäftsgrundlage* est l'élément sans lequel la décision n'aurait pas été prise. Il est nécessaire que le partenaire connaisse la motivation de son cocontractant, le fondement de cette décision et qu'il s'engage en toute connaissance, même s'ils ont des motivations différentes. Le fondement propre à l'un des partenaires devient alors la base contractuelle de l'engagement⁴¹¹.

La théorie de Oertmann a beaucoup été critiquée, notamment eu égard au caractère fictif et psychologiquement subjectif du fondement contractuel⁴¹². Elle permettrait, d'après certains

⁴⁰⁸ René DAVID, « L'imprévision dans les droits européens », dans Alfred JAUFFRET, *Études offertes à Alfred Jauffret*, Aix-en-Provence, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974 à la page 216 : « [d]ès 1850 cependant le plus illustre des Pandectistes, Windscheid, avait tenté de réhabiliter la clause rebus sic stantibus dans son *Lehrbuch des Pandektenrechts*, en faisant appel à une idée de "presupposition" (*Voraussetzung*) qui tenait le milieu entre les "motifs" du contractant et la "condition" insérée au contrat. Mais cette théorie trop subtile, attaquée par Lenel, fut rejetée par la commission chargée de rédiger le BGB, et l'on s'abstint donc de propos délibéré d'insérer dans le BGB une disposition ayant trait aux modifications qui peuvent survenir dans les circonstances en matière de droit des contrats: la théorie de l'imprévision était ainsi, par préterition, rejetée ».

⁴⁰⁹ A. KARAMPATZOS, préc., note 389, 116 : « [t]he "new" socio-economic data generated a plethora of pertinent theories as well as case law premised upon the ideas of equity and good faith - which all fall under the umbrella term "doctrine of collapse of the foundation of the transaction (*Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage*)" ».

⁴¹⁰ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 227 [traduction libre de l'auteur] : « *Geschäftsgrundlage ist die beim Geschäftsschluss zutage tretende und vom etwaigen Gegner in ihrer Bedeutsamkeit erkannte und nicht beanstandete Vorstellung der mehreren Beteiligten vom Sein oder vom Eintritt gewisser Umstände, auf deren Grundlage der Geschäftswille sich aufbaut* ». Voir également, l'explication de A. KARAMPATZOS, préc., note 389 : « the "basis of the transaction" is the common assumption of the contracting parties that certain circumstances which they regard as important either exist at the time of contracting or will come about in the future, event though this assumption was not expressed in their declarations exchanged when making the contract ». Voir également, W. LORENZ, « Contract modification as a result of change circumstances », dans J. BEATSON et D. FRIEDMANN, *Good faith and fault in contract law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 357 à la page 369; KONRAD ZWIEGERT et HEIN KÖTZ, préc., note 51, p. 522; P. HAY, préc., note 393, 361; M. G. RAPSOMANIKIS, préc., note 393, 553.

⁴¹¹ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 228.

⁴¹² Cette critique se retrouve également en droit américain, concernant les implied terms comme fondement possible à la doctrine de la frustration of purpose.

auteurs, de couvrir la motivation réelle des juges, à savoir un certain jugement de valeur⁴¹³. Elle a pourtant permis aux juridictions allemandes de prendre en considération le temps et les circonstances afin de modifier l'accord des parties.

2. Une admission jurisprudentielle de la Geschäftsgrundlage

La jurisprudence allemande a consacré le principe de la révision judiciaire des contrats en cas de changement de circonstances entraînant des conséquences imprévisibles pour l'une des parties à travers la notion de *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, reprenant ainsi les théories doctrinales⁴¹⁴. Avant cela, elle s'était fondée sur l'impossibilité économique, et notamment le § 275 du B.G.B.⁴¹⁵.

Le droit allemand ne consacre pas expressément le principe de la force obligatoire du contrat. Cependant, le principe de l'autonomie de la volonté est adopté de façon implicite étant donné l'importance que prend la théorie de la déclaration de volonté⁴¹⁶. Toutefois, le consensualisme est atténué notamment par la volonté d'assurer la sécurité des transactions⁴¹⁷.

⁴¹³ A. KARAMPATZOS, préc., note 389, 123; KONRAD ZWEIGERT et HEIN KÖTZ, préc., note 51, p. 522; W. LORENZ, préc., note 410 à la page 370.

⁴¹⁴ P. ANCEL et R. WINTGEN, préc., note 396; G. H. TREITEL, *Frustration and force majeure*, 3^e éd., London, Thomson Sweet & Maxwell, 2014, p. 271.

⁴¹⁵ Par. 275 B.G.B.: « *Exclusion of the duty of performance: (1) A claim for performance is excluded to the extent that performance is impossible for the obligor or for any other person. (2) The obligor may refuse performance to the extent that performance requires expense and effort which, taking into account the subject matter of the obligation and the requirements of good faith, is grossly disproportionate to the interest in performance of the obligee. When it is determined what efforts may reasonably be required of the obligor, it must also be taken into account whether he is responsible for the obstacle to performance. (3) In addition, the obligor may refuse performance if he is to render the performance in person and, when the obstacle to the performance of the obligor is weighed against the interest of the obligee in performance, performance cannot be reasonably required of the obligor* ». Voir également, Hannes RÖSLER, « Changed and unforeseen circumstances in german and international contract law », (2008) 5 *Slov. Law Rev.* 47, 48 précisant que : « [c]reating the concept of economic impossibility, [the Reichsgericht] applied par. 275 (I) BGB on the impossibility of performance to those contracts whose performance constituted unreasonable and unforeseeable hardship for one party, releasing that party from its duty to perform ».

⁴¹⁶ Certains auteurs parlent de réglementation contractuelle comme concept général pour y insérer la notion de déclaration de volonté. La réglementation contractuelle peut avoir un effet immédiat ou être assortie de condition. Voir en ce sens, Michel FROMONT, *Grands systèmes de droit étrangers*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2001; FRÉDÉRIQUE FERRAND, préc., note 387, p. 214 et s.

⁴¹⁷ H. LESGUILLONS, préc., note 384, 527 : « [l']ancien droit civil allemand recevait la "clausula rebus sic stantibus". Des exigences de sécurité juridique amenèrent les tribunaux, durant le XIX^e siècle, à restreindre le champ d'application de cette règle. Mais à la suite des profonds bouleversements faisant suite à la Première Guerre Mondiale, la Cour suprême revint à une application plus large. Cette jurisprudence sur l'impossibilité économique d'exiger l'exécution du contrat reposait sur une interprétation de l'article 242 du BGB ».

L'insertion dans le B.G.B. de clauses générales, notamment le principe de la bonne foi des §§157 (sur l'interprétation conforme à la bonne foi et aux usages)⁴¹⁸ et 242 (sur l'exécution conforme à la bonne foi)⁴¹⁹ permet de limiter l'application absolue du principe *pacta sunt servanda*, surtout après la Première Guerre mondiale⁴²⁰. Ces principes généraux ont permis aux juges d'adapter le droit en fonction de considérations économiques et sociales et ont ainsi permis l'admission d'un concept proche de celui d'imprévision⁴²¹.

Les juridictions allemandes ont, tout d'abord, étendu le concept d'impossibilité (*Unmöglichkeit*) pour y inclure l'impossibilité économique. De nombreuses critiques ont été émises contre cet élargissement et notamment eu égard au manque de prévisibilité entraîné par cela. Cette extension prévoyait que le débiteur ne pouvait être contraint à des efforts et sacrifices que les parties n'avaient pas envisagés de bonne foi (*Opfergrenze*). C'est cette dernière interprétation qui permis aux juridictions d'introduire la *Wegfall der Geschäftsgrundlage*⁴²².

En effet, dans un premier arrêt du 23 février 1904, le *Reichsgericht*⁴²³ estima que lorsque l'exécution, même physiquement possible, entraînait des conséquences particulièrement excessives pour le débiteur, ce dernier devait être excusé et n'avait plus à exécuter le contrat dans les termes initialement prévus⁴²⁴. « Le juge, élargissant la notion de *Unmöglichkeit* visée

⁴¹⁸ « Interpretation of contracts - Contracts are to be interpreted as required by good faith, taking customary practice into consideration », en ligne http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0461 (consulté le 13 mai 2016).

⁴¹⁹ « Performance in good faith - An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration », en ligne http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0461 (consulté le 13 mai 2016).

⁴²⁰ E. H. HONDIUS et H. C. GRIGOLEIT, préc., note 388, p. 62 : « [t]he strict idea of *pacta sunt servanda* laid down in the original form of the BGB turned out to be too harsh in the aftermath of World War I ».

⁴²¹ Claude WITZ, *Droit privé allemand*, Paris, Litec, 1992, p. 35; FRÉDÉRIQUE FERRAND, préc., note 387, p. 80 : « [c]es notions confèrent au juge un large pouvoir d'appréciation et présentent l'avantage de donner une certaine flexibilité à la loi qui, de moins en moins, est infaillible et qui peut tenir compte des évolutions économiques et sociales ». J. P. DAWSON, préc., note 397, 1095 : « [n]o one can imagine how much of this would have occurred if the German high court had not grasped the "good faith" clause as its instrument for expressing indignation at the vast, mindless transfer and destruction of wealth that the great inflation had caused. The judges were enough aroused for some of them threaten the government with dire results if it did not promptly set about restoring some degree of rationality and order after a period of random destruction ».

⁴²² A. PUELINCKX, préc., note 383, 60.

⁴²³ Le *Reichsgericht* était la Cour suprême en matière civile et criminelle de l'Allemagne. Elle a été remplacée par la suite, en 1945, par le *Bundesgerichtshof*. « Comme la Cour de cassation française, la Cour fédérale de Justice a des chambres civiles et des chambres criminelles et connaît des pourvois en révision mettant en cause l'application ou l'interprétation des normes de droit pénal ou de droit civil et commercial », dans FRÉDÉRIQUE FERRAND, préc., note 387, p. 100.

⁴²⁴ A. KARAMPATZOS, préc., note 389, 123 où un fournisseur devait livrer une certaine quantité de farine dont la recette était gardée secrète. Suite à un incendie, le fournisseur ne pouvait plus livrer la farine produite.

notamment par le para 275 du B.G.B.⁴²⁵, considéra que l'impossibilité économique d'exécuter le contrat déchargeait le débiteur de ses obligations»⁴²⁶. Ainsi, le contrat était dissout si la prestation due était devenue totalement différente de celle qui avait été convenue, suite à un bouleversement des circonstances. C'est sur le fondement de *Treu und Glauben*⁴²⁷ que se sont fondées les juridictions, la bonne foi ne permettant pas d'exiger l'exécution d'un contrat qui entraînerait la ruine économique du débiteur.

Puis, c'est dans un arrêt de principe du 21 septembre 1920⁴²⁸ que le *Reichsgericht* s'est fondé sur les §§ 242 et 325⁴²⁹ du B.G.B. pour adapter le contrat au bouleversement des circonstances⁴³⁰. « Il [Reichsgericht] a considéré, en invoquant la notion de bonne foi (*Treu und Glauben*) qu'il y a, dans tout contrat, un devoir réciproque de fidélité qui autorise, en cas de bouleversements profonds, des modifications »⁴³¹.

Cependant, peu de temps avant l'incendie, il avait livré une grande quantité de ladite farine à un autre de ses clients. En outre, il pouvait toujours obtenir de la farine auprès d'autres fournisseurs. La Cour estima que le fournisseur était exonéré de son obligation de fourniture, pas seulement lorsque l'exécution était devenue physiquement impossible, mais également lorsqu'elle comporte des difficultés importantes et excessives; W. B. EBKE et B. M. STEINHÄUER, préc., note 393 à la page 180 : « [t]he seminal case was decided by the Reichsgericht in 1904 [23 February] ».

⁴²⁵ § 275 B.G.B. : « Exclusion of the duty of performance - (1) A claim for performance is excluded to the extent that performance is impossible for the obligor or for any other person. (2)The obligor may refuse performance to the extent that performance requires expense and effort which, taking into account the subject matter of the obligation and the requirements of good faith, is grossly disproportionate to the interest in performance of the obligee. When it is determined what efforts may reasonably be required of the obligor, it must also be taken into account whether he is responsible for the obstacle to performance. (3)In addition, the obligor may refuse performance if he is to render the performance in person and, when the obstacle to the performance of the obligor is weighed against the interest of the obligee in performance, performance cannot be reasonably required of the obligor. (4)The rights of the obligee are governed by sections 280, 283 to 285, 311a and 326 ».

⁴²⁶ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 226.

⁴²⁷ *Id.*, p. 250 : « *Treu* signifie la fidélité au contrat concret, et *Glauben*, y croire ; l'application du concept ne se réfère donc pas à des conceptions générales de l'équité, mais elle se réfère particulièrement aux évaluations des parties ».

⁴²⁸ Reichsgericht, 21 septembre 1920, RGZ 100, 129. Dans cette affaire, un bail avait été conclu pour une durée de 8 ans en 1912. Suite à l'augmentation drastique du prix de la vapeur (de 9.363 à 90.000 Reichsmark), le bailleur demanda un paiement additionnel au preneur. Le Reichsgericht estima que l'augmentation du prix de la vapeur était au-delà des potentielles prévisions humaines que les parties pouvaient prévoir et que cette augmentation était donc imprévisible. La cour estime donc que même si la guerre pouvait être prise en compte par les parties, et que cet événement était prévisible, les conséquences socio-économiques qui en résultaient ne l'étaient pas forcément. Voir, Michael D. AUBREY, « Frustration Reconsidered: Some Comparative Aspects », (1963) 12-4 *Int. Comp. Law Q.* 1165, 1179 où l'auteur précise les propos du Reichsgericht: « [t]he performance of a contract can no longer be owed or demanded when, as a result of a complete change in conditions the performance has become completely different from the performance originally contemplated and desired by both parties »; Béatrice JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats : étude comparative des droits français, allemand et japonais*, Paris, Dalloz, 2001.

⁴²⁹ « Damages and revocation - The right to demand damages in the case of a reciprocal contract is not excluded by revocation ».

⁴³⁰ B. JALUZOT, préc., note 428; KONRAD ZWEIGERT et HEIN KÖTZ, préc., note 51, p. 518 et s.

⁴³¹ C. RENOUX, préc., note 163.

Par la suite, la Cour modifia quelque peu sa position, dans son arrêt du 3 février 1922⁴³², en adoptant la doctrine développée par Oertmann sur la *Geschäftsgrundlage*.

« La conclusion que l'on peut en tirer est que le droit allemand, réputé antiausaliste, est en vérité, en notre matière, plus causaliste que le droit français, car sous le couvert d'une autre terminologie il rattache à la notion de cause, étroitement associée à celle de bonne foi, la conséquence que le contrat vient à cesser dans le cas où des circonstances imprévues viennent à bouleverser du tout au tout ses conditions d'exécution. On notera que dans cette recherche de solutions équitables — c'est ce qui différencie la théorie d'Oertmann de celle de Windscheid — la jurisprudence allemande prétend éliminer toute recherche d'intention : le fondement du contrat est déduit des conceptions généralement admises dans le commerce, en ayant égard à la nature des contrats et à toutes circonstances que les parties, dans leurs négociations, se sont entendues pour regarder comme ayant une importance fondamentale »⁴³³.

À partir de 1945, et l'arrivée du *Bundesgerichtshof*, la Cour est devenue plus parcimonieuse dans ses décisions, afin de préserver le principe de la force obligatoire des conventions⁴³⁴. La doctrine de la disparition du fondement du contrat se voit utiliser dans de très rares cas⁴³⁵. Il n'est pas de dire que la théorie de Oertmann a totalement disparu de la sphère juridique, mais la Cour a également développé d'autres théories. Pour elle, la force obligatoire du contrat ne peut être écartée que lorsque « c'est indispensable pour éviter un résultat intolérable, incompatible avec le droit et la justice »⁴³⁶.

La formulation de la Cour suprême allemande apparaît particulièrement vague, ce qui laisse un large pouvoir d'interprétation et d'appréciation aux juges. Il leur est ainsi demandé de fonder leur jugement sur les faits qui leur sont soumis. En outre, cette formulation peut également apparaître comme mettant en danger la sécurité juridique, le résultat du litige étant particulièrement difficile à prévoir.

Aujourd'hui, la Cour laisse une place importante à la théorie de l'allocation des risques pour remettre en cause un contrat en cas de changement de circonstances. Cette théorie semble

⁴³² RGZ 103, 328, 332. W. B. EBKE et B. M. STEINHÄUER, préc., note 393 à la page 183 précisant que « [w]hen the conditions that form the basis of the parties' contractual relationship cease to exist, the party who would be detrimentally affected by the change in circumstances may refuse to perform on the grounds of good faith or sue for the obligations to be adjusted to the change in circumstances »; E. H. HONDIUS et H. C. GRIGOLEIT, préc., note 388, p. 30 : « [t]he German Reichsgericht adopted Oertmann's doctrine in 1921 ».

⁴³³ R. DAVID, préc., note 408 à la page 217.

⁴³⁴ J. P. DAWSON, préc., note 397, 1075 et s.

⁴³⁵ A. KARAMPATZOS, préc., note 389, 124.

⁴³⁶ *Id.*, 125 précisant que la théorie d'Oertmann a été utilisée dans BGHZ 25, 390, 392; BGHZ 89, 226, 231; BGHZ 120, 10, 23; BGHZ 121, 378, 391; BGH NJW 1991, 1478; BGH NJW 1996, 990, 991-992; BGHZ 133, 281, 293 et citant certains arrêts où la force obligatoire du contrat a été écartée: BGH JZ 1978, 235, 236; BGH NJW 1984, 1746, 1747; BGH NJW 1991, 1478, 1479; BGH NJW 1997, 320, 323. B. FAUVARQUE-COSSON, préc., note 56, 6 (version électronique); O. LANDO et H. G. BEALE, préc., note 16, p. 328.

approuvée autant par la doctrine que par la jurisprudence. Il est possible de la retrouver dans la jurisprudence anglo-américaine⁴³⁷.

La doctrine de la *Wegfall der Geschäftsgrundlage* a été intégrée au B.G.B. lors de la réforme de 2002⁴³⁸ au §313⁴³⁹ qui entra en vigueur le 1^{er} janvier 2002 sous l'appellation de *Störung der Geschäftsgrundlage*. Ce paragraphe contient à la fois un concept proche de celui d'imprévision, dans ses premier et troisième paragraphes, mais également celui de l'erreur initiale, dans son second paragraphe⁴⁴⁰.

« *By introducing the provision of §313 B.G.B., the express aim of the German legislator was solely to offer a statutory cover to a doctrine that had already attained the status of 'customary law' through its recognition in the case law and academic literature; any thought of constructing at statutory level typical cases of 'collapse of the foundation of the contract' was consciously dismissed* »⁴⁴¹.

En codifiant la théorie de la disparition du fondement contractuel, le législateur allemand a souhaité ne pas provoquer de modification dans la jurisprudence⁴⁴². Les cours n'attachant que peu d'importance à la formule de Oertmann, l'absence de reprise dans le texte du B.G.B. de cette dernière ne pose pas de difficulté particulière.

⁴³⁷ G. H. TREITEL, préc., note 414, par. 2-026, 3-007 et s., 12-001 et s.; Edwin PEEL, *The law of contract*, 13^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, p. 898; Arthur Linton CORBIN, *Corbin on contracts*, St. Paul, West PubCo, 1952, par. 74.15; H. SMIT, préc., note 394, 314.

⁴³⁸ Reinhard ZIMMERMANN, *The new german law of obligations: historical and comparative perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2010; Claude WITZ et Filippo RANIERI, *La réforme du droit allemand des obligations: colloque du 31 mai 2002 et nouveaux aspects*, Paris, Société de législation comparée, 2004; C. WITZ, préc., note 421; Michael SCHLEY, « La grande réforme du droit des obligations en Allemagne », *D.* 2002.1738; Claude WITZ, « La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations », *D.* 2002.3156.

⁴³⁹ §313 B.G.B. : « (1) If circumstances which became the basis of a contract have significantly changed since the contract was entered into and if the parties would not have entered into the contract or would have entered into it with different contents if they had foreseen this change, adaptation of the contract may be demanded to the extent that, taking account of all the circumstances of the specific case, in particular contractual or statutory distribution of risk, one of the parties cannot reasonably be expected to uphold the contract without alteration. (2) It is equivalent to a change of circumstances if material conceptions that have become the basis of the contract are found to be incorrect. (3) If adaptation of the contract is not possible or one party cannot reasonably be expected to accept it, the disadvantaged party may revoke the contract. In the case of continuing obligations, the right to terminate takes the place of the right to revoke », en ligne : http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1094 (consulté le 13 mai 2016).

⁴⁴⁰ Il ne sera pas fait état, dans les développements suivants, et principalement dans la seconde partie, de l'erreur initiale. Seul nous intéresse ici le concept proche de celui d'imprévision. E. H. HONDIUS et H. C. GRIGOLEIT, préc., note 388, p. 62 et s. : « [t]here are three situations commonly defined as typical cases of *Geschäftsgrundlage*: first, cases in which the equivalence of the exchange is fundamentally distorted; second, cases in which one party's purpose as to the contractual subject matter is substantially affected; and third, cases in which the parties share a grave error ».

⁴⁴¹ A. KARAMPATZOS, préc., note 389, 132.

⁴⁴² *Id.*; E. H. HONDIUS et H. C. GRIGOLEIT, préc., note 388, p. 63 : « [t]he legislators rather intended to codify the judge-made law without effecting substantial changes ».

L'Allemagne a admis très tôt, dès la fin de la Première Guerre mondiale, que les juges pouvaient avoir un pouvoir modérateur et adapter les contrats au changement de circonstances, notamment aux changements économiques et sociaux⁴⁴³. Les justifications des arrêts favorables aux changements de circonstances ont varié et varient toujours, se fondant notamment sur l'impossibilité économique (*wirtschaftliche*), à savoir une extension de la force majeure ou encore sur l'iniquité de l'exécution (*Unzumutbarkeit der Leistung*), prenant appui sur la notion de bonne foi du § 242 du B.G.B.⁴⁴⁴ ou encore la *clausula rebus sic stantibus*.

« Le fondement de la Geschäftsgrundlage est, selon certains, la bonne foi (para 242 BGB), selon d'autres l'interprétation intégrative, selon d'autres, l'une et l'autre. Certains étudient la Geschäftsgrundlage, sous l'angle de l'interprétation, d'autres, sous l'angle de la bonne foi, d'autres sous l'angle de l'erreur sur les motifs, et de nombreux auteurs modernes sous l'angle du risque »⁴⁴⁵.

Il n'y a pas de fondement unique de la *Geschäftsgrundlage*. Même si la bonne foi est le fondement prédominant, les juridictions se sont fondées sur d'autres critères. En outre, elles prennent soin d'analyser avec minutie les faits entourant la conclusion et l'exécution du contrat, et de déterminer les risques acceptés par chaque partie. Cette analyse faite par les cours montre que c'est le lien qui unit les partenaires qui est pris en considération, au-delà, peut être, d'un concept du B.G.B..

Le droit italien n'a pas eu recours à la jurisprudence pour admettre les changements de circonstances, le législateur ayant pris la peine de l'intégrer dans le *Codice civile* de 1942.

Paragraphe 2 - En droit italien

Le droit italien est le premier droit à consacrer une disposition légale au changement de circonstances, à l'article 1467 du *Codice civile* de 1942⁴⁴⁶, entré en vigueur le 19 avril 1942, le

⁴⁴³ FRÉDÉRIQUE FERRAND, préc., note 387, p. 306 : « [la fonction de révision] repose sur la notion d'équité (*Billigkeit*) et sur la théorie doctrinale de la disparition du fondement juridique (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) qui a été consacré par le Tribunal d'Empire surtout après la Première Guerre Mondiale afin de tenir compte de l'inflation galopante pendant et après la guerre ».

⁴⁴⁴ P. HAY, préc., note 393, 359; W. LORENZ, préc., note 410 à la page 366 et s.; A. PUELINCKX, préc., note 383, 60; H. SMIT, préc., note 394, 297; M. G. RAPSOMANIKIS, préc., note 393, 553; E. H. HONDIUS et H. C. GRIGOLEIT, préc., note 388, p. 62 : « [t]he Reichsgericht (RG) first tried to alleviate certain instances of hardship by the so-called doctrine of economic impossibility. According to this doctrine the debtor of a non-monetary obligation was absolved from the contractual obligation if the nature of the performance changed so radically as to render it something different from its nature at the time of formation ».

⁴⁴⁵ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 249.

⁴⁴⁶ Jean-Marc GUILLOT, *La clause de hardship: Mécanisme d'adaptation non automatique des contrats à long terme*, LL.M., Université Laval, 1994, p. 45, en ligne : <http://search.proquest.com/docview/304150848/abstract/281FA6ECDE1843F5PQ/1> (consulté le 18 février 2016)

projet de code franco-italien ne reconnaissant pas une telle institution⁴⁴⁷. Étant donné les conséquences économiques et sociales de la Seconde Guerre mondiale, le législateur a inséré dans le *Codice civile* un moyen de prendre en considération les changements de circonstances ayant des conséquences imprévisibles, dont le fondement, d'après une grande majorité des auteurs, est l'équité⁴⁴⁸.

En outre, et c'est une autre originalité du droit italien, depuis 1932, la *Corte di Cassazione* applique la théorie Windscheidienne de la *presupposizione*⁴⁴⁹. Elle reconnaît donc une théorie proche de celle de *Störung der Geschäftsgrundlage*.

« The adoption of these rules in the Code is certainly due to the developments of the studies of some great German scholars of the nineteenth century. The most prominent of the scholars was Bernard Windscheid, who investigated : 'Voraussetzung', i.e. the implied intention of the parties that become a condition of the contract from a subjective perspective »⁴⁵⁰.

Le droit italien, comme tous les autres droits, reconnaît comme principe général, celui de la force obligatoire du contrat, à l'article 1372 du *Codice civile*⁴⁵¹. Le principe de *l'eccessiva onerosità* est perçu comme un tempérament au caractère absolu de la force obligatoire du contrat, se justifiant notamment eu égard au principe d'équité.

Même si le droit italien reconnaît le concept *d'eccessiva onerosità* dans le *Codice civile*, la doctrine a cherché à déterminer le fondement juridique des deux notions relatives au changement de circonstances, à savoir l'onerosité excessive (A) et la *presupposizione* (B).

précisant que « l'article 1467 du Code civil entré en vigueur en 1942 contient une disposition de portée générale qui permet la révision ou la résolution des contrats à exécution périodique ou continue lorsque la prestation de l'une des parties est devenue excessivement onéreuse à la suite de la survenance de circonstances extraordinaires et imprévisibles »; D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 24.

⁴⁴⁷ E. H. HONDIUS et H. C. GRIGOLEIT, préc., note 388, p. 119 et s. : « [t]he impression of the devastating effects of both world war on the economy led the Italian legislator to codify this doctrine by adding a new specific section in the CC dedicated to the *risoluzione per eccessiva onerosità*. Unknown to the previous Civil Code (dated 1865), such rules consider a change of circumstances as a reason for the legitimate dissolution or termination of the contract, provided that the strict requirements of the rules are met. [...] The need to mitigate such strict interpretation of the rules on supervening impossibility induced the legislator of the CC (dated 1942) to introduce the relief of termination for excessive burden (Arts. 1467 et sep. CC) ».

⁴⁴⁸ Luisa ANTONIOLLI, *Principles of European contract law and Italian law : a commentary*, The Hague, Kluwer Law Internat., 2005, p. 312 : « the devastating effects of both world wars on the economics of contracts induced, as a matter of fact, the Italian legislator to codify definitely this doctrine ».

⁴⁴⁹ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 405.

⁴⁵⁰ E. H. HONDIUS et H. C. GRIGOLEIT, préc., note 388, p. 118 et s. précisant également : « [a]s far as the Italian legal tradition is concerned, one can say that the idea of the *Voraussetzung* (implied assumption of the existence of some circumstances), as well as the developments of the doctrine (such as the doctrine of the *Geschäftsgrundlage*) were imported in Italy by literally translating the original German word *Voraussetzung* into the Italian one "*presupposizione*" ».

⁴⁵¹ « Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non puo' essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge. Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge ».

A. Les fondements proposés pour l'*excessiva onerosità*

Quatre fondements principaux ont pu voir le jour, à savoir la volonté des parties, l'équilibre des prestations et la cause (1) ainsi que l'équité (2).

1. L'économie du contrat comme fondement à l'*excessiva onerosità*

Il a été admis que l'article 1467 du *Codice civile* introduisait dans le droit italien l'adage *clausula rebus sic stantibus*, qu'il soit fait référence aux travaux préparatoires ou aux premières décisions jurisprudentielles. Cependant, ce fondement a subi de nombreuses critiques, notamment liées au fait qu'il était vain de chercher dans la volonté des parties la solution à un problème que ces dernières n'avaient pas envisagé.

Il a alors été proposé de fonder les articles 1467 et 1468 du *Codice civile* sur le maintien de l'équilibre économique entre les prestations. Deux sens peuvent toutefois être donnés à cette expression⁴⁵². En effet, il peut tout d'abord s'agir de l'équivalence subjective des prestations. De nombreuses critiques ont été émises vis-à-vis de cette interprétation, car le droit italien ne reconnaît pas en droit les motifs propres de chaque contractant. Pour avoir un effet juridique, le motif doit avoir été exprimé au partenaire, ce qui l'intègre à l'acte. Ensuite, l'équilibre objectif à prendre en considération est celui voulu par les parties. Il est nécessaire de se référer à un critère de mesure. Cependant, le législateur n'a pas laissé au juge un tel pouvoir d'appréciation⁴⁵³. Enfin, la théorie du déséquilibre des prestations n'est pas applicable aux contrats unilatéraux, alors même que le *Codice civile* prévoit l'application de l'*excessiva onerosità* dans ce type de contrat. En outre, il exclut du champ d'application de l'article 1467 du *Codice civile* le rôle normatif du risque ou de l'aléa normal.

Malgré ces critiques, la thèse de l'équivalence subjective des prestations a été défendue par une certaine partie de la doctrine. Pour ces derniers, retenir une équivalence mathématique revient à nier le contenu social du droit et à remettre en cause des facteurs purement internes, comme l'urgence notamment. « L'équilibre au contrat doit être compris dans le sens de

⁴⁵² C. RENOUX, préc., note 163, p. 161.

⁴⁵³ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 414.

l'équivalence des valeurs que les parties attribuent aux objets des prestations respectives »⁴⁵⁴. L'équivalence subjective des prestations se distingue de la lésion par le fait que cette dernière renvoie à la vulnérabilité de l'un des partenaires alors que la première provient d'un évènement imprévisible. La jurisprudence admet que *l'eccessiva onerosità* puisse trouver à s'appliquer en cas de déséquilibre des prestations. Ce fondement reste, tout de même, très controversé.

La doctrine italienne a également cherché le fondement de *l'eccessiva onerosità* dans le concept de disparition partielle de la cause, qui remplirait alors un rôle après la formation du contrat, en garantissant, « tout au long de la vie du contrat, la réalisation de la fonction qui lui est propre »⁴⁵⁵. Cette approche a été critiquée, notamment par le fait que le déséquilibre n'est que la conséquence de l'altération de la cause et non son fondement. C'est bien l'altération qui est à l'origine du déséquilibre⁴⁵⁶.

Le nouveau Code civil italien permet de faire ressortir le caractère fonctionnel de la cause, qui est le but poursuivi par chaque partie en s'engageant. La cause de l'obligation ne serait alors pas seulement l'obligation de l'autre, mais son exécution. Ce qui entraîne que le déséquilibre des prestations, intervenu pendant la phase d'exécution du contrat, pourrait s'analyser en une « absence partielle de cause entraînant l'impossibilité de la réalisation complète de l'utilité du contrat, [... une absence] d'équivalence économique maintenue »⁴⁵⁷.

Cette analyse du fondement de *l'eccessiva onerosità* à travers la disparition partielle de la cause permet d'expliquer la modification équitable des prestations des parties afin qu'elles puissent obtenir le résultat pratique escompté lors de la conclusion du contrat, sans pour autant rétablir de manière absolue le déséquilibre. Elle permet également d'expliquer la nécessité d'une excessivité de l'aggravation afin qu'elle ne rentre pas dans l'aléa normal du contrat.

Toutefois, ce fondement ne trouve application que dans les contrats synallagmatiques. Là encore, les contrats unilatéraux sont exclus par ce fondement, alors même que l'article 1468 permet l'application de *l'eccessiva onerosità* à cette catégorie de contrat. Il a été admis qu'il

⁴⁵⁴ C. RENOUX, préc., note 163, p. 162.

⁴⁵⁵ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 412.

⁴⁵⁶ C. RENOUX, préc., note 163, p. 165 : « [I]a majorité de la doctrine a admis cependant que le fondement des art. 1467 et 1468 ne se trouve pas dans un tel déséquilibre mais dans l'altération de la cause du contrat dont le déséquilibre n'est que la conséquence ».

⁴⁵⁷ *Id.*, p. 166.

était difficilement concevable que les deux articles — 1467 et 1468 du *Codice civile* — aient un fondement différent⁴⁵⁸.

2. L'équité comme fondement de l'*excessiva onerosità*

Un autre fondement proposé est axé sur la bonne foi, l'équité et la solidarité corporative. Ce fondement est souligné par les travaux préparatoires. Un nombre important d'auteurs se sont tournés vers des notions diverses et imprécises afin de trouver un fondement au changement de circonstances. La presque quasi-totalité des auteurs italiens fonde les articles 1467 et 1468 sur l'équité.

Ce fondement est très clairement précisé dans les travaux préparatoires du Code civil.

« Les travaux préparatoires du Code de 1942 offrent un appel à cette doctrine : le rapport du projet ministériel des obligations dit : Enfin l'équité veut qu'on ne considère pas comme prévue par les parties cette situation qui provient d'évènements exceptionnels, car aucun des contractants ne fut certainement à même d'apprécier son influence sur l'économie du contrat. Le rapport du Gard des Sceaux au Roi, à propos de l'art. 160 des dispositions transitoires pour l'application du Code civil, reprend ce même concept en expliquant que l'application des règles du nouveau code aux contrats stipulés avant son entrée en vigueur, se justifie par "les mêmes raisons d'équité que celles qui ont déterminé l'admission du principe" »⁴⁵⁹.

L'équité, à travers le concept de bonne foi, se retrouve également dans les dispositions traitant de l'interprétation du contrat. En effet, l'article 1366⁴⁶⁰ du *Codice civile* concernant l'interprétation de bonne foi du contrat et l'article 1175⁴⁶¹ du même Code précisent bien que la bonne foi joue un rôle important en droit italien⁴⁶².

La notion d'équité a un rôle central dans l'institution de l'*excessiva onerosità*. Le texte même de l'article 1467, dans son troisième alinéa, donne la possibilité à la partie avantagée par le changement de circonstances de proposer une modification équitable des conditions du contrat. C'est bel et bien le caractère équitable de la proposition qui sera examiné par les juges et qui permettra d'éviter la résolution de la convention. En outre, concernant les contrats

⁴⁵⁸ *Id.*, p. 168.

⁴⁵⁹ *Id.*, p. 171 et s.

⁴⁶⁰ « Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede ».

⁴⁶¹ « Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza ».

⁴⁶² Ces deux articles peuvent, tout à fait être rapprocher de l'article 1375 du C. c. Q. : « La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction ». De la même manière, il est possible de rapprocher ces articles de l'article 1135 ancien du Code civil français ou l'article 1194 nouveau du Code civil : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature »

unilatéraux, l'article 1468 laisse le droit à la partie obligée de demander une réduction ou une modification de son obligation, et ce dans les limites de l'équité. Ainsi, dans le texte même des articles renvoyant à la notion *d'eccessiva onerosità*, le terme « équité » apparaît comme une notion primordiale, ce que confirme la répétition du terme⁴⁶³. La doctrine italienne insiste sur l'obligation de collaboration qui existe entre les parties.

Cette collaboration entre les parties est particulièrement mise en exergue dans le droit italien. En effet, il n'existe pas de révision judiciaire autoritaire du contrat dès la survenance d'un évènement bouleversant l'économie de ce dernier. Les parties sont d'abord invitées à rechercher entre elles un accord amiable. Ce n'est qu'à défaut d'accord que le juge pourra intervenir, sans pour autant pouvoir modifier les termes de l'accord. En effet, l'intervention du juge ne se fait que sur la base de l'équité, obligeant les partenaires à participer à ce règlement et à contribuer chacun aux pertes⁴⁶⁴.

Les remèdes équitables à *l'eccessiva onerosità* montrent que la relation a une place importante. C'est le créancier qui peut proposer une modification équitable de l'accord s'il estime important de poursuivre la relation et lui impose une collaboration accrue avec son partenaire.

Les fondements de la *presupposizione* ne semblent pas différer.

B. Les fondements proposés pour la presupposizione

La *presupposizione* permet la dissolution du contrat lorsque les représentations des parties lors de la conclusion de l'accord se révèlent différentes des circonstances réelles. L'évolution historique permettra de comprendre pourquoi le droit italien reconnaît deux concepts en matière de changement de circonstances et le contexte entourant son admission (1) avant d'en étudier le fondement (2).

⁴⁶³ C. RENOUX, préc., note 163, p. 173.

⁴⁶⁴ *Id.*, p. 179 : « [I]e droit italien n'admet pas un pouvoir général de révision du juge qui serait en contradiction avec le principe de la force obligatoire des contrats, le principe des art. 1467 - 1468 n'apparaît que comme une exception à ce principe, basée sur l'équité. [...] On peut dire que la théorie italienne de l'imprévision ne porte pas atteinte à la force obligatoire des conventions, mais à son caractère absolu ».

1. L'évolution historique de la presupposizione

Le droit italien, même s'il a repris le concept allemand de *Geschäftsgrundlage*, tel que défini par Windscheid, l'a modifié. En effet, l'arrêt fondateur de la *Corte di Cassazione* du 15 février 1932⁴⁶⁵ avait conservé une conception volontariste telle que définie dans la conception allemande. Les juridictions cherchaient alors ce que les parties avaient réellement voulu, se fondant sur des critères subjectifs. La distinction entre la *presupposizione* et la *clausula rebus sic stantibus* apparaissait plutôt obscure. La *presupposizione* était appliquée en cas de déséquilibre des prestations, à partir du moment où le déséquilibre entraînait un sacrifice particulièrement important pour l'un des contractants. C'est la raison pour laquelle, en cas de clarté des termes de l'engagement, la *presupposizione* ne pouvait être invoquée.

« La presupposizione ne peut jamais être invoquée lorsque le contrat a une signification évidente, relevant avec certitude de la volonté des contractants et s'il n'est pas nécessaire de rechercher la commune intention des parties »⁴⁶⁶.

Avec l'entrée en vigueur du *Codice civile*, une partie importante de la doctrine considéra que l'article 1467 dudit code intégrait dans l'ordre juridique la *presupposizione*.

Il faudra attendre les années 60 pour que la jurisprudence admette de manière unanime et avec une définition identique la *presupposizione*. Elle suppose d'être commune aux contractants, sans que ces derniers n'aient fait de mention particulière et expresse dans leur accord à cette circonstance. Les juges chercheront alors l'intention des contractants dans les éléments entourant la conclusion du contrat. Pour que la *presupposizione* soit admise, les circonstances doivent être tenues pour présentes par les parties lors de la formation du contrat, et leur être étrangères⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ M. C. de A. PRADO, préc., note 128, p. 71 et s. citant le dispositif de l'arrêt: « [r]icorre l'ipotesi tipica di presupposizione quando una determinata situazione di fatto, conosciuta di entrambi i contraenti, il cui verificarsi è indipendente dalle volontà degli stessi ed avente perciò carattere obiettivo, desumibile da contesto del negozio e che le parti hanno tenuto presente pur in mancanza di un esplicito riferimento in modo da subordinare al suo avveramento l'operatività del rapporto contrattuale, risulti difforme da quella che era stata prevista » [traduction libre de l'auteur: « Survient l'hypothèse typique de la presupposizione lorsqu'une certaine situation de fait, connue par les cocontractants, dont la réalisation est indépendante de leur volonté, et ayant un caractère objectif, présumable du contexte de l'affaire et que les parties ont considéré, même en l'absence d'une mention explicite, de manière à subordonner à la réalisation l'opérationnalité du rapport contractuel, résulte différente de celle qui était prévue »].

⁴⁶⁶ C. RENOUX, préc., note 163, p. 160.

⁴⁶⁷ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 445.

Aujourd'hui, un phénomène d'objectivation du concept se fait sentir et les juges se soustraient parfois à la recherche de l'intention des parties pour se fonder sur des éléments objectifs, tels que la nature du contrat ou les circonstances présentes lors de sa formation.

2. Les fondements de la *presupposizione*

Selon une grande partie de la doctrine et de la jurisprudence, le fondement de la *presupposizione* serait à rechercher dans l'article 1467 du *Codice civile*. D'autres en font un concept autonome, sui generis ou l'englobent dans un concept existant.

La jurisprudence, estimant que la *presupposizione* aurait pour fondement l'article 1467 du *Codice civile*, aurait pu rapprocher cette dernière du concept d'*eccessiva onerosità*. Cependant, elle applique chacun de ces concepts dans des situations de fait différentes. En effet, la *presupposizione* renvoie à la disparition des attentes des parties alors que l'*eccessiva onerosità* renvoie plus fréquemment aux déséquilibres des prestations. La *presupposizione* suppose donc une analyse minutieuse de la volonté des parties en référence aux circonstances extérieures entourant la formation du contrat alors que l'*eccessiva onerosità* renvoie à l'interprétation des termes de l'accord et à la notion de risques assumés par les contractants. Ce dernier concept ne nécessite pas une interprétation et une recherche de la volonté des parties, même si la distinction entre ces deux notions est parfois très difficile en pratique.

La *presupposizione* a également été rapprochée de la notion de cause. Cette dernière est définie, en droit italien, comme :

« la cause d'une convention juridique déterminée consiste dans le but propre et constant que les parties se proposent de réaliser, chaque fois qu'elles concluent cette convention bien définie pour des motifs individuels les plus variés ; cette cause est donc la raison ultime de leur décision. Elle est cependant toujours identique dans chaque convention du même type et constitue, par elle-même, la fonction économique-sociale propre à ce type de convention ; cette fonction que l'ordre juridique considère comme devant être retenue pour son fonctionnement propre, ayant égard à la licéité, au contrôle que l'ordre juridique doit exercer sur l'acte de l'autonomie privée dans lequel la convention prend corps »⁴⁶⁸.

La principale différence entre les deux concepts vient du fait que la cause, en tant que concept abstrait, ne permet pas de considérer les éléments déterminant de la volonté des parties. En outre, la cause ne s'applique qu'à la formation du contrat et non à la période d'exécution. Elle

⁴⁶⁸ *Id.*, p. 450.

ne peut donc s'appliquer à une évolution postérieure des circonstances. La cause ne peut servir que lorsque les circonstances envisagées par les parties diffèrent dès la conclusion du contrat.

La *presupposizione* a été assimilée, par une certaine partie de la doctrine, à la condition. Cependant, cette assimilation a pu être contestée, notamment eu égard au fait que la condition suppose un évènement incertain alors que la *presupposizione* considère la réalisation ou la présence de circonstances futures comme certaine, d'où l'absence de clause expresse concernant l'évènement dans l'accord⁴⁶⁹. En outre, la *presupposizione* pourra également être admise en cas de fausse représentation de la réalité au moment de la formation du contrat⁴⁷⁰.

La reconnaissance de la *presupposizione* impose une analyse minutieuse des éléments entourant la conclusion et l'exécution du contrat. Le lien entre les partenaires semble donc important dans l'analyse de la *presupposizione*. Il ne semble pas qu'un fondement particulier, autre que l'article 1467, puisse se dégager. La *presupposizione* serait, d'après une partie de la doctrine, « l'expression synthétique des différentes théories auxquelles la jurisprudence a fait appel afin de résoudre les problèmes dérivés de la survenance de circonstances incohérentes avec le contenu du contrat »⁴⁷¹.

Les systèmes de tradition de *Common Law* permettront peut-être de mettre à jour un fondement en particulier.

SECTION 2 – Les fondements en droit de Common Law

En matière de changement de circonstances, la *Common Law* fait référence, outre la *frustration of purpose*⁴⁷², à la notion de *mutual mistake*⁴⁷³, de *commercial frustration*,

⁴⁶⁹ *Id.*, p. 445.

⁴⁷⁰ Cet aspect est régi par les dispositions concernant l'erreur en droit civil français (article 1110 ancien du C.c.fr. : « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention » et 1132 nouveau du C.c.fr. : « L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant ») et québécois (1400 du C.c.Q. : « L'erreur vicie le consentement des parties ou de l'une d'elles lorsqu'elle porte sur la nature du contrat, sur l'objet de la prestation ou, encore, sur tout élément essentiel qui a déterminé le consentement. L'erreur inexcusable ne constitue pas un vice de consentement »).

⁴⁷¹ M. C. de A. PRADO, préc., note 128, p. 72.

⁴⁷² §265 Restatement (Second) of Contracts : « Where, after a contract is made, a party's principal purpose is substantially frustrated without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic

d'*unconscionability*⁴⁷⁴ ou encore à celle d'*impracticability*⁴⁷⁵. Même si ces notions se distinguent dans leurs éléments, elles ont permis aux juges anglais et américains⁴⁷⁶ de statuer sur des situations dans lesquelles un changement de circonstances était intervenu et n'avait pas entraîné une impossibilité absolue d'exécuter. Cependant, c'est principalement à travers la *frustration of purpose* que les juridictions anglaises statuent en matière de changement de circonstances. Il sera alors nécessaire de revenir sur l'origine de la notion (Paragraphe 1) avant d'en étudier les fondements (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 - Aux origines d'une possible admission des changements de circonstances

L'admission d'un remède en cas de changement de circonstances reste controversée en droit anglais, comme en droit américain⁴⁷⁷. La jurisprudence peut parfois apparaître difficilement

assumption on which the contract was made, his remaining duties to render performance are discharged, unless the language or circumstances indicate the contrary ».

⁴⁷³ Edward A. FARNSWORTH, *Contracts*, 4^e éd., New York, Aspen Pub, 2004 : « [a] mutual mistake occurs when both parties are under substantially the same erroneous perception as to the facts (if both parties are mistaken, but their mistakes are materially different, the case is one of unilateral mistake ». Les cours ont parfois utilisé ce concept pour excuser une partie car la limite entre une erreur de fait et une erreur sur les prédictions peut être difficile à déterminer.

⁴⁷⁴ Section 2-302 Uniform Commercial Code : « [i]f the court as a matter of finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result ». Cet article du UCC ne précise cependant pas la définition de l'unconscionability. Il est toutefois à noter qu'il s'agit du fait qu'elle doit exister lors de la formation du contrat et non subséquentement. Cependant, les cours ont un point de vue, parfois, plutôt extensif et considèrent qu'il s'agit d'un point de départ, et que le contrat ou l'une de ces clauses peut devenir unconscionable après. Voir en ce sens, Gerald T. McLAUGHLIN, « Unconscionability and Impracticability: Reflexions on two U.C.C. indeterminacy principles », (1991) 14 Loy LA Intl Comp LJ 439.

⁴⁷⁵ Section 2-615 UCC : « Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance : (a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be valid. (b) Where the causes mentioned in paragraph (a) affect only a part of the seller's capacity to perform, he must be allocate production and deliveries among his customers but may t his option include regular customers not then under contracts as well as his own requirements for further manufacture. He may allocate in any manner which is faire and reasonable. (c) The seller must notify the buyer seasonably that there will be delay or non-delivery and, when allocation is required under paragraph (b), of the estimated quota thus made available for the buyer ».

⁴⁷⁶ Larry A DiMATTEO, « Contractual excuse under the CISG: impediment, hardship, and excuse doctrines », (2015) 27-1 *Pace Int. Law Rev.* 258, 261 : « [a]merican excuse law evolved from English common law, which, in its modern form, recognizes objective impossibility (impossibility) and frustration of purpose ».

⁴⁷⁷ B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD, préc., note 16, p. 315 précisant que « nul ne doit y voir une quelconque réception de la théorie de l'imprévision en droit anglais, dans la mesure où l'arrêt reste isolé [Krell v. Henry], la doctrine de la « frustration of purpose » est très incertaine et en tout état de cause le juge ne modifie pas les termes du contrat mais prononce sa résiliation ». Comp. B. FAUVARQUE-COSSON, préc., note 56, 7 (version électronique) précisant que « [a]u risque de forcer un peu les traits, on peut dire qu'il se rapproche du droit

lisible⁴⁷⁸ et le juge, comme en droit italien, n'a aucun pouvoir de révision judiciaire des contrats.

« English law seems to reject any notion of relief for changed circumstances that do not amount to impossibility. However, in case of frustration of contract – that means where the contract is rendered useless by the change of circumstances – an exception is granted to this general rule. In the United States, the Uniform Commercial Code has enacted the general doctrine of impracticability »⁴⁷⁹.

Ainsi, il peut apparaître que les droits de *Common Law* ne sont pas indifférents aux changements de circonstances⁴⁸⁰. Cependant, la doctrine ne semble pas unanime sur le concept auquel renvoie le terme de *frustration*, « pour certain, intraduisible »⁴⁸¹, qui a pu être rapproché de l'imprévision⁴⁸² comme de la force majeure⁴⁸³. « *Under the doctrine of frustration a contract may be discharged if after its formation events occur making its performance impossible or illegal, and in certain analogous situations* »⁴⁸⁴, ou « une notion comme la frustration utilisée dans le système anglais est parfaitement irréductible à la notion de force majeure ou à celle d'imprévision : tantôt elle se rapproche de l'une, tantôt elle se rapproche de l'autre. Elle ne coïncide jamais absolument avec l'une des deux »⁴⁸⁵.

La reconnaissance d'un remède en cas de changement imprévisible des circonstances a été particulièrement difficile, notamment eu égard à la conception du contrat. L'évolution du principe de la force obligatoire du contrat a permis de prendre en considération les

français en ce qu'il n'accorde pas de pouvoir de révision judiciaire du contrat. Il en diffère par la consécration d'une doctrine, celle de la "*frustration*", qui permet au juge de mettre le contrat à l'écart dans des conditions, certes plus souples que celles justifiant en droit français l'exonération du débiteur pour cause de force majeure, mais tout de même très restrictives ».

⁴⁷⁸ Angela SWAN, *Canadian contract law*, 2^e éd., Markham, Ont, LexisNexis, 2009, p. 707 : « *the cases will be hard to analyze and that the applicable principles are elusive* ».

⁴⁷⁹ Ingeborg H SCHWENZER, « Force majeure and hardship in international sales contracts », (2009) 39 *Vic. Univ. Wellington. Law Rev.* 709, 711.

⁴⁸⁰ John CARTWRIGHT, *Contract law: an introduction to the English law of contract for the civil lawyer*, Oxford ; Portland, Or, Hart Publishing, 2007, p. 235 : « *the rules governing changes of circumstances during the lifetime of the contract are in some respects more limited than those in many civil law systems* ».

⁴⁸¹ B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD, préc., note 16, p. 309.

⁴⁸² D. TALLON, préc., note 259 à la page 408 : « C'est la « *frustration* » qui est parfois assimilée à l'imprévision [...] Selon la formule de Lord Radcliffe, le contrat n'est plus celui qui avait été voulu par les parties ».

⁴⁸³ H. SMIT, préc., note 394, 287 : « *[a]lthough it is realized that the two are related, a distinction, [...] is sometimes made between frustration caused by strict impossibility and frustration resulting from other factors, the former being described as impossibility and the latter as frustration. [...] In the United States a distinction has also been made between frustration of performance and frustration of purpose, the former describing cases in which performance has become either impossible or excessively difficult or expensive, and the latter denoting cases in which the known purpose for which either party entered into the contract has been destroyed* ».

⁴⁸⁴ E. PEEL, préc., note 437, p. 866.

⁴⁸⁵ H. LESGUILLONS, préc., note 384, 508 et s.

changements de circonstances, au travers du concept de *frustration of purpose*⁴⁸⁶ (A). Le fondement de ce concept reste cependant délicat à déterminer et a évolué au fil du temps (B).

A. L'atténuation de la doctrine d'absolute contract

Le droit anglais attache beaucoup d'importance au respect de la parole donnée. En effet, lorsque le contrat est « *absolute* », il ne peut être modifié que par les parties elles-mêmes. En outre, le droit anglais reconnaît la possibilité de rompre un contrat moyennant le versement d'une indemnité. La doctrine *absolute contract* (1) a pourtant été atténuée afin de permettre la reconnaissance des changements de circonstances (2).

1. Définition de la doctrine d'absolute contract

La doctrine *absolute contract* correspond au principe de la force obligatoire dans les droits de tradition civiliste⁴⁸⁷. Historiquement, la *Common Law* n'admettait pas qu'une partie qui avait contracté une obligation puisse s'en défaire, devant soit exécuter la prestation, soit payer des dommages et intérêts⁴⁸⁸. Les contrats étaient donc considérés comme absolus, conformément à l'adage *pacta sunt servanda* ou encore à celui de « *a deal's a deal* »⁴⁸⁹.

« [M]ost common law systems have not followed the original civil law principle that there can be no contract to do what is impossible. [...] The mere fact that supervening events occurring without his fault have interfered with or even prevented performance is therefore not sufficient to bring the doctrine of discharge into operation »⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ L'expression *frustration of purpose* a été employée pour la première fois dans *Jackson v. The Union Marine Insurance Company*, [1874] L.R. 10 C.P. 125 dans lequel un armateur a affrété son navire pour se rendre de Liverpool à Newport le plus vite possible pour charger des rails devant être transportées à San Francisco. Le navire s'échoue le lendemain de son départ, son renflouement prenant un mois. Jackson agit contre l'assureur des affréteurs afin de se faire indemniser la perte totale du fret lié à un péril de mer. Les juges considèrent que les affréteurs pouvaient répudier la charte-partie, les délais de renflouement et de réparation étaient si importants qu'ils mettaient alors fin au contrat.

⁴⁸⁷ P. S. ATIYAH, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979. La doctrine d'absolute contract faisant partie d'une catégorie plus générale connue sous le nom de sanctity of contract. Voir également, M. P. FURMSTON, Geoffrey Chevalier CHESHIRE et Cecil Herbert Stuart FIFOOT, *Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract*, Oxford, Oxford University press, 2007, p. 721 : « [w]hen the law casts a duty upon a man which, through no fault of his, he is unable to perform, he is excused for non-performance; but if he binds himself by contract absolutely to do a thing, he cannot escape liability for damages for proof that as events turned out performance is futile or even impossible ».

⁴⁸⁸ O. W. HOLMES, « The path of the law », (1997) 110-5 *Harv. Law Rev.* 991-1009, 462; Gerald Henry Louis FRIDMAN, *The law of contract in Canada*, 5^e éd., Toronto, Ont, Thomson/Carswell, 2011, p. 665 : « [i]n the course of the judgment, the court in *Paradine case* gave vent to the view that contracts were "absolute", in the sense that impossibility would never excuse, unless specifically provided for by the contract itself ».

⁴⁸⁹ *Waukesha Foundry v. Industrial Engrg.*, [1996] 91 F. 3d 1002.

⁴⁹⁰ G. H. TREITEL, préc., note 414, par. 1-002.

Issue de l'arrêt *Paradine v Jane*⁴⁹¹, cette doctrine reconnaissait que la plupart des obligations contractuelles devaient être exécutées et que les événements imprévisibles ou l'impossibilité⁴⁹² ne permettaient pas de se voir exonéré⁴⁹³. L'arrêt précise que : « *When the party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident by inevitable necessity, because he might have provided against it by contract* »⁴⁹⁴.

Une certaine controverse résulta de cet arrêt dans la doctrine, surtout de l'emploi par les juges de l'expression « *if he may* ». Certains commentateurs estimèrent que la Cour ne reconnaissait aucun remède et appliquait de manière rigide le principe de la *strict liability*. Cependant, d'autres estimèrent que les faits de l'espèce n'évoquaient pas une impossibilité absolue d'exécuter, le locataire pouvant toujours payer les loyers. En effet, seul l'objectif du contrat, à savoir tirer profit de la terre louée, était devenu impossible⁴⁹⁵. L'arrêt *Paradine v Jane* ne rentre donc pas dans la catégorie de l'impossibilité, mais dans celle de la *frustration*⁴⁹⁶.

« *This doctrine of absolute contract works well enough (and continues to apply) where it would be reasonable, having regard to the nature of the contract or the circumstances in which it was made, to*

⁴⁹¹ *Paradine v. Jane*, [1647] 82 Ayleyn 26. En l'espèce, le locataire d'une ferme est poursuivi pour les loyers et a invoqué que, durant la période pour laquelle les loyers lui étaient réclamés, il avait été dépossédé de la ferme en question par un ennemi du roi. Le locataire n'avait donc pas pu récolter les fruits escomptés de la location. Le plaignant ne contesta pas les faits. La cour jugea, cependant, que le locataire devait, tout de même, payer les loyers dus pour cette période conformément au contrat de location; G. H. TREITEL, préc., note 414, p. 19 et s.; Mindy CHEN-WISHART, *Contract law*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 280; E. PEEL, préc., note 437, p. 920; P. S. ATIYAH, *Atiyah's introduction to the law of contract*, 6^e éd., Oxford, Clarendon Press, 2005, p. 182.

⁴⁹² H. LESGUILLONS, préc., note 384, 509.

⁴⁹³ E. A. FARNSWORTH, préc., note 473; E. PEEL, préc., note 437, p. 866; J. CARTWRIGHT, préc., note 480, p. 236; A. SWAN, préc., note 478, p. 706; A. PUELINCKX, préc., note 383, 50 comparant la décision qui aurait certainement été rendue en France. L'auteur précise: « *the apartment in question was available and in suitable condition for rent on Coronation Day: the act of God did not render the occupancy impossible. Consequently, a French judge would likely rule that the rent has to be paid and to royalist has to sign a second agreement if he wants to be sure to see his King* ».

⁴⁹⁴ *Paradine v. Jane*, préc., note 491, 27.

⁴⁹⁵ A. L. CORBIN, préc., note 437 : « *there was no promised performance that was made impossible by Prince Rupert's army invasion. The plaintiff had fully conveyed the leasehold interest in the land; and we are told of no covenant of quiet enjoyment. The defendant had covenanted to pay rent; and there is nothing in the report to show that Prince Rupert's seizure made this payment impossible or even difficult. It was the tenant's use and occupation (his « enjoyment ») that were made impossible. He was deprived of his expected profit and advantage. The purpose for which he made the contract of lease was "frustrated", without fault by either party [...]. The real question for decision, therefore, was not whether impossibility of rendering a promised performance operated as a discharge of either party; it was whether the frustration of the tenant's ultimate object in taking the lease caused by the royalist army, operated as a discharge of his duty to pay rent* ». Voir également, G. H. TREITEL, préc., note 414.

⁴⁹⁶ William D. HAWKLAND et Linda J. RUSCH, « *Breach, Repudiation and Excuse* », dans *Hawkland Uniform Commercial Code Series*, Westlaw, 2012 Para 2-615: 1 - Background.

expect it to provide for the event. But where this is not the case, the doctrine is no longer regarded as a satisfactory way of allocating the loss that is occasioned by supervening events»⁴⁹⁷.

Suite à cet arrêt, les cours anglaises commencèrent à reconnaître certaines excuses à l'exécution des obligations.

2. Atténuation de la doctrine absolue contract

La première excuse permettant à un contractant de ne pas exécuter ses obligations fut reconnue au XVI^e siècle avec la notion d'*impossibility*. En effet, les cours avaient reconnu qu'une partie n'avait pas à payer de dommages-intérêts lorsqu'elle s'était retrouvée dans l'impossibilité absolue d'exécuter son obligation⁴⁹⁸.

Au fur et à mesure, les cours anglaises ont reconnu différents cas dans lesquels une partie pouvait être libérée de ses obligations, chacun étant une exception à la doctrine *absolute contract*.

Tout d'abord, les contractants sont excusés lorsqu'une action gouvernementale survient, prohibant l'exécution ou imposant des exigences particulières qui rendent l'exécution impossible⁴⁹⁹. Ensuite, les cours ont libéré les parties de leurs obligations lorsque l'existence d'une personne particulière était nécessaire à l'exécution de la prestation et que cette dernière décédait ou tombait malade⁵⁰⁰. Est assimilé à cette excuse le créancier de l'obligation ou encore un tiers nécessaire à l'exécution du contrat⁵⁰¹. La troisième excuse concerne la destruction ou la détérioration d'une chose particulière nécessaire à l'exécution⁵⁰². De la même manière, si la méthode d'exécution est devenue impossible, les parties sont déchargées de leurs obligations, à partir du moment où le moyen d'exécution est prévu explicitement de

⁴⁹⁷ E. PEEL, préc., note 437.

⁴⁹⁸ *Westminster v. Clarke*, [1536] 73 Eng. Rep. 59; *Williams v. Lloyd*, [1629] 82 Eng. Rep. 95.

⁴⁹⁹ *Abbot of Westminster v. Clerke*, [1536] 73 Eng. Rep. 59; E. PEEL, préc., note 437, p. 887. Cette exception étant reprise au par. 294 du Restatement (Second) of Contracts.

⁵⁰⁰ *Hyde v. Deam of Windsor*, [1597] 78 Eng. Rep. 798; E. PEEL, préc., note 437, p. 872. Repris au par. 262 du Restatement (Second) of Contracts; Robert S. SUMMERS, *Contract and related obligation: theory, doctrine, and practice*, 4^e éd., St. Paul, Minn, West Group, 2001, p. 918.

⁵⁰¹ E. PEEL, préc., note 437, p. 872.

⁵⁰² *Williams v. Lloyd*, préc., note 498; E. PEEL, préc., note 437, p. 870; *Taylor v. Caldwell*, [1863] W.L. 6052 *Williams v Lloyd*, [1629] 82 Eng Rep 95; *Taylor v Caldwell*, [1863] WL 6052 qui montre que la destruction ne peut concerner qu'une partie de l'objet. En effet, en l'espèce, seul le Music Hall fut détruit alors que le contrat prévoyait également la location du jardin. La Cour admis cependant que l'exécution du contrat était devenue impossible. Repris au par. 263 du Restatement (Second) of Contracts.

manière exclusive dans l'accord⁵⁰³. Par exemple, dans l'arrêt Tsakiroglou, la fermeture du Canal de Suez n'entraîna pas la *frustration* du contrat puisque l'itinéraire de transport ne stipulait pas la route à prendre⁵⁰⁴. La quatrième excuse concerne l'indisponibilité des biens objet du contrat⁵⁰⁵ ou encore lorsque l'objet du contrat devait être obtenu d'une source particulière et que celle-ci devient indisponible, à partir du moment où il n'y a aucune faute des contractants⁵⁰⁶.

Ces différents cas concernent principalement des cas de force majeure, l'exécution étant devenue impossible. Toutefois, les cours anglaises ont reconnu une cinquième excuse, celle de la *frustration of purpose*⁵⁰⁷.

« La terminologie rend bien compte de la différence de perspective : dans la force majeure, l'accent porte sur le fait qu'une partie a été placée dans l'impossibilité d'exécuter son obligation ; dans la doctrine de la frustration, l'accent est mis sur le fait que la commune intention des parties a été défaite et que le contrat a été frustré »⁵⁰⁸.

Les Cours anglaises accorderont donc une excuse dans certains cas particuliers, à savoir lorsque le contrat a été conclu dans un but précis, lorsque la chose essentielle à la réalisation du contrat aura été détruite, lorsque le contrat est conclu *intuitu personae* et que la personne disparaît et enfin, lorsque, due à un changement de circonstances, l'obligation devant être exécutée change radicalement.

B. La reconnaissance de la frustration of purpose

La *frustration of purpose* a été initiée en Angleterre afin de prendre en compte les situations dans lesquelles l'impossibilité d'exécuter n'était pas absolue.

« *The doctrine of frustration was evolved to mitigate the rigour of the common law's insistence on literal performance of absolute promises. [...] The object of the doctrine was to give effect to the demands of justice, to achieve a just and reasonable result, to do what is reasonable and fair, as an*

⁵⁰³ E. PEEL, préc., note 437, p. 879.

⁵⁰⁴ *Tsakiroglou & Co Ltd v. Noble & Thorl GmbH*, [1961] 2 All E.R. 179 où une vente C.I.F. Hambourg est conclue le 4 octobre 1956 pour des cacahuètes du Soudan. Le vendeur réserve de la place dans un de ses navires mais le Canal de Suez ferme le 2 novembre. Le transport ne peut se faire que par le Cap, itinéraire beaucoup plus cher. Le contrat ne prévoyant pas la date d'arrivée des cacahuètes, le bateau arrivera quatre semaines plus tard que la date prévue. Le vendeur invoque alors la frustration que la House of Lords rejette, le voyage étant seulement devenu plus coûteux.

⁵⁰⁵ E. PEEL, préc., note 437, p. 872.

⁵⁰⁶ *Id.*, p. 875.

⁵⁰⁷ E. H. HONDIUS et H. C. GRIGOLEIT, préc., note 388, p. 29 : « *it is [...] more important to note that the coronation cases apparently marked the height of a judicial development pointing towards the erosion of the sanctity of contract* ».

⁵⁰⁸ H. LESGUILLONS, préc., note 384, 512.

expedient to escape from injustice where such would result from enforcement of a contract in its literal terms after a significant change in circumstances»⁵⁰⁹.

L'arrêt fondateur de la *frustration* serait Taylor v. Caldwell⁵¹⁰.

En effet, « *it forms the starting point for the development of the modern doctrine of discharge, even though it did not at once create that doctrine* »⁵¹¹. En l'espèce, les parties avaient conclu un contrat de mise à disposition d'un music-hall, dans l'objectif de réaliser une série de concerts. Cependant, avant le premier concert, le bâtiment brula, sans aucune faute des parties. La Cour estima alors que « *from the nature of the contract, it appears that the parties must [...] have known that it could not be fulfilled unless [...] some particular specified thing continued to exist* »⁵¹².

La doctrine de la *frustration of purpose*⁵¹³ a été généralisée en droit anglais à partir de 1956 avec l'adoption du critère du changement radical de l'obligation. La dissolution du contrat sera admise à partir du moment où un évènement, extérieur aux parties, modifie la nature des obligations que les contractants avaient prévus au contrat, entraînant un caractère injuste à en demander l'exécution puisque cette exécution serait différente de celle prévue par les parties⁵¹⁴.

L'une des explications fournies afin de comprendre l'admission difficile et parcimonieuse des changements de circonstances tient au fait que les pays de *Common Law* n'ont pas connu les conséquences désastreuses engendrées par les deux guerres mondiales. En effet,

« One reason for the difference between the common law and the modern civil law approach is that the leading common law countries have not suffered from the unmanageable inflation that has ravaged

⁵⁰⁹ J. Lauritzen A.S. v. Wijsmuller B.V., (*The Super Servant Two*), 1 Lloyd's Rep. 1 (1990).

⁵¹⁰ Taylor v. Caldwell, préc., note 502. Voir également, Appleby v. Myers, [1867] L.R. 2, C.P. 651 où Appleby devait installer des machines chez Myers, avec paiement à la livraison. La veille, un incendie détruit les machines. Appleby demande alors paiement de l'installation réalisée. La House of Lords rejette son action, estimant que le contrat est frustrated, les sommes qu'il souhaitait recevoir après la frustration ne sont pas dues. .

⁵¹¹ G. H. TREITEL, préc., note 414; J. CARTWRIGHT, préc., note 480, p. 236; A. SWAN, préc., note 478, p. 706 précisant que « Taylor v. Caldweel [...] is regarded as the case which opened the door to the argument that the parties (or a party) was excused by the destruction of a thing - in that case a music-hall - that was at the heart of the parties' arrangement »; M. P. FURMSTON, G. C. CHESHIRE et C. H. S. FIFOOT, préc., note 487, p. 722 : « starting with the case of Taylor v Caldwell in 1863, a substantive and particular doctrine has gradually been evolved by the courts which mitigates the rigour of the rule in Paradine v Jane by providing that if the further fulfilment of the contract is brought to an abrupt stop by some irresistible and extraneous cause for which neither party is responsible, the contract shall terminate forthwith and the parties be discharged ».

⁵¹² Taylor v. Caldwell, préc., note 502.

⁵¹³ M. P. FURMSTON, G. C. CHESHIRE et C. H. S. FIFOOT, préc., note 487, p. 722 : « [o]wing to an event that has supervened since the making of the contract, the parties are frustrated in the sense that the substantial object that they had in view is no longer attainable. Literal performance may still be possible, but nevertheless it will not fulfil the original and common design of the parties. What the courts held in such a case is that, if some catastrophic event occurs which neither party is responsible and if the result of that event is to destroy the very basis of the contract, so that the venture to which the parties now find themselves committed is radically different from that originally contemplated, then the contract is forthwith discharged ».

⁵¹⁴ Catherine POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat: étude comparative*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 266.

much of the civil law world, but American law should realize that international trade is different from domestic trade and the modern civil law solution formulated in the Principles deserves respect»⁵¹⁵.

Les fondements de la *frustration of purpose* ont évolué au fil du temps, les juridictions anglaises ayant eu certaines difficultés à la justifier.

Paragraphe 2 - Les fondements proposés au changement de circonstances

Plusieurs fondements des changements de circonstances ont été proposés et utilisés au fil de la jurisprudence. « *The precise legal theory upon which this doctrine of frustration is based has aroused much controversy. No fewer than five theory have been advanced at one time or another* »⁵¹⁶. Certains ont été clairement rejetés (1) afin de prendre uniquement en compte le changement radical dans l'obligation (2).

1. Les fondements rejetés en Common Law

La doctrine de la *frustration* a été tout d'abord fondée sur les *implied terms* (a). Les importantes critiques de ce fondement ont fait évoluer les juridictions qui se sont ensuite appuyées sur la disparition du fondement contractuel, qui a également été rejeté (b).

a. Les *implied terms*

Le concept de *frustration of purpose* a d'abord été fondé sur la théorie des *implied terms*.

*« The 'classical' notion of an implied term or condition meant that as reasonable men, looked at objectively, the parties must have intended discharge by the supervening event, though expressing no such term, either because they did not contemplate such frustration or because they took discharge for granted »*⁵¹⁷.

Ce sont dans les arrêts *Krell v Henri*⁵¹⁸ et *Taylor v Caldwell*⁵¹⁹ que les juges ont admis une excuse à l'exécution des prestations en justifiant d'un terme implicite dans le contrat.

⁵¹⁵ Joseph M. PERILLO, « Force majeure and hardship under the Unidroit principles of international commercial contracts », (1997) 5 *Tulane J. Int. Comp. Law* 5, 27.

⁵¹⁶ M. P. FURMSTON, G. C. CHESHIRE et C. H. S. FIFOOT, préc., note 487, p. 724.

⁵¹⁷ G. H. L. FRIDMAN, préc., note 488, p. 672.

⁵¹⁸ *Krell v. Henry*, [1903] 2 K.B. 740. Voir également, *Chandler v. Webster*, [1904] 1 K.B. 494 dans lequel Chandler a loué une fenêtre donnant sur Pall Mall dont le prix devait être payé immédiatement. Une grande partie du prix a été payé avant que le couronnement n'ait eu lieu. La House of Lords estima que le contrat, lors de l'annulation de la cérémonie, avait été frustré mais que Chandler ne pouvait obtenir restitution des sommes versées et devait payer les sommes restant dues avant la frustration du contrat; *Herne Bay Steam Boat Co v. Hutton*, [1903] 2 K.B. 683; R. S. SUMMERS, préc., note 500, p. 917 : « *there, in the absence of any express or*

Dans l'arrêt *Krell v Henri*, en contrepartie d'un prix plus élevé, des locaux sur la route du couronnement d'Edward VII en 1902 furent loués. Avant la procession, le roi tomba malade et la célébration ne put avoir lieu. Dans cette affaire, la Cour décida que l'annulation du couronnement était une excuse à l'exécution des prestations futures par les parties, car la réalisation du couronnement était une condition implicite au contrat de bail même si aucune clause ne prévoyait spécifiquement ledit couronnement. L'exécution n'était pas devenue impossible, les locaux pouvant toujours être loués et le prix payé. Cependant, l'objectif fondamental du contrat, à savoir assister au couronnement du roi, était devenu inexécutable⁵²⁰. La procession n'ayant pas lieu, le locataire ne peut y assister⁵²¹.

Dans l'arrêt *Taylor v Caldwell*, la Cour estime que :

*« this rule is only applicable when the contract is positive and absolute, and not subject to any condition either express or implied ; and there are authorities which, as we think, establish the principle that where, from the nature of the contract, it appears that the parties must from the beginning have known that it could not be fulfilled unless when the time for the fulfilment of the contract arrived some particular specified thing continued to exist, so that, when entering into the contract, they must have contemplated such continuing existence as the foundation of what was to be done; there, in the absence of any express or implied warranty that the thing shall exist, the contract is not to be construed as a positive contract, but as subject to an implied condition that the parties shall be excused in case, before breach, performance becomes impossible from the perishing of the thing without default of the contractor »*⁵²².

Le ratio de cet arrêt prend acte que dans certains contrats, une condition implicite peut être ajoutée ou découverte, condition selon laquelle les parties estiment que l'exécution du contrat ne pourra se faire que si une certaine chose ou une certaine personne continue d'exister⁵²³. Cet

implied warranty that the thing shall exist, the contract is not to be construed as a positive contract, but as subject to an implied condition that the parties shall be excused in case, before breach, performance becomes impossible from the perishing of the thing without default of the contractor ».

⁵¹⁹ *Taylor v. Caldwell*, préc., note 502.

⁵²⁰ G. H. TREITEL, préc., note 414, p. 56 précisant que : « [p]erformance was not physically or literally impossible: the rooms were available for use by the hirer on the days in question and of course it was not impossible for him to pay the agreed fee. But it was held that the doctrine of discharge was not restricted to cases where the supervening event made performance physically impossible: it also applied "to cases where the event which renders the contract incapable of performance is the cessation or non-existence of an express condition or state of things going to the root of the contract and essential to its performance" ».

⁵²¹ Howard O. HUNTER, « Chapter 19. Excuses for nonperformance », dans *Modern law of contracts*, Westlaw, 2012, par. 19.25.

⁵²² *Taylor v. Caldwell*, préc., note 502, 312.

⁵²³ W. D. HAWKLAND et L. J. RUSCH, préc., note 496; E. A. FARNSWORTH, préc., note 473; G. H. TREITEL, préc., note 414; E. PEEL, préc., note 437; MICHAEL PHILIP FURMSTON, *Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract*, 16th ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.

arrêt a donc changé la manière de percevoir l'impossibilité en *Common Law*⁵²⁴. Il s'est fondé sur l'impossibilité, mais y a rajouté un élément important, la condition implicite. Ainsi, lorsque le *music-hall* brula, la condition implicite liée à l'existence et l'utilisation de la chose ne fut plus remplie, sans aucune faute de la part des contractants⁵²⁵. « *But is was not based on the assumption that the parties had in fact thought about the possibility of the music hall being destroyed. It was a term implied as a general rule of law, rather than simply to fill out the unexpressed intention of the parties* »⁵²⁶. Ce sont, par la suite, les *Coronation cases* qui permirent de continuer à élaborer la doctrine de la frustration.

Pour les juridictions, le contenu contractuel n'est donc pas toujours limité aux stipulations contractuelles, mais peut être complété par des termes implicites, provenant notamment de la loi, de la coutume, du contexte, de circonstances extrinsèques ou encore de la nature du contrat⁵²⁷.

L'arrêt « *Le Moorcock* »⁵²⁸ a initié un test d'efficacité commercial prenant en compte les conditions implicites⁵²⁹. Les clauses implicites sont donc celles qui sont évidentes et nécessaires, celles qui sont si claires qu'elles n'ont pas besoin de figurer dans l'accord même⁵³⁰.

« *The « classical » notion of an implied term or condition meant that as reasonable men, looked at objectively, the party must have intended discharge by the supervening event, though expressing no such term, either because they did not contemplate such frustration or because they took discharge for granted* »⁵³¹.

⁵²⁴ W. D. HAWKLAND et L. J. RUSCH, préc., note 496 : « *however, the case made a major change in that principle because actual performance could have been accomplished in the case, though its accomplishment (e.g. providing a band when there was no theater) would make little sense under the circumstances* ».

⁵²⁵ H. O. HUNTER, préc., note 521, par. 19.25.

⁵²⁶ J. CARTWRIGHT, préc., note 480, p. 237. *Taylor v. Caldwell*, préc., note 502, 312 : « *the parties when framing their agreement evidently had not present in their minds the possibility of such a disaster, and have made no express stipulation with reference to it, so that the answer to the question must depend upon the general rules of law applicable to such contract* ».

⁵²⁷ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 920. Pour une illustration de termes implicites liés à la nature du contrat, voir, *FA Tamplin Steamship Co, Ltd v. Anglo-Mexican Petroleum Products Co, Ltd*, [1916] 2 A.C. 397; [1916-1917] All E.R.

104 : « *[f]rom the nature of the contract it cannot be supposed that the parties as reasonable men intended it to be binding on them under such altered conditions [...]* ».

⁵²⁸ *The Moorcock*, [1889] 14 P.D. 64; 58 L.J.P. 73; 6 Asp. M.L.C. 373; 37 W.R. 439; [1886-90] All. E.R. 530; 60 L.T. 654; 5 T.L.R. 316.

⁵²⁹ Richard AUSTEN-BAKER, « *Implied Terms in English Contract Law: The Long Voyage of The Moorcock* », (2009) 38-1 *Common Law World Rev.* 56-80.

⁵³⁰ Pour une illustration, voir, *Shirlaw v. Southern Foundries (1926) Ltd and Federated Foundries Ltd*, [1939] 2 K.B. 206; [1939] 2 All E.R. 113.

⁵³¹ G. H. L. FRIDMAN, préc., note 488, p. 640.

Deux conceptions des *implied terms* s'affrontent, l'une subjective, se fondant sur l'intention réelle des contractants au moment de la formation du contrat, et l'autre objective, recherchant la clause que des parties raisonnables, placées dans les mêmes conditions, auraient insérée dans leur accord si elles avaient pu prévoir le changement de circonstances⁵³².

Les *implied terms* comme fondement des changements de circonstances permettraient de préserver la force obligatoire du contrat, les juges étant liés par le contenu contractuel et ne pouvant refaire l'accord des parties. C'est dans l'arrêt *Tamplin Steamship* que ce fondement a été particulièrement développé dans les termes suivants :

« Court can and ought to examine the contract and the circumstances in which it was made, not of course to vary, but only to explain it, in order to see whether or not from the nature of it parties must have made their bargain on the footing that a particular thing or state of things would continue to exist. And if they must have done so, then a term to that effect will be implied, though it be not expressed in the contract [...]. In most of the cases, it is said that there was an implied condition in the contract which operated to release the parties from performing it, and in all of them I think that was at bottom the principle upon which the Court proceeded. It is in my opinion the true principle, for no Court has an absolving power, but it can infer from the nature of the contract and the surrounding circumstances that a condition which was not expressed was a foundation on which the parties contracted »⁵³³.

Les *implied terms* comme fondement des changements de circonstances ont été rejetés⁵³⁴. En effet, Lord Denning M. R. précisa, dans son arrêt « *The Eugenia* », « *the theory of an implied term has now been discarded by everyone or nearly everyone for the simple reason that it does not represent the truth. The parties would differ about what was to happen* »⁵³⁵. Les *implied terms* ne peuvent fonder les changements de circonstances, car il complète le contrat alors même que les parties peuvent avoir délibérément omis de mentionner l'évènement en cause,

⁵³² D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 347.

⁵³³ *FA Tamplin Steamship Co, Ltd v. Anglo-Mexican Petroleum Products Co, Ltd*, préc., note 527, 403.

⁵³⁴ *Davis Contractors Ltd v. Fareham U.D.C.*, [1956] 2 All E.R. 145; [1956] A.C. 696; [1956] 3 W.L.R. 37; 54 L.G.R. 289; 100 Sol. Jo. 378 où Lord Radcliffe précise que « *there is something of a logical difficulty in seeing how the parties could even impliedly have provided for something which ex hypothesi they neither expected nor foresaw; and the ascription of frustration to an implied term of the contract has been criticized as obscuring the true action of the court which consists in applying an objective rule of the law of contract to the contractual obligations that the parties have imposed upon themselves [...]. The legal effect of frustration does not depend on their intention or their opinions, or even knowledge, as to the event. On the contrary, it seems that when the event occurs the meaning of the contract must be taken to be, not what the parties did intend (for they had neither thought nor intention regarding it) but that which the parties, as fair and reasonable men, would presumably have agreed upon if, having such possibility in view, they had made express provisions as to their several rights and liabilities in the event of its occurrence* ». En l'espèce, Davis devait construire 78 maisons pour une somme forfaitaire, contrat conclu en 1946. La construction devait prendre 8 mois. Cependant, dans le contexte de l'époque, et étant donné la difficulté à trouver des ouvriers et des matériaux, il en fallut 22, coûtant beaucoup plus cher à l'entrepreneur. Davis invoque donc la frustration devant les juridictions. Son action est rejetée par la House of Lords puisque le contrat n'a pas changé, l'exécution est seulement devenue plus coûteuse.

⁵³⁵ *Ocean Tramp Tankers Corporation v. V/O Sovfracht (The Eugenia)*, [1964] 2 Q.B. 226; [1964] 1 All E.R. 161; [1964] 2 W.L.R. 114; [1963] 2 Lloyd's Rep. 381; 107 Sol. Jo. 931; Lon L. FULLER, *Basic contract law*, 7^e éd., StPaul, Minn, West Group, 2001, p. 747.

ou cet évènement étant imprévisible n'a même jamais été pris en considération par les contractants⁵³⁶.

« The doctrine of impossibility of performance has gradually been freed from the earlier fictional and unrealistic structures of such tests as the 'implied term' and the parties' 'contemplation' (far removed from the reasoning in Taylor v Caldwell). The new synthesis candidly recognizes that the judicial function is to determine whether, in the light of exceptional circumstances, justice requires a departure from the general rule that a promisor bears the risk of increased difficulty of performance »⁵³⁷.

Les juridictions anglaises ont donc cherché un fondement qui ne prenait pas en compte la volonté des parties⁵³⁸.

b. La disparition du fondement contractuel

Un second fondement a été proposé pour les changements de circonstances. Il s'agit de la disparition du fondement contractuel⁵³⁹. Ce fondement a permis l'application de la *frustration* même lorsque le contrat contenait une clause prévoyant les effets de l'évènement ayant fait disparaître le fondement du contrat.

Dans l'arrêt Tamplin, Lord Haldane a pu préciser ce fondement, même s'il a expressément rejeté la théorie de la disparition du fondement du contrat, en affirmant que :

« When people enter into a contract which is dependent for the possibility of performance on the continued availability of a specific thing, and that availability comes to an end by reason of circumstances beyond the control of the parties, the contract is prima facie regarded as dissolved [...] Although the words of the stipulation may be such that the mere letter would describe what has occurred, the occurrence itself may yet be of a character and extent so sweeping that the foundation of

⁵³⁶ *Denny, Mott & Dickson Ltd v. James B. Fraser & Co Ltd*, [1944] 1 All E.R. 683: « [t]he parties did not anticipate fully and completely, if at all, or provide for what actually happened. It is not possible to my mind to say that, if they had thought of it, they would have said, "Well, if that happens, all is over between us". On the contrary, they would almost certainly on the one side or the other have sought to introduce reservations or qualifications or compensations ».

⁵³⁷ *Transatlantic Fin Corp v. United States*, [1966] 363 F. 2d 312.

⁵³⁸ E. A. FARNSWORTH, préc., note 473 : « [t]he new synthesis candidly recognizes that the judicial function is to determine whether, in the light of exceptional circumstances, justice requires a departure from the general rule that a promisor bears the risk of increased difficulty of performance ».

⁵³⁹ *FA Tamplin Steamship Co, Ltd v. Anglo-Mexican Petroleum Products Co, Ltd*, préc., note 527, 406 : « [w]hen people enter into a contract which is dependent for the possibility of performance on the continued availability of a specific thing, and that availability comes to an end by reason of circumstances beyond the control of the parties, the contract is prima facie regarded as dissolved [...] Although the words of the stipulation may be such that the mere letter would describe what has occurred, the occurrence it self may yet be of a character and extent so sweeping that the foundation of what the parties are deemed to have had in contemplation has disappeared, and the contract itself has vanished with that foundation »; E. PEEL, préc., note 437, p. 921.

what the parties are deemed to have had in contemplation has disappeared, and the contract itself has vanished with that foundation »⁵⁴⁰.

Ce fondement prend en compte la volonté des parties et c'est la raison pour laquelle il a été rejeté. En outre, il n'existe pas de définition précise de l'expression «*foundation of the contract*». De surcroît, il a été affirmé que les Cours n'insistaient pas suffisamment sur la construction du contrat, c'est-à-dire « la détermination de la signification exacte du contrat en tenant compte des circonstances entourant la conclusion »⁵⁴¹.

Un rapprochement avec le droit allemand peut être fait, ce dernier reconnaissant la théorie de la *Geschäftsgrundlage* ainsi qu'avec le concept de *presupposizione* du droit italien⁵⁴². En effet, ce sont « les présupposés implicites à partir desquels les parties ont construit leur contrat »⁵⁴³ qui sera pris en compte et qui permettra de remettre en cause le contrat. La frustration, à travers la disparition du fondement contractuel, prend en compte les présupposés des parties, les raisons pour lesquelles elles avaient contracté. Dans les deux cas, un contrat devenu inutile ou sans intérêt pour l'une des parties suite à la survenance d'un événement pourra être remis en cause.

La disparition du fondement contractuel a été rejetée en droit anglais. Les juridictions ont alors pris en compte le changement radical de l'obligation.

2. Le fondement admis en jurisprudence : radical change in the obligation

Le dernier fondement proposé et couramment admis de la *frustration of purpose*⁵⁴⁴ est celui du «*radical change in the obligation*» aussi connu sous la dénomination «*true construction of the contract*»⁵⁴⁵. Les juges doivent donc construire le contrat en tenant compte de différents

⁵⁴⁰ *FA Tamplin Steamship Co, Ltd v. Anglo-Mexican Petroleum Products Co, Ltd*, préc., note 527. Il s'agit ici d'une opinion dissidente.

⁵⁴¹ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 355.

⁵⁴² P. ANCEL et R. WINTGEN, préc., note 396, par. 18 : « [o]n n'est pas loin, on le voit, de la *Geschäftsgrundlage*, et les auteurs allemands [...] utilisent d'ailleurs très habituellement l'exemple pour illustrer la théorie [...] Les «*coronation cases*» constituent également l'exemple de départ des développements italiens sur la *presupposizione* ».

⁵⁴³ *Id.*, par. 17.

⁵⁴⁴ B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD, préc., note 16, p. 310.

⁵⁴⁵ G. H. L. FRIDMAN, préc., note 488, p. 641 : « [*t*]his suggests that frustration is dealt with by construction of the contract, not by any judicial tinkering with the obligations between the parties. The 'construction theory' appears to be the one now favoured by English courts ». *Denny, Mott & Dickson Ltd v. James B. Fraser & Co Ltd*, préc., note 536, 274 où Lord Wright affirma que « [*w*]hat happens is that the contract is held on its true construction not to

facteurs et notamment des circonstances extrinsèques ainsi que de la nature de ce dernier⁵⁴⁶. Par la suite, ils vérifient que l'accord puisse encore s'appliquer à la nouvelle situation⁵⁴⁷. Ils chercheront alors à voir si les effets du contrat tel que voulu par les parties peuvent encore se produire, dans les mêmes conditions, avec la nouvelle situation factuelle⁵⁴⁸. La *frustration* trouve donc son fondement dans sa définition. Ce fondement a été particulièrement développé dans l'arrêt *Davis Contractors*, où Lord Radcliffe précisa :

*« These are the three grounds of frustration which have been suggested from time to time, and I think that it may make a difference in two respects which is chosen. Construction of a contract and the implication of a term are questions of law, whereas the question whether the basis of a contract is overthrown, if not dependent on the construction of the contract, might seem to be largely a matter for the judgment of a skilled man comparing what was contemplated with what has happened. And, if the question is truly one of construction, I find it difficult to see why we should not apply the ordinary rules regarding the admissibility of extrinsic evidence whereas, if it is only a matter of comparing the contemplated with the actual position, evidence might be admissible on a wider basis. Further, I am not satisfied that the result is necessarily the same whether frustration is regarded as depending on the addition to the contract of an implied term or as depending on the construction of the contract as it stands [...] In my view, the proper approach to this case is to take from the arbitrator's award all facts which throw light on the nature of the contract or which can properly be held to be extrinsic evidence relevant to assist in its construction and then, as a matter of law, to construe the contract and to determine whether the ultimate situation as disclosed by the award is, or is not, within the scope of the contract so construed »*⁵⁴⁹.

La doctrine de la « *true construction of the contract* » apparaît être une manière de traiter la nouvelle situation avec un minimum de justice. En effet, Lord Bingham a pu affirmer que :

*« [t]he object of the doctrine was to give effect to the demands of justice, to achieve a just and reasonable result, to do what is reasonable and fair, as an expedient to escape from injustice where such would result from enforcement of a contract in its literal terms after a significant change in circumstances »*⁵⁵⁰.

apply at all from the time when the frustrating circumstances supervene ». Voir également, *Ocean Tramp Tankers Corporation v. V/O Sovfracht (The Eugenia)*, préc., note 535.

⁵⁴⁶ Hugh COLLINS, *The law of contract*, 4^e éd., London, Butterworths, 2003, p. 300 et s. : « [t]his criterion [of the construction of the contract] may be one which tale fairness in the sense of the preservation of the balance of advantage of the contract as the unacknowledged but vital guide to interpretation. [...] Although many judges deny that fairness is relevant to the question of whether or not a contract is frustrated, they frequently acknowledge that their intervention are required by the need to do justice between the parties ».

⁵⁴⁷ René DAVID, *Les contrats en droit anglais*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1985, p. 397 : « [l]a doctrine de la frustration of contract ne veut pas se présenter comme une doctrine d'équité; il ne s'agit pas de porter secours à une partie, que les circonstances ont mise dans l'embarras et risquent de conduite à la ruine. Il faut que, objectivement, le changement intervenu affecte la signification commerciale même du contrat, lequel se présente désormais comme différent de celui que les parties ont conclu ».

⁵⁴⁸ Joseph CHITTY, *Chitty on contracts*, 31^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2012, p. 660 : « [i]t is not simply a question whether there has been a radical change in the circumstances, but whether there has been a radical change in the "obligation" or the actual effect of the promise of the parties construed in the light of the new circumstances ».

⁵⁴⁹ *Davis Contractors Ltd v. Fareham U.D.C.*, préc., note 534.

⁵⁵⁰ *J. Lauritzen A.S. v. Wijsmuller B.V., (The Super Servant Two)*, préc., note 509.

Il est apparu que le critère du changement radical dans l'obligation n'était pas si simple à appliquer. Il ne s'agit pas seulement de comparer les prestations des parties avant et après la survenance d'un évènement extraordinaire, mais également de prendre en considération le degré de sophistication des parties ou l'allocation des risques issue de la loi ou du contrat⁵⁵¹.

La théorie des risques, ou encore celle de l'impossibilité n'ont pas eu d'influence sur le fondement de la frustration. En outre, la bonne foi n'est pas un concept reconnu en tant que tel dans le droit de *Common Law*, et ne pouvait donc servir de fondement à la *frustration of purpose*.

Pour conclure, il est possible de reprendre les mots de Lord Radcliffe dans l'arrêt *Davis Contractors* qui estime que le « reasonable men » n'est que la conception anthropomorphique de la justice interprétée par les juges. Lord Wright est encore plus explicite sur ce sujet en affirmant que « *[t]he truth is [...] the Court [...] decides the question in accordance with what seems to be just and reasonable in its eyes. The judge finds in himself the criterion of what is reasonable. The Court is in this sense making a contract for the parties – though it is almost blasphemy to say so* »⁵⁵². Ainsi, c'est la globalité de la relation, la personnalité des partenaires ainsi que les circonstances entourant la conclusion et l'exécution du contrat qui sont prises en considération afin de déterminer si la situation permet l'admission de la *frustration of purpose*.

⁵⁵¹ Christine BOYLE et David R. PERCY, *Contracts : cases and commentaries*, 7^e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2004, p. 663.

⁵⁵² Robert A. WRIGHT, *Legal essays and addresses*, Cambridge, University Press, 1939, p. 259 cité dans Christine BOYLE et PERCY David R., *Contracts : cases and commentaries*, 7^e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2004, p. 662.

Conclusion du chapitre 2

Le point commun et unanimement reconnu dans les divers droits étudiés est le respect de l'adage *Pacta sunt servanda*.

« L'exigence de la sécurité juridique d'une part, et le respect quasi-mythique de la volonté des parties d'autre part ont motivé dans des droits aussi différents que les droits anglais, français ou allemand par exemple, un respect presque absolu des obligations légalement contractées par les parties »⁵⁵³.

L'admission des changements de circonstances dans les droits de tradition civiliste s'est fait suite à la survenance des deux guerres mondiales. L'Allemagne et l'Italie étaient ravagées ce qui a entraîné des conséquences économiques et sociales particulièrement graves. La France, sortie vainqueur de la Première Guerre mondiale, n'a pas échappé aux désastres économiques et sociaux liés à la guerre, même si la dépréciation monétaire a été beaucoup moins catastrophique qu'en Allemagne⁵⁵⁴. Elle aurait pu adopter une disposition générale concernant les changements de circonstances. Cependant, elle a préféré adopter une législation de circonstance.

« En France, l'idée d'une clause *rebus sic stantibus* aurait peut être pu s'imposer entre les deux guerres, pour des raisons économiques liées à l'inflation, si, à l'époque, la France n'avait été engagée dans un combat pour défendre l'immutabilité des traités contre la thèse de la révision défendue par l'Allemagne, avec, de part et d'autre, des incompréhensions réciproques et des accusations de mauvaise foi, en partie liées à la divergence de vues sur l'imprévision. Même en très forte période d'inflation, la Cour de cassation a toujours refusé de modifier sa position »⁵⁵⁵.

Il en est de même pour le Québec, signataire du traité de Versailles, qui aurait pu, suite aux deux guerres, adopter le principe de l'imprévision.

« L'Allemagne a souffert deux conflits mondiaux qui ont entraîné des conséquences catastrophiques sur sa monnaie et son économie en général. Peut être que si le Québec connaissait une situation aussi difficile, le législateur se verrait dans l'obligation de reconnaître les vertus et la théorie de l'imprévision »⁵⁵⁶.

Quant aux fondements des changements de circonstances, une sorte de palette multicolore apparaît. Même s'il semble que la bonne foi est l'un des fondements communs, elle côtoie

⁵⁵³ H. LESGUILLONS, préc., note 384, 508.

⁵⁵⁴ H. G BEALE, Hein KÖTZ, Denis TALLON et Arthur HARTKAMP, *Contract law*, coll. Casebooks on the common law of Europe, Portland, Hart Publishing, 2002, p. 631.

⁵⁵⁵ B. FAUVARQUE-COSSON, préc., note 56, 3 (version électronique).

⁵⁵⁶ J. BÉDARD, préc., note 2, 787.

également la théorie des risques ou encore l'élargissement de l'impossibilité. Il ne semble donc pas se dégager de fondement universel et unanime⁵⁵⁷.

« Lorsqu'un common lawyer déclare que l'opération économique commerciale envisagée ne peut plus être exécutée, il est bien vrai que le juriste allemand peut généralement dire qu'il serait contraire à la bonne foi, de la part d'un contractant, d'exiger l'exécution de ce qui, en un autre temps, a été promis. La notion allemande de bonne foi, cependant, peut autoriser une intervention du juge en différents cas où un juge anglais ne reconnaîtra pas qu'il y ait *frustration*. Il est ainsi arrivé en Allemagne qu'on prenne en considération la circonstance que l'exécution du contrat risquait d'entraîner la ruine du débiteur, sans profit correspondant pour le créancier ; un tel raisonnement est inimaginable en Angleterre »⁵⁵⁸.

La force obligatoire du contrat semble donc être le principe, les changements de circonstances n'étant perçus que comme une atténuation de ce principe.

En effet, dans l'ordonnance 2016-131, « l'imprévision est rattachée aux dispositions traitant de la force obligatoire du contrat [...]. On voit donc que les rédacteurs du projet conçoivent la théorie de l'imprévision comme une atténuation de la force obligatoire du contrat qui est imposée par la bonne foi contractuelle. Cette démarche ressemble bien au raisonnement en droit allemand, où la théorie du fondement contractuel fut rattachée au paragraphe 242 du BGB qui régit la bonne foi dans l'exécution du contrat avant de trouver sa consécration législative »⁵⁵⁹.

Les juridictions semblent s'appuyer sur le lien existant entre les contractants afin de remédier aux défaillances prévisionnelles des partenaires. Il apparaît ainsi que le lien soit plus important que la notion utilisée.

⁵⁵⁷ M. G. RAPSOMANIKIS, préc., note 393, 553 : « [b]y the turn of the century various theories were advanced. Three were the most eminent among them, upon which the Reichsgericht repeatedly relied. First among them was the doctrine of *Unzumutbarkeit* (nonimputability) under which the obligor can no longer be required to perform the original contract when such a claim imposes an unreasonably heavy burden. This theory seems to have absorbed other notions like that of economic impossibility, financial ruins, and exploitation. Also advanced was the doctrine of *Wegfall der Geschäftsgrundlage* (disappearance of the contractual basis) [...]. The third theory advanced was that of *Treu und Glauben* (good faith), which more or less underlies all of the other German doctrines and has been used most extensively by the Reichsgericht ».

⁵⁵⁸ R. DAVID, préc., note 408 à la page 215.

⁵⁵⁹ Jens KLEINSCHMIDT et Dominik GROB, « La réforme du droit des contrats: perspective allemande sur la balance délicate entre liberté contractuelle et pouvoirs du juge », *RDC* 2015.3.112, 12 (version électronique).

Conclusion du titre 1

À travers cette description, non exhaustive, de l'évolution du droit des contrats transparait la nécessité de prendre en considération un certain réalisme. Malgré les tentatives de la doctrine de mettre en lumière ces transformations, principalement à travers la création ou l'opposition de nouveaux types de contrats, qu'il s'agisse du contrat échange/contrat organisation⁵⁶⁰, du contrat permutation/contrat concentration⁵⁶¹ ou encore du contrat commutation/contrat partage⁵⁶², sans oublier le contrat-coopération⁵⁶³, la réalité apparaît plus complexe, s'intégrant plus difficilement dans un moule préconçu.

Le déplacement du centre d'intérêt, de l'objet même, le contrat, vers le lien qui unit les partenaires, qu'il soit économique ou social, démontre que le contrat ne doit plus seulement être compris en termes d'obligations. La nécessité d'aboutir à une stabilité de ce lien modifie les perspectives juridiques, implique l'imposition de nouveaux devoirs, nécessite une approche globale et modifie la fonction juridictionnelle, afin permettre à l'opération économique envisagée de procurer tous ces bénéfices. Cette réalisation nécessite alors de soumettre les moyens d'y aboutir à la fin, ces derniers devant pouvoir être modifiés.

Il s'agit donc de deux approches, l'une plus individualiste, l'autre plus solidariste, s'intéressant à des dimensions différentes. Le contrat correspond à ses deux dimensions, en fonction de l'intensité du lien qui unit les contractants⁵⁶⁴. Il peut être considéré en lui-même, en tant que transaction, de la même manière qu'il peut être considéré comme la partie d'un tout, à savoir la relation.

« Si la relation contractuelle paraît aujourd'hui susceptible de procurer un bénéfice mutuel, alors la destinée du contrat, son intérêt primordial, n'est pas de programmer mécaniquement la fin de l'échange, mais, au contraire, d'offrir à la fois toutes les garanties de stabilité et de flexibilité qui permettront de préserver l'avenir de la relation à travers et malgré les changements futurs. Pour cela, il importe moins de mesurer et définir strictement les droits et obligations de chacun que de mettre au point certains procédés de concertation par lesquels les parties tenteront d'assurer le maintien de leur relation en opérant les adaptations rendues nécessaires par l'évolution de l'environnement socio-économique. Le

⁵⁶⁰ Paul DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », dans *L'Avenir du droit: mélanges en hommage à François Terré.*, Paris, PUF, 1999, p. 635.

⁵⁶¹ S. LEQUETTE, préc., note 37.

⁵⁶² F. CHÉNEDÉ, préc., note 278.

⁵⁶³ S. LEQUETTE, préc., note 37. Voir *infra*, Titre 2, Chapitre 2.

⁵⁶⁴ G. GOLDSTEIN et N. MESTIRI, préc., note 53 à la page 301.

contrat utile est celui qui planifie adéquatement l'autotransformation de la relation avant de prévoir avec précision la substance de l'échange »⁵⁶⁵.

Le droit étranger ne permet pas de déterminer un fondement unanime aux changements de circonstances. La doctrine française et québécoise insiste sur le concept de bonne foi, qui est également reconnu dans d'autres droits de tradition civiliste. Cette notion côtoie un nombre conséquent d'autres fondements possibles. Cependant, le point commun semble être une analyse minutieuse du contexte entourant le contrat ainsi que du comportement des parties. Le lien semble alors être la clé permettant d'ouvrir la porte de l'imprévision.

⁵⁶⁵ Jean-Guy BELLEY, « Deux journées dans la vie du droit: Georges Gurvitch et Ian R. Macneil », (1988) 3 *Revue canadienne droit et société* 27, 112.

TITRE 2 – La relation comme fondement au changement de circonstances

Ces constatations sur les fondements proposés en matière de changement de circonstances imposent alors de s'interroger sur la reconnaissance par le droit en général de la notion de relation, qui apparaît être au cœur de l'admission des changements de circonstances. En prenant en considération l'ensemble contractuel, à savoir le contenu obligationnel et le contenu relationnel, la jurisprudence esquisse une approche globale. Cette tendance est perceptible dans de nombreux domaines du droit des obligations. La relation, comme concept, a également été mise de l'avant par le législateur, au centre du dispositif de lutte contre les pratiques abusives (Chapitre 1).

Après avoir constaté la reconnaissance de la relation contractuelle, le concept devra être déterminé. Ainsi, Suzanne Lequette, à travers la nouvelle catégorie juridique de contrat-coopération a cherché à démontrer que la relation contractuelle devait être prise en considération et devait aboutir à une plus grande coopération entre les partenaires. En outre, à travers la théorie du contrat relationnel, développée par Ian R. Macneil, la relation contractuelle est également au cœur du débat. Ce dernier n'a pas prévu de régime spécifique applicable au contrat relationnel, puisqu'il estime que tous les contrats sont plus ou moins de ce type. Il propose ainsi de porter un regard nouveau sur le droit des contrats. Malgré les critiques évoquées contre cette notion, elle a le mérite d'expliquer les divers devoirs contractuels et leurs différentes applications (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Reconnaissance de la relation

Aujourd'hui, aussi bien en France qu'au Québec, la théorie générale traditionnelle du contrat est discutée, son absolutisme est décrié et son inadaptation à la réalité sans cesse rappelée. Cependant, malgré les nombreuses propositions, aucune n'a encore réussi à séduire ni à aboutir à un consensus, que ce dernier soit doctrinal ou jurisprudentiel.

Réfléchir en termes de relation contractuelle et non en termes d'obligations permet alors de déplacer le débat et invite à réfléchir d'une manière nouvelle sur sa théorie générale, par une approche pluridimensionnelle⁵⁶⁶. Elle permettra également de renouveler le débat en matière de changement de circonstances, la relation étant un facteur de mutation contractuelle entre les parties.

Si le contrat est incomplet et si la relation contractuelle importe plus que le contrat lui-même, l'admission de l'imprévision pourrait voir le jour en fonction de critères liés à la relation elle-même⁵⁶⁷, sans égard aux obligations contractuelles sur lesquels elle est basée⁵⁶⁸. De ce fait, l'imprévision serait relationnelle et non contractuelle. Pour ce faire, il convient de vérifier que la notion de relation contractuelle est bien sous-jacente en droit des contrats (Section 1). En outre, la relation a fait l'objet d'une reconnaissance légale, à travers le droit de la distribution qui a déjà pris en compte un certain type de relation, à savoir la « relation commerciale établie » (Section 2). La terre d'élection de l'imprévision se trouvant dans les contrats complexes, retrouver la notion de relation en droit de la distribution n'est pas étonnant.

⁵⁶⁶ L. ROLLAND, préc., note 46, par. 55 qui parle de 'cadre temporel tridimensionnel'.

⁵⁶⁷ D. J. SMYTHE, préc., note 167, 229, précisant que « *[s]ome studies of excuse doctrines, for instance, have principally investigated how they might affect the efficiency of contractual risk allocations. [...] A number of more recent studies, on the other hand, have attempted to assess whether the excuse doctrine may serve a more useful role in the context of relational contracts* »; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, préc., note 155, p. 78, qui, sans développer la théorie des contrats relationnels, mentionne que « l'idée n'est pas sans intérêt et pourrait constituer un indice, au moins a posteriori, d'opportunité d'un assouplissement des exigences ordinaires du régime du contrat, par exemple en matière d'imprévision ».

⁵⁶⁸ Jean-Guy BELLEY, « Théories et pratiques du contrat relationnel: les obligations de collaboration et d'harmonisation normative » , dans *Conférences Meredith Lectures 1998-1999: La pertinence renouvelée du droit des obligations: Back to Basics. The continued relevance of the law of obligations: retour aux sources*, coll. Conférences commémoratives Meredith 1998-1999, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 137 à la page 140: « la normativité du contrat relationnel englobe des obligations dont la spécificité et l'étendue ne peuvent être prises en compte adéquatement par les théories classiques et néoclassiques du droit des contrats ».

Section 1 — Reconnaissance judiciaire de la relation

À travers l'étude d'une possible reconnaissance de la relation par les juridictions, cette notion peut apparaître sous-jacente. La durée semble importante, de la même manière qu'une certaine personnalisation ou encore les situations de dépendance. La relation semble créer des bénéfices mutuels et une certaine gestion du lien contractuel. L'objectif principal de la relation semble donc être d'intensifier et de maintenir le lien. Ainsi, elle prend en compte le comportement des contractants (Paragraphe 1), mais également permet une reconnaissance de l'opération économique dans son ensemble (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 - Une reconnaissance à travers le contrôle des comportements

L'attitude des parties, au sein d'une relation contractuelle, doit être contrôlée afin d'éviter que certains comportements opportunistes viennent affaiblir le lien créé et nuire à la confiance que les partenaires avaient l'un dans l'autre. Il s'agit de maintenir ou d'intensifier le lien entre les contractants.

La jurisprudence contrôle donc que les parties soient cohérentes dans leur comportement, car le comportement va, petit à petit, construire « une confiance légitime dans l'avenir », et « résultera moins d'une prévision, car la pollicitation est essentiellement fragile, que de l'exclusion de comportements futurs contradictoires »⁵⁶⁹ (A). Elle leur imposera également de nouveaux devoirs, dont celui de coopération (B). Ces deux exemples de contrôle du comportement des contractants montrent bien que le lien entre les partenaires est reconnu par les juridictions et à certaines conséquences.

A. Un comportement cohérent

La relation contractuelle impose aux contractants une certaine logique dans leur comportement. Ainsi, ils ne doivent pas brusquement changer de cap et tromper la confiance de leur partenaire, allant à l'encontre du lien créé et de la pérennité de la relation. De nombreux exemples peuvent mettre en lumière un tel principe, que ce soit en France ou au

⁵⁶⁹ Dimitri HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 633.

Québec (1). En outre, le comportement des partenaires ne doit pas être excessif ou déraisonnable. Le contrôle de l'abus de droit permettra également de contrôler la cohérence du comportement des contractants (2).

1. Le respect de la confiance provoquée

Les droits français et québécois protègent le lien contractuel à travers un certain devoir de cohérence⁵⁷⁰. En effet, certaines relations méritent que la liberté de rompre le contrat soit encadrée ou que les attentes provoquées chez l'un des contractants soient respectées, les parties ayant eu confiance dans l'attitude préalable de leur partenaire.

Il en est ainsi de l'inapplication de certaines clauses résolutoires expresses. En effet, dans un grand nombre de contrats sont insérées des clauses résolutoires expresses qui permettent à l'un des contractants, en cas d'inexécution par son partenaire d'une de ses obligations, de rompre unilatéralement le contrat. Cependant, dans certains cas, si l'un des partenaires reste inactif dans la mise en œuvre de ladite clause pendant un certain laps de temps, qu'il s'agisse de mois ou d'années, et ce malgré l'inexécution de ses obligations, la jurisprudence pourra assujettir la mise en œuvre de cette clause à certaines conditions. C'est la confiance légitimée par l'inapplication d'une clause résolutoire expresse pendant un certain laps de temps malgré la possibilité de le faire, qui est trompée lorsque cette dernière est brusquement utilisée⁵⁷¹. Il en est de même lorsque se sont les circonstances entourant la mise en œuvre de la clause de

⁵⁷⁰ D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 54, p. 1129 : « [q]u'elle soit mue par un opportunisme calculateur, ou par une bienveillante sympathie à l'égard du cocontractant, la partie qui, par son comportement, déroge favorablement à la lettre du contrat doit, d'une certaine façon, maintenir sa générosité, même si elle n'y est pas techniquement obligée ».

⁵⁷¹ Cass. Com., 8 mars 2005, D. 2005.2843 (obs. B. FAUVARQUE-COSSON); RDC 2005.1015 (obs. D. MAZEAUD); RTD civ. 2005.391 (obs. J. MESTRE et B. FAGES). En l'espèce une société avait ouvert un compte subdivisé en deux sous-comptes dans une banque, distingué par la monnaie utilisée. Les comptes étaient régis par une convention d'unité de compte. Malgré certaines difficultés financières de l'entreprise, la banque n'avait pas tenu compte de cette convention et les avait considérés comme indépendants. La banque se prévalut soudainement de la convention d'unité de compte car la situation financière de l'entreprise empira. La Cour de cassation estima qu'« en dépit de la signature d'une convention d'unité de compte, la banque, qui, en faisant fonctionner les comptes litigieux comme des comptes indépendants, avait adopté un comportement incompatible avec l'application de la convention litigieuse, dont elle a revendiqué ensuite le bénéfice, avait manqué à son obligation de bonne foi ». Voir également, Cass. Civ. 1, 8 avril 1987, Defrénois 1988.375 (obs. J.-L. AUBERT); J.C.P. G. 1988.II.21037 (obs. Y. PICOD); RTD civ. 1988.122 (obs. J. MESTRE); RTD civ.146 (obs. Ph. RÉMY).

résolution expresse qui sont prises en compte⁵⁷². Ici aussi, c'est la durée de l'inaction et le type de relation qui sera pris en compte⁵⁷³.

La relation contractuelle est ainsi mise en lumière. En effet, même si les partenaires avaient initialement prévu la possibilité de rompre unilatéralement le contrat en cas d'inexécution, la volonté initiale est contredite par le comportement adopté par la suite. La confiance du partenaire dans l'inapplication de la clause lié à des éléments objectifs de la part de son cocontractant empêche la mise en œuvre future de la clause de résolution expresse. La relation limite donc le comportement du cocontractant.

De la même manière, si l'un des contractants, par un comportement réitéré, incite son partenaire à croire en la modification définitive d'un des termes de l'accord, il ne peut, par la suite, invoquer de manière soudaine la lettre du contrat⁵⁷⁴. Il en est ainsi d'une banque qui refuse d'accorder un dépassement de marge de crédit alors même qu'elle l'avait déjà fait à de multiples reprises⁵⁷⁵. Le cocontractant, ou ses représentants⁵⁷⁶, doivent donc agir de manière cohérente⁵⁷⁷.

⁵⁷² Cass. Civ. 1, 16 février 1999, *D. 2000.360 (obs D. MAZEAUD)*. En l'espèce, un contrat de vente avec versement d'une rente annuelle entre une tante et sa nièce, dans laquelle était insérée une clause de résolution expresse, est conclu. Après douze années d'inexécution, la crédièntière délivra, conformément à l'accord des parties, un commandement de payer visant la clause résolutoire. La Cour de cassation censure alors les juges d'appel au motif qu'ils n'avaient pas recherché « si l'ensemble des circonstances dans lesquelles [la légataire universelle] a poursuivi, contre sa mère, le recouvrement des sommes échues depuis plus de douze ans, sans protestations de la crédièntière [...], n'excluait pas la bonne foi dans la mise en œuvre de la clause résolutoire ». C'est ici les conflits entre la crédièntière et sa fille légataire universelle qui semblent être à l'origine de la demande. La relation est bien prise en compte.

⁵⁷³ Denis MAZEAUD, « De l'exigence de cohérence contractuelle en matière de clause résolutoire expresse », *D. 2000.360*, 1 (version électronique) : « la patience et l'indulgence prolongées dont fait preuve le créancier, confronté à des manquements à la loi contractuelle, engendrent une confiance légitime du débiteur sinon dans la tolérance de l'inexécution, du moins dans l'inapplication de la clause résolutoire ».

⁵⁷⁴ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 54, p. 1129.

⁵⁷⁵ *S.M.C. Pneumatiques (Canada) Ltée c. Dicsa Inc.*, J.E. 2000-1448, par. 50. Pour une affaire où la Cour se contente de peu de répétitions, voir, *Martel c. Société Mutuelle d'assurance générale du Lac-St-Jean*, 1998 C.S. 138. En l'espèce, un assureur envoie à son assuré un avis exigeant le paiement de la prime d'assurance dans les 15 jours où la police serait résiliée. L'assuré, le 28 juin 1994, fait un chèque pour payer la prime, et une représentante de l'assureur appose la mention payé sur l'avis de paiement. Le 5 juillet, un incendie se produit et le 6 juillet, le chèque est refusé par la banque pour insuffisance de fonds. La Cour précise, au par. 145, que « [i]l était donc raisonnable de penser qu'elle [l'assurance] aurait donné une autre chance à [l'assuré] de payer n'eût été de l'incendie » car elle l'avait fait l'année précédente, en lui permettant de régulariser une erreur administrative par l'envoi d'un second avis de résiliation, ce qui entraîne que l'assurance a exercé ses droits de manière excessive ». Il est donc reproché à l'assurance de ne pas avoir averti son assuré qu'elle entendait mettre fin au contrat, alors même qu'il était client depuis plus de 20 ans.

⁵⁷⁶ *Agropur, coopérative agro-alimentaire c. Réjean Boulet Inc.*, J.E. 2001-687, par. 42.

⁵⁷⁷ *Loranger c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [2008] R.J.Q. 897, par. 50 (C.A.).

La jurisprudence⁵⁷⁸ utilise également la notion de confiance légitime lorsque l'un des contractants a pu légitimement croire en la poursuite de la relation et a modifié son comportement en conséquence en effectuant des investissements importants. Il a ainsi été admis, dans certains contrats de distribution, que l'incohérence du concédant ou du franchiseur dans son comportement pouvait l'empêcher de rompre le contrat, lorsque le distributeur avait fait des investissements qui n'étaient pas encore amortis, ces investissements étant la résultante de la croyance dans le comportement de son partenaire au maintien de la relation⁵⁷⁹.

Dans ces cas, c'est l'incohérence du comportement qui est prise en compte, car il y a une contradiction entre la durée nécessaire à l'amortissement de l'investissement et la résiliation, à brève échéance, du contrat de distribution. Certaines conditions sont toutefois nécessaires pour que le distributeur puisse se prévaloir de cet argument.

Tout d'abord, les investissements doivent avoir été réalisés d'un commun accord par les parties⁵⁸⁰. En effet, si le distributeur décide seul, sans en avoir discuté avec son partenaire, de réaliser des investissements, il ne peut se prévaloir d'avoir eu des indices pouvant lui laisser croire à la continuité de la relation⁵⁸¹ ainsi qu'en la stabilité de la relation économique. En ne permettant pas au distributeur d'obtenir un retour sur investissement, le concédant trompe la confiance qui avait été placée en lui par son partenaire. La relation nécessite donc la poursuite de la relation pour une durée minimum, celle du retour sur investissement, et bloque ainsi le partenaire adoptant un comportement opportuniste.

La jurisprudence utilise également la notion d'attente légitime pour contrôler la cohérence du comportement d'un des partenaires. Il en est ainsi d'un contractant, créancier d'une obligation de non-concurrence, qui, après avoir accepté la violation de ladite obligation sur une très

⁵⁷⁸ Pour un panorama de la jurisprudence, voir, Christian BOURGEON, « La prise en compte des investissements dans la résiliation abusive des contrats de distribution », *RDC* 2004.4.1107.

⁵⁷⁹ Voir, par exemple, Cass. Com., 20 janvier 1998, *Contrats, conc. consom.* 1998, comm. 56 (obs. L. LEVENEUR); *D.* 1998.413 (note Ch. JAMIN), *D.* 1999.114 (obs. D. MAZEAUD), *J.C.P. G.* 1999.II.10085 (obs. J.-P. CHAZAL), *RTD civ.* 1998.675 (obs. J. MESTRE).

⁵⁸⁰ Denis MAZEAUD, « Résiliation abusive d'une concession par le concédant qui ne laisse pas le temps suffisant au concessionnaire pour amortir les investissements qu'il a exigé de lui », *D.* 1999.114.

⁵⁸¹ Cass. Com., 20 janvier 1998, (SCAO c. Automobiles Citroën), *D.* 1998 413. Le concédant avait demandé au concessionnaire de faire des investissements afin de redresser une entreprise déficitaire liée à la conjoncture économique dans le domaine de la vente de voiture. La Cour estima que, le préavis d'un an ne permettait pas au distributeur d'amortir ses investissements ce qui rendait la rupture brutale.

longue période, fait valoir, subitement, la lettre du contrat et le respect des obligations du partenaire⁵⁸².

Dans ces arrêts, ce qui fonde la brutalité de la rupture est le fait d'avoir fait croire à son partenaire que la situation allait perdurer, alors que la réalité a démontré le contraire⁵⁸³.

Ainsi, « la jurisprudence, sans remettre en cause le droit du fournisseur de mettre un terme au contrat de distribution, s'attache-t-elle à protéger le distributeur de changements de politique commerciale ou de décisions d'opportunité intervenant en contradiction avec des investissements engagés d'un commun accord et procédant donc d'une confiance légitime dans le maintien de la relation »⁵⁸⁴.

En effet, les contrats de distribution font partie des types de situations dans lesquelles la relation peut être caractérisée, au travers de la dépendance. C'est parce qu'il existe une relation de dépendance importante entre le distributeur et son partenaire que le lien doit être protégé. La relation contractuelle entre les partenaires apparaît être importante, les contractants devant coopérer activement à la bonne marche de l'opération économique. C'est alors un « comportement actif » qui est sanctionné⁵⁸⁵.

Le devoir de cohérence ne signifie pas que les contractants doivent, pour toute la durée du contrat⁵⁸⁶ ou pour toute la durée de leur vie, octroyer à leur partenaire les largesses qu'ils ont acceptées de manière temporaire. Cependant, ils doivent le prévenir de leur intention de revenir aux termes de l'accord dans un délai raisonnable⁵⁸⁷.

Le contrôle de la cohérence du comportement montre que la relation contractuelle existant entre les partenaires a une incidence sur les décisions jurisprudentielles. C'est ce lien qui est analysé. Il est également utilisé afin de contrôler l'utilisation de pouvoirs unilatéraux.

⁵⁸² 2325-1689 *Québec Inc. c. Charbonneau*, R.E.J.B. 2001-27705, par. 53 (C.S.): « [a]verti de l'existence du commerce de Scotstown, et ce, dès le début des opérations, il n'a pris aucune initiative pour que cesse cette concurrence ou pour réclamer des dommages qui auraient pu en découler » puis par. 59: « Les circonstances [...] sont telles [une attente de 34 mois] qu'elles créent une sérieuse présomption conduisant à la conclusion que l'intimé a effectivement renoncé à tout recours procédant du non-respect de la clause de non-concurrence ».

⁵⁸³ Voir également, *Desbiens c. Municipalité de Gallix*, R.E.J.B. 2003-44842 (résumé de l'éditeur) (C.Q.): l'article 2125 du C.c.Q. prévoit qu'un client peut résilier unilatéralement un contrat de service. La cour reproche ici au client d'avoir, « quelques jours avant la résiliation, [...] laissé entendre [au prestataire] qu'[il] souhaitait maintenir leur lien contractuel en [le] mettant en demeure de signer un contrat écrit ».

⁵⁸⁴ C. BOURGEON, préc., note 578, 1110.

⁵⁸⁵ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 54, p. 1131.

⁵⁸⁶ Certains magistrats ont estimé, cependant, que la non-utilisation d'un recours valait renonciation à ce recours. Voir, 2325-1689 *Québec Inc. c. Charbonneau*, préc., note 582.

⁵⁸⁷ *Martel c. Société Mutuelle d'assurance générale du Lac-St-Jean*, préc., note 575, 145: « [i]l aurait pu en être autrement si la [société mutuelle] avait avisé formellement, à un moment donné ou à un autre, que, si elle avait accepté de passer outre au premier avis de résiliation en 1993, et lui avait donné un deuxième avis, cet état de fait était exceptionnel et que cela ne se reproduirait plus. Mais tel n'est pas le cas ».

2. La soumission du comportement au contrôle de l'abus de droit

La nécessité d'une certaine cohérence, effet de la relation contractuelle entre les partenaires, est contrôlée par les juges. Ces derniers, généralement sous couvert de l'abus, vont émettre un jugement sur l'utilisation par l'un des contractants des pouvoirs unilatéraux qui lui sont conférés par le contrat.

Il en est ainsi en matière de fixation unilatérale du prix ou du quantum du prix. Par principe, pour qu'un contrat soit valablement formé, il est nécessaire que son objet soit déterminé ou déterminable. Ainsi, l'article 1163 nouveau du Code civil français prévoit que la prestation doit être déterminée ou déterminable⁵⁸⁸. De la même manière, les articles 1373⁵⁸⁹ et 1374⁵⁹⁰ du C.c.Q. prévoient que la quotité de la prestation doit être déterminée ou déterminable. Par conséquent, si le prix n'est ni déterminé, ni déterminable lors de la formation du contrat, la convention est nulle faute d'objet⁵⁹¹, pour cause d'indétermination du prix⁵⁹². Une différence apparaît nettement entre la France et le Québec.

En France, l'admission de la fixation unilatérale du prix a fait l'objet d'une longue évolution jurisprudentielle. En effet, elle a été admise dans l'arrêt de la première chambre civile de la

⁵⁸⁸ « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire ». Comp. Article 1129 ancien du Code civil : « Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée ». Voir également, l'article 1591 du Code civil : « Le prix de vente doit être déterminé et désigné par les parties ».

⁵⁸⁹ « L'objet de l'obligation est la prestation à laquelle le débiteur est tenu envers le créancier et qui consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose. La prestation doit être possible et déterminée ou déterminable; elle ne doit être ni prohibée par la loi ni contraire à l'ordre public ».

⁵⁹⁰ « La prestation peut porter sur tout bien, même à venir, pourvu que le bien soit déterminé quant à son espèce et déterminable quant à sa quotité ».

⁵⁹¹ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 54, par. 1049.14 : « [s]ous réserve d'exceptions législatives [...], le prix doit être déterminé lors de la formation du contrat ou encore pouvoir l'être postérieurement en application d'un mécanisme prédéterminé au contrat, objectif et extérieur aux parties »; *Industries Atto-Renaud Inc. c. 1473-9346 Québec Inc.*, J.E. 99-514 (C.A.). En l'espèce, la vente d'un fonds de commerce a été conclue, incluant le transfert des stocks. Une première partie de ces stocks a été payée comptant par l'acheteur et la seconde devait l'être « sur une base de consignation répartie sur une période d'un maximum de trois ans ». Le prix des stocks était fixé à 80% des ventes nettes effectuées par l'acheteur. Un contrat de consignation a été conclu entre les contractants. Suite à une querelle, l'acheteur a refusé les stocks restants. Les juges estiment que, même si le prix de vente des stocks n'était pas précisé dans la convention, le prix pouvait être déterminé. En outre, le contrat de consignation ne remettait nullement en cause la vente de l'intégralité des stocks à l'acheteur. Le juge a donc « eu raison d'affirmer que la clause relative au prix de vente des stocks et le contrat de consignation constituaient un mode original de financement en faveur de l'acquéreur ».

⁵⁹² *Hyde c. Woodland Automobile (1964) Ltd.*, [1974] C.S. 97, 101.

Cour de cassation du 29 novembre 1994⁵⁹³. Cependant, la cour émet la réserve de l'abus⁵⁹⁴. C'est l'assemblée plénière qui clôt le débat sur la fixation unilatérale du prix dans ses arrêts du 1^{er} décembre 1995⁵⁹⁵. En effet, elle affirme que la détermination du prix lors de la conclusion du contrat n'est plus une condition de validité de ce dernier. Cependant, des réserves sont émises, dans le sens où la cour se réfère à un contexte particulier, celui des contrats-cadres⁵⁹⁶. La sanction de l'abus par l'octroi de dommages et intérêts a été considérée, par certains, comme une « forme indirecte de révision du prix »⁵⁹⁷.

L'article 1164 nouveau du Code civil reprend la jurisprudence en matière de fixation unilatérale du prix⁵⁹⁸. Le domaine est limité aux contrats-cadres et la sanction d'un abus dans la fixation du prix est l'octroi de dommages et intérêts. En outre, une obligation de motivation est imposée au contractant fixant unilatéralement le prix⁵⁹⁹. Par contre, et contrairement aux avant-projets, le juge n'a pas le pouvoir de réviser le prix⁶⁰⁰. L'obligation de motivation dans

⁵⁹³ Cass. Civ. 1, 29 novembre 1994, n° 92-16267, (Alcatel), RTD civ. 1995.358 (obs. J. MESTRE).

⁵⁹⁴ *Id.* en précisant qu'« il n'était pas allégué que la société GST Alcatel Est eût abusé de l'exclusivité qui lui était réservée pour majorer son prix dans le but d'en tirer un profit illégitime, et ainsi méconnu son obligation d'exécuter la convention de bonne foi, la cour d'appel a pu déduire que le contrat était valable ».

⁵⁹⁵ Ass. Plén., 1 décembre 1995, n° 91-15999, (Sté Le Montparnasse), *Bull. civ.* I.n° 7; « Colloque: La détermination du prix: nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière », *RTD com.* 1997.1.1; Christophe JAMIN, « Réseaux intégrés de distribution: de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *J.C.P. G.* 1996.I.3959; Christophe JAMIN, *Les apports au droit des contrats-cadres*, Colloque: La détermination du prix: nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière, RTD com., 1997, p. 19.

⁵⁹⁶ Ass. Plén., 1 décembre 1995, n° 91-15999, (Compagnie française de téléphone c. Bechtel France (Sté)), D. 1995.13 précisant 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 ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation »; pour le débat sur la fixation du prix dans le contrat au Québec, voir Benoît MOORE, « Flexible contrat », dans Benoît MOORE, *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 569.

⁵⁹⁷ T. REVET, préc., note 61, 2 (version électronique).

⁵⁹⁸ « Dans les contrats-cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver 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 obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat ».

⁵⁹⁹ Denis MAZEAUD, « Droit des contrats: réforme à l'horizon! », *D.* 2014.5.291, par. 13.

⁶⁰⁰ *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, préc., note 15. Le projet d'ordonnance de la Chancellerie prévoyait, dans son article 1163 que: « Dans les contrats-cadre 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. [Alinéa 2] 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 ». Le juge avait donc un pouvoir de révision du prix en cas d'abus dans la fixation unilatérale.

les contrats, comme contrepoids à l'exercice de pouvoir unilatéral, avait déjà fait l'objet de revendication doctrinale⁶⁰¹.

C'est l'abus dans la fixation unilatérale du prix qui est pris en compte par les juridictions. L'abus se caractérise par le désintéressement des intérêts du cocontractant par le partenaire titulaire du pouvoir unilatéral. La Cour retient l'abus en considération « de la combinaison de “données juridiques propres à la convention litigieuse (clause d'exclusivité, longue durée du contrat, déséquilibre des prestations)”, “du comportement du contractant (majoration arbitraire, pratique tarifaire opaque)” et de “considérations économiques (taux du marché, offres concurrentes, durée d'amortissement)” »⁶⁰². C'est donc la relation dans sa globalité qui est analysée et considérée.

La cour se fonde sur le devoir de loyauté et l'exigence de bonne foi afin de qualifier l'abus⁶⁰³. C'est la loyauté du partenaire dans l'utilisation des pouvoirs qui lui sont conférés, qui est trahie⁶⁰⁴. On retrouve la prise en compte de la relation en matière de dépendance. Il a ainsi été affirmé que dans toutes les situations de dépendance et de domination, l'unilatéralisme doit être contrôlé et que l'obligation de solidarité doit imposer au contractant dominant de prendre en compte les intérêts de son partenaire dominé⁶⁰⁵. Ces arrêts montrent également une rupture avec le postulat d'égalité des contractants, ce qui montre que la relation contractuelle concerne également les variables concernant les partenaires à l'échange⁶⁰⁶.

Cependant, le principe de cohérence ne remet pas en cause la liberté de rompre ou d'utiliser un pouvoir unilatéral, mais seulement le fait de tromper la confiance de son partenaire en adoptant un comportement opportuniste et en changeant brusquement de direction⁶⁰⁷. C'est la

⁶⁰¹ Muriel FABRE-MAGNAN, « La motivation dans les contrats », dans Gilles GOUBEUX, *Le contrat au début du XXI^e siècle - Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 300; Rémy CABRILLAC, « La motivation dans les contrats en droit français », dans Jean-Louis BAUDOIN et Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 225; Didier FERRIER, « Une obligation de motiver? », *RDC* 2004.2.558.

⁶⁰² D. MAZEAUD, préc., note 27.

⁶⁰³ D. MAZEAUD, préc., note 27, p. 619 et s..

⁶⁰⁴ *Id.* à la page 631 précisant que « l'exigence d'une certaine solidarité contractuelle par la prise en compte de l'intérêt du partenaire dans l'exercice du pouvoir unilatéral opère la substitution d'un équilibre contractuel concret à une égalité artificielle et abstraite ».

⁶⁰⁵ *Id.*

⁶⁰⁶ C. JAMIN, préc., note 118 à la page 460.

⁶⁰⁷ Pour un aperçu des critiques liées à ce principe, voir, Denis MAZEAUD, « Principe de cohérence », *RDC* 2009.3.999, 3 (version électronique) précisant que « dans une perspective économique, la liberté contractuelle doit aussi se traduire par la liberté de changer d'avis et d'attitude dans la recherche de ses intérêts légitimes. Or,

relation contractuelle qui est sauvegardée lorsque l'attitude des parties laisse présager sa continuité.

Par contre, les juridictions québécoises considèrent que l'insertion dans un contrat d'une clause de fixation unilatérale du prix par l'une des parties ne peut être considérée comme valable, le prix n'étant pas suffisamment déterminable. « [L] obligation est nulle, faut de quotité déterminable »⁶⁰⁸. Pourtant, l'Office de révision du Code civil avait proposé d'insérer dans le C.c.Q., pour les ventes mobilières, un article permettant à l'acheteur, en cas d'indétermination du prix, de payer « le prix généralement exigé dans des circonstances semblables »⁶⁰⁹. Cette proposition n'a pas été retenue par le législateur québécois, qui a préféré entériner la solution traditionnelle.

Une partie de la doctrine québécoise a relevé l'inadaptation de cette solution aux réalités économiques modernes⁶¹⁰. Elle constate également que les tribunaux, à l'instar des tribunaux français, pourraient, lorsqu'aucune législation particulière n'impose la fixation d'un prix déterminé ou déterminable lors de la formation du contrat, assouplir ou abandonner cette règle traditionnelle⁶¹¹. Enfin, elle précise que la fonction de la détermination préalable du prix est principalement liée à la protection de la partie faible⁶¹², afin d'éviter qu'elle ne soit soumise à la volonté discrétionnaire et opportuniste de son partenaire. Cependant, la nullité comme sanction de l'indétermination du prix ne semble plus appropriée aujourd'hui, le contrôle

l'exigence de cohérence contractuelle, autrement dit l'interdiction de changer de cap au cours de la relation contractuelle, figerait les parties au contrat, briderait tout esprit d'initiative et conduirait alors à un système contractuel qui sacrifierait une flexibilité indispensable au dynamisme de l'environnement économique au profit d'une rigidité inhibante et sclérosante ».

⁶⁰⁸ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 54, par. 1049.15.

⁶⁰⁹ Projet de Code civil, livre 5, article 386 : « Lorsque le prix n'est pas déterminé ni déterminable par le contrat, l'acheteur doit payer le prix généralement exigé dans des circonstances semblables ».

⁶¹⁰ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 54, par. 1049.15 précisant que le Québec s'éloigne des solutions retenues dans d'autres pays et en matière internationale. « Une telle solution nous semble mieux adaptée aux réalités économiques modernes, notamment à la nécessaire flexibilité des affaires ».

⁶¹¹ L. ROLLAND, préc., note 46, par. 61 : « [r]ien dans le droit commun du Québec n'empêcherait les tribunaux de suivre ce courant qui, du point de vue de la théorie classique, serait un contre-courant » puis au par. 62: « [n]ous croyons que, mieux que la fixité principielle, la souplesse des moyens alternatifs de détermination - y compris la négociation continue - contribue à la sécurité juridique. D'autant que les contrats sont par nature incomplets et le sont plus encore les contrats à long terme. Parce qu'il est impossible et inopportun d'en spécifier les conditions (prix, quantité, qualité, délivrance), et parce qu'il est impossible de prévoir l'avenir et de le formuler au présent, ces contrats s'expriment en termes "constitutionnels" qui établissent le processus par lequel les parties en préciseront le contenu et feront les ajustements requis au fur et à mesure de l'exécution. Si le droit répond à ces pratiques contractuelles par la nullité pour indétermination, il participera à la fragilisation des rapports juridiques et mettra l'institution en péril »; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 54, par. 1049.18 précisant que « [r]ien n'empêche les tribunaux de procéder à un assouplissement de cette règle, voire à son abandon, à l'exception évidemment des cas où la loi exige expressément la fixation du prix au moment de la formation du contrat ».

⁶¹² 2758792 *Canada Inc. c. Bell Distribution Inc.*, J.E. 2009-1646 (C.S.).

judiciaire de l'abus conformément aux exigences de la bonne foi dans sa fixation apparaissant plus apte à assurer la pérennité du contrat ainsi que la stabilité juridique, à partir du moment où les parties sont à force égale⁶¹³. Le droit québécois considère le contrat de manière plus rigide que le droit français.

Le Québec a, cependant, connu une certaine évolution en matière de fixation des honoraires extrajudiciaires, issue principalement de l'arrêt *Montréal Trust*⁶¹⁴. En l'espèce, les juges ont reconnu qu'une clause pénale dont le quantum n'était pas défini⁶¹⁵ était valable sous réserve du contrôle de la raisonnable. Cet arrêt a été rendu en matière hypothécaire et concernant « l'interprétation de l'article 2667 lequel permet de recouvrer les "frais légitimement engagés" pour l'exercice de ses droits »⁶¹⁶. Préalablement à cet arrêt, la jurisprudence majoritaire n'admettait pas la validité de ces clauses si elles ne comportaient pas d'indication concernant l'étendue des frais d'honoraires extrajudiciaires. Pour leur validité, il était nécessaire qu'elles comportent soit un montant maximum soit une méthode objective de fixation du montant.

La reconnaissance de la fixation unilatérale du quantum d'une clause pénale sera ensuite détachée du contexte hypothécaire et appliqué à d'autres types de clauses⁶¹⁷. Il faudra attendre l'arrêt *Groupe Van Houtte*⁶¹⁸ pour que l'admission de la fixation unilatérale du quantum d'une clause soit admise, au moins dans le contexte hypothécaire⁶¹⁹, à la condition que la clause en prévoit clairement la possibilité. Ce qui particulièrement intéressant dans l'arrêt *Groupe Van Houtte* est le contrôle de raisonnable exercé par la Cour sur la clause, qui pendra en

⁶¹³ L. ROLLAND, préc., note 46, par. 62; J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 14, par. 26; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 54, par. 1049.21.

⁶¹⁴ *164618 Canada Inc. c. Cie Montréal Trust*, [1998] R.J.Q. 2696 (C.A.). Suivi par, *Garderie éducative la Souris Verte Inc. c. Dandurand chrétien*, [2010] QCCS 4843; *Toronto-Dominion Bank c. 9045-1287 Québec Inc. (Ike & Dean)*, [2006] QCCS 3879; *Caisse populaire Desjardins de St Eusèbe c. Dionne*, [1999] R.D.I. 639 (C.S.); *Paquette-Lebel c. Daigneault*, [1999] R.J.Q. 1439 (C.S.); *Grzywacz c. Robin Palin Public Relation Inc.*, J.E. 2001-732 (C.Q.).

⁶¹⁵ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 54, par. 1049.22 précisant que la « clause fais[ait] reposer sur la partie en défaut les honoraires extrajudiciaires »; J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 14, par. 798.

⁶¹⁶ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 54, p. 549.

⁶¹⁷ *2758792 Canada Inc. c. Bell Distribution Inc.*, préc., note 612 concernant la validité d'une clause permettant à une partie de modifier unilatéralement les modalités de rémunération.

⁶¹⁸ *Groupe Van Houtte Inc. (A.L. Van Houtte Ltée) c. Développements industriels et commerciaux de Montréal Inc.*, [2010] Q.C.C.A. 1970. Suivi par *Syndicat de copropriété Domaine Quatre-Saisons Phase II c. Giguère*, [2011] QCCQ 7698; *Édifice Massenet Inc. c. Métro Richelieu Inc.*, [2011] QCCS 2194; *Riocan Holding Québec Inc. c. 4381882 Canada Inc.*, [2011] QCCS 2602.

⁶¹⁹ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 54, par. 1049.24 précisant que « [c]et arrêt reconnaît donc définitivement la validité, en principe, d'une clause prévoyant comme pénalité pour le débiteur, le paiement des honoraires extrajudiciaires déboursés par le créancier, même si aucun montant ou barème objectif n'est précisé dans cette clause ».

considération le litige et sa difficulté, le temps nécessaire à la préparation du litige, le travail réalisé par la partie qui réclame les honoraires ainsi que le montant du taux horaire. La Cour prendra donc en compte tous les éléments de la relation afin de déterminer si le montant des honoraires qui n'aura pas été fixé préalablement ou dont un maximum n'aura pas été fixé préalablement est raisonnable. Les juridictions passent alors d'un contrôle de validité à un contrôle d'exercice du pouvoir octroyé. Au-delà de la cohérence du comportement, la relation contractuelle impose également un devoir de coopération.

B. Un comportement coopératif

« Coopérer, c'est avouer que l'on se reconnaît lié par des intérêts communs ou convergents, comme l'exige le droit commun de la loyauté, simplement s'obliger à ne pas nuire aux intérêts du partenaire », de les « prendre en compte, les respecter et agir en vue de leur développement »⁶²⁰. La reconnaissance de devoirs contractuels, à travers, principalement, le concept de bonne foi, met en exergue le lien qui unit les contractants, au-delà des seules obligations contractuellement formulées. Il s'agirait alors d'« obligations implicites »⁶²¹, se référant tantôt à la nature du contrat (1), tantôt au lien contractuel (2).

1. Coopération et nature du contrat

Le devoir de coopération se retrouve à travers la nature du contrat, qui impose un lien de confiance entre les partenaires et une relation privilégiée. Il a été reconnu dans un grand nombre de contrats. En effet, il a été appliqué aussi bien au contrat de travail⁶²², qu'à des conventions standardisées. Toutefois, son domaine de prédilection reste les contrats dans lesquels un haut degré de confiance est présumée, ce qui revient à estimer que la relation contractuelle est privilégiée⁶²³. Par exemple, en plus du contrat de travail, se retrouvent le contrat de mandat, de franchise⁶²⁴, de service⁶²⁵, de sous-traitance, de concession ou les

⁶²⁰ F. DIESSE, préc., note 148, 265.

⁶²¹ Pierre LEGRAND, « L'obligation implicite contractuelle: aspect de la fabrication par le juge », (1991) 22 *R.D.U.S.* 109.

⁶²² Cass. Soc., 25 février 1992, préc., note 322.

⁶²³ J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 14, par. 160.

⁶²⁴ *Ahsan c. Second Cup Ltd*, J.E. 2003-736 ((C.A.)) : « [I]es parties à un contrat de franchise doivent agir de bonne foi et faire preuve de loyauté [...] ».

⁶²⁵ *Stageline Mobile Stage Inc. c. Richard*, J.E. 2002-1900 ((C.A.)).

contrats impliquant un monopole⁶²⁶, sans oublier les contrats d'intérêt commun ou d'agent commercial⁶²⁷, ou les baux commerciaux⁶²⁸. Dans ces contrats, la relation contractuelle a une intensité particulièrement forte, puisque ces contrats imposent une longue durée ou un caractère *intuitu personae* ou encore assistance entre les partenaires.

Il a également été jugé qu'un concédant exclusif devait agir loyalement dans la fixation des conditions générales de vente envers ses concessionnaires exclusifs et les supporter lorsque toutes les parties se retrouvent dans une situation financière difficile. Le concédant agit contrairement aux intérêts de ces concessionnaires lorsqu'il leur demande de lourds investissements alors qu'il distribue des dividendes importants à ses actionnaires⁶²⁹. En outre, un distributeur ne peut pas résilier de manière unilatérale un contrat de distribution pour des motifs qui apparaissent intempestifs, en l'absence de préavis ou sans préavis raisonnable⁶³⁰. « Quand un fabricant met fin unilatéralement et brusquement au contrat de distribution pour des motifs opportunistes d'affaires [...] l'abus de droit ne pourra être évité que par un préavis dont la longueur sera fonction notamment de la durée des relations d'affaires entre les parties »⁶³¹.

Le contrat de franchise est également un contrat dans lequel le devoir de coopération semble avoir une place importante. Il a ainsi pu être jugé que dans un contrat de franchise, le

⁶²⁶ C. JAMIN, préc., note 231; Jacques MESTRE, « D'une exigence de bonne foi vers un esprit de collaboration », *RTD civ.* 1986.101.

⁶²⁷ Cass. Com., 24 novembre 1998, n° 96-18357, *RTD civ.* 1999.646 (obs. P.-Y. GAUTIER), *RTD civ.* 1999.98 (obs. J. MESTRE) où la Cour de cassation a pu censurer une Cour d'appel suite à la demande de résiliation d'un contrat d'agent commercial pour cause de difficultés à pratiquer des prix concurrentiels en considération des prix pratiqués par les mandants, en estimant qu'elle aurait dû « rechercher si, informées des difficultés de M. X... en raison des ventes parallèles de produits venant des centrales d'achats qui s'approvisionnaient en métropole, les sociétés ont pris des mesures concrètes pour permettre à leur mandataire de pratiquer des prix concurrentiels, proches de ceux des mêmes produits vendus dans le cadre de ces ventes parallèles, et de le mettre ainsi en mesure d'exercer son mandat ».

⁶²⁸ *Posluns c. Entreprises Lormil Inc.*, J.E. 90-1131 ((C.S.)). En l'espèce, le propriétaire d'un centre commercial accepta de louer un emplacement à un sixième restaurant ayant le même menu que l'un des locataires déjà présents. Aucune clause d'exclusivité n'était prévue dans le contrat. Cependant, les conséquences économiques ont été drastiques pour le locataire déjà présent. La Cour estima que, eu égard aux circonstances de l'installation, et notamment l'obligation d'avoir des menus différents, le bailleur avait agi de mauvaise foi en permettant l'installation d'un nouveau locataire ayant le même menu.

⁶²⁹ Cass. Com., 15 janvier 2002, n° 99-21172, *RTD civ.* 2002.294 (obs. J. MESTRE), D. 2002.2841 (obs. D. MAZEAUD); D. 2002.1974 (obs. P. STOFFEL-MUNCK). Voir également, *Placements G. Murray (Québec) Ltée c. Enseignes Néon-Otis Inc.*, J.E. 97-1565 ((C.A.)); *Bussières (Véhicules récréatifs Gascon enr.) c. Yamaha Motor Canada Ltd.*, [2006] QCCS 905 où la Cour estime que le concédant a utilisé une clause de résiliation abusivement alors même que le concessionnaire avait fait des investissements importants.

⁶³⁰ *Ameublement 640 Inc. c. Meubles Canadel Inc.*, J.E. 2001-1167 (C.S.).

⁶³¹ J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 14; *Richman c. Adidas Sportschuhfabriken*, J.E. 97-480 (C.A.).

franchiseur a une obligation implicite de collaborer avec son franchisé, conformément aux exigences de la bonne foi, même si les termes de l'accord ne le prévoient pas explicitement⁶³². Dans l'espèce, le franchiseur n'a pas pris les mesures nécessaires afin de protéger sa marque de commerce, notamment face à une vive concurrence. C'est la nature du contrat de franchise, en tant que contrat à long terme et relationnel, qui a permis au juge d'insérer une obligation implicite de protection de la marque⁶³³.

« In the present case, the nature of the agreement, on the one hand, and equity, on the other, provide two distinct normative justifications for this implied obligation of good faith under article 1434 C.C.Q. Where the nature of the agreement justifies the inference, the implied obligation is best viewed as a reflection of the presumed intention of the parties. Parties to a long-term franchise agreement like the ones on the case at bar can typically be presumed to have intended reasonable standards of cooperation based on the relational nature of the arrangement. Equity does not depend on presumed intention, but is more closely connected to the law's concerns for fairness in contract. Here, equity mandates the Franchisor's due regard for the Franchisees' interests [...] without which long-term commercial objectives of both parties could not be met. The implied duty of good faith under article 1434 acts to reinforce and confirm the duties of assistance and cooperation for the Franchisor associated with the nature of the contract. In sum, good faith brings with it, as an implied obligation based on both equity and the long-term nature of these franchise agreements, an 'intensification de la coopération qui reste la caractéristique fondamentale de tout contrat relationnel' »⁶³⁴.

L'obligation de coopération étendue peut donc provenir de la nature du contrat et notamment de sa durée ou de la confiance existant entre les partenaires. Elle se retrouve également en considération de l'objet du contrat. En effet, celui-ci peut prévoir une certaine coopération entre les partenaires, ou la technicité et la dangerosité peuvent nécessiter une coopération accrue, comme dans certains contrats en matière informatique⁶³⁵.

⁶³² *Dunkin' Brands Canada Ltd. c. Bertico Inc.*, préc., note 238, par. 31 précisant que « *the agreements included explicit obligations as well as obligations that may be inferred from their nature* », puis par. 48 : « *the judge's interpretation of the duties owed to the franchisees rests on the whole of the agreements, including the implicit obligations based on the nature of the franchise arrangement and, in particular, the implied obligation of good faith incumbent on both parties* », et enfin, par. 59 : « *it is only when one recognizes the incomplete account of the parties' rights and obligations given by the explicit terms of the contracts that the true nature of the arrangement - an innominate contract of franchise based on a relationship of long-term collaborative between independent businesses - becomes apparent* ».

⁶³³ *Id.*, par. 70 : « *the Court made this finding not on the basis of the duty to perform contracts in good faith set forth in article 1375 C.C.Q. but rather on the distinct theory of implied obligations, citing specifically the "nature" of the franchise agreement and equity in article 1434 C.C.Q.* »

⁶³⁴ *Id.*, par. 71 [notes omises].

⁶³⁵ Cass. Com., 6 mai 2003, n° 00-11530 où suite à la conclusion d'un premier contrat dans l'objectif d'informatiser un service, une mutuelle d'assurance propose la conclusion d'un nouvel accord pour la réalisation d'un travail spécifique, répondant au besoin de la mutuelle tel que défini dans le premier contrat. Le logiciel installé ne répondant pas parfaitement à la demande de la mutuelle, cette dernière demande la résiliation du contrat de service. La Cour estime qu'il y a eu manquement au devoir de conseil pour ne pas avoir cerné correctement les besoins spécifiques de son partenaire.

2. Coopération et lien contractuel

La coopération est également imposée en considération de la qualité de la relation contractuelle et ne se limite pas à certains contrats en particulier. Lorsque la relation contractuelle est suffisamment forte, le devoir de coopération doit également être appliqué, les partenaires devant prendre en considération les intérêts de leur cocontractant.

Cette coopération s'applique avec un plus grand égard dans les relations entre professionnel et profane⁶³⁶ ou professionnel non expert du domaine⁶³⁷, par exemple avec le devoir d'information⁶³⁸. Il s'agit ici d'essayer d'instaurer la confiance et d'intensifier le lien⁶³⁹. En effet, l'information est primordiale à la liberté, dans le sens où s'engager nécessite d'être renseigné et de choisir en toute connaissance de cause. En outre, elle impose ainsi de « renseigner l'autre de tout ce qui est susceptible d'avoir une répercussion sur l'exécution de sa prestation »⁶⁴⁰. L'intensité du lien entre les parties permettra une variation du degré de cette obligation⁶⁴¹.

⁶³⁶ Cass. Civ. 3, 21 juillet 1993, n° 91-20639 estimant qu'une vendeuse non professionnelle d'une maison ne devait fournir que les informations dont elle disposait, en énonçant que « tout en constatant que l'absence de renseignements précis n'était pas imputable à Mme Y... et sans relever que celle-ci disposait d'informations qu'elle n'avait pas communiquées aux acquéreurs, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

⁶³⁷ Cass. Com., 21 novembre 2006, n° 05-11.002 concernant la vente d'échafaudage. En l'espèce, une société a vendu des échafaudages à une entreprise de peinture qui les a elle-même revendus. Cependant, ces échafaudages étaient utilisés en milieu marin, ce qui entraînera une corrosion de la visserie. La cour estima que « l'obligation d'information et de conseil du vendeur à l'égard de son client sur l'adaptation du matériel vendu à l'usage auquel il est destiné existe à l'égard de l'acheteur professionnel dans la mesure où sa compétence ne lui donne pas les moyens d'apprécier la portée exacte des caractéristiques techniques du dispositif en cause ; que la cour d'appel, ayant relevé que la société Unikalo avait notamment pour activité les peintures en bâtiment et que la société Ultralu savait que les échafaudages devaient être livrés à Lorient, a retenu exactement que cette dernière aurait dû conseiller à son cocontractant un autre matériel et qu'en ne le faisant pas, elle avait manqué à son devoir de conseil et d'information ».

⁶³⁸ Le nouveau droit civil français va au-delà des exigences jurisprudentielles en matière de devoir d'information. Voir, à cet égard, l'article 1112-1 nouveau du Code civil : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ».

⁶³⁹ *Desroches c. Remax Brossard Inc.*, J.E. 2004-267, par. 21 (C.Q.) où la Cour estime que l'agent immobilier « a [...] manqué à son devoir de conseil et d'information à l'égard de ses clients acheteurs ». C'est la relation entre l'agent immobilier, professionnel et les acheteurs qui est ici prise en compte; D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 54, par. 2005 et s., G. LECLERC, préc., note 107 à la page 269.

⁶⁴⁰ Yves PICOD, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *J.C.P. G.* 1998.6.I.3318, par. 16.

⁶⁴¹ Voir, de manière générale, M. FABRE-MAGNAN, préc., note 601.

Dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Bail Itée*⁶⁴², la Cour reconnaît, de manière explicite, un devoir général d'information entre les contractants. Dans cette affaire, Hydro-Québec souhaitait faire effectuer des travaux d'excavation et de construction à un entrepreneur. Cependant, ces travaux se sont révélés beaucoup plus difficiles à réaliser, les études fournies lors de l'appel d'offres ne reflétant pas la réalité du sol alors qu'Hydro-Québec possédait certaines informations démontrant que la méthode adoptée par l'entrepreneur n'était pas adaptée à la nature du sol. Pour la Cour, l'absence de transmission de ces informations est la cause de la faillite du sous-entrepreneur, ces derniers étant en situation de vulnérabilité informationnelle. Elle s'appuie sur la bonne foi pour démontrer que l'obligation de renseignement ne peut être admise que lorsqu'il existe une véritable vulnérabilité du partenaire dans l'obtention d'information, évitant ainsi de rendre cette obligation trop générale en « écart[ant] l'obligation fondamentale qui est faite à chacun de se renseigner et de veiller prudemment à la conduite de ses affaires »⁶⁴³.

« [L] obligation de renseignement n'est pas une obligation de charité, mais bien une obligation de veiller aux intérêts d'autrui lorsqu'un des cocontractants se trouve dans une situation informationnelle privilégiée qui, si elle était exploitée, contreviendrait à la saine coexistence des droits et intérêts en lui permettant de nuire indûment à l'autre partie »⁶⁴⁴.

C'est bien, dans le devoir d'information et de renseignement, la situation réelle des parties qui est prise en considération afin de rééquilibrer la relation.

Le devoir de coopération se manifeste également à travers le devoir de faciliter l'exécution de sa prestation par le partenaire. Ce devoir suppose alors une attitude active de la part des parties. Il est parfois prévu expressément, notamment en matière d'agence commerciale⁶⁴⁵. Il peut également être appliqué de manière jurisprudentielle, en interdisant de rendre l'exécution des obligations d'une partie plus difficile⁶⁴⁶. Est ici pris en considération le contexte, notamment le fait qu'il s'agisse d'un travail de nuit, réalisé en équipe⁶⁴⁷.

⁶⁴² *Banque de Montréal c. Bail Itée*, [1992] 2 R.C.S. 554 (Cour suprême).

⁶⁴³ *Id.*, 587.

⁶⁴⁴ M. A. GRÉGOIRE, préc., note 99, p. 215.

⁶⁴⁵ Article L.134-4 du Code de commerce : « Les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties. Les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté et un devoir réciproque d'information. L'agent commercial doit exécuter son mandat en bon professionnel ; le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat ».

⁶⁴⁶ Cass. Soc., 10 mai 2006, n° 05-42210, Droit social 2006.803 (obs. J. SAVATIER) précisant que « alors que l'employeur, prenant en compte la spécificité de son travail d'inventariste en équipe et l'horaire exceptionnel de prise du travail, faisait prendre la salariée depuis plus de dix ans à son domicile par un véhicule de l'entreprise et,

« C'est dans les relations marquées par la confiance que l'obligation de loyauté est la plus fréquente et exigeante »⁶⁴⁸. La relation contractuelle permet ainsi de contrôler le comportement des partenaires dans l'objectif de sa pérennisation, sur des bases plus ou moins égalitaires. La relation permet également une reconnaissance de l'opération économique envisagée par les partenaires.

Paragraphe 2 – La nécessité d'une reconnaissance de la globalité de la relation

La relation contractuelle permet également de prendre en considération l'opération économique dans sa globalité. En effet, ne nécessitant pas la conclusion d'un contrat, mais une relation privilégiée, elle sous-entend que la pluralité d'accords, à partir du moment où ils auront la même finalité, pourront être constitutifs d'une relation contractuelle. Il en est ainsi de la reconnaissance des relations d'affaires (A), mais également de l'interdépendance contractuelle (B).

A. La reconnaissance des relations d'affaires

La complexification des pratiques contractuelles a mis en lumière que, parfois, la conclusion d'un contrat unique ne suffisait pas à la réalisation de l'opération économique, ce qui montre que le lien économique peut aller au-delà des obligations réciproques. Le droit a alors dû s'adapter à cette nouvelle réalité et reconnaître l'existence des groupes de contrats participant à la même opération économique. Ces groupes de plusieurs contrats correspondent, cependant, à la même relation contractuelle. C'est alors l'opération économique dans sa globalité qui est prise en considération grâce à la relation entretenue entre les différents accords. Cette reconnaissance se retrouve particulièrement dans la notion de contrat-cadre (1) qui organise une relation contractuelle unique (2).

cessant de la faire bénéficier de cet avantage lié à sa fonction, l'avait mise dans l'impossibilité de travailler, ce qui caractérisait un manquement de l'employeur à l'exécution de bonne foi du contrat de travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

⁶⁴⁷ Pour un autre exemple de prise en considération du contexte, voir, *Verreault c. Commission scolaire des Draveurs*, J.E. 2000-326 ((C.Q.)).

⁶⁴⁸ J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 14, par. 161.

1. Le contrat-cadre, des contrats multiples portant sur une opération économique globale

La reconnaissance du lien économique entre les parties, même s'il se compose de plusieurs contrats, peut se comprendre si l'on considère une relation contractuelle unique, dans le sens où ce sont les mêmes partenaires et le même objectif qui est poursuivi. C'est la relation économique dans sa globalité, l'objectif de la relation contractuelle, qui est reconnue et qui peut être illustrée par l'utilisation, de plus en plus fréquente, du contrat-cadre.

Le contrat-cadre⁶⁴⁹ peut être défini comme un « moule dans lequel seront ultérieurement conclu les accords définitifs dits contrats d'application »⁶⁵⁰. Ces deux types de contrats sont considérés comme dépendants les uns des autres. Le contrat-cadre a diverses caractéristiques : il a vocation à perdurer, organise une relation d'affaires complexe, tout en les simplifiant par le cadre hiérarchique qu'il entretient avec les contrats d'application, est incomplet et permet à chaque contractant de rester indépendant juridiquement⁶⁵¹. Deux éléments essentiels ont pu être mis en évidence dans la qualification de contrat-cadre, à savoir le « double consentement »⁶⁵² — tout d'abord celui du contrat-cadre, puis celui des contrats d'application — et « la volonté de créer un moule unique »⁶⁵³. Le contrat-cadre impose un régime particulier. C'est ainsi que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a pu reconnaître que dans ces accords, l'une des parties pourra fixer de manière unilatérale le prix⁶⁵⁴.

Le contrat-cadre démontre alors que c'est la relation entre les divers contrats et l'objectif attendu de ce montage complexe qui sont pris en considération. En effet, c'est bien parce que tous ces accords ont vocation à régir la même opération qu'ils sont considérés comme dépendant les uns des autres. Le contrat-cadre nécessite la reconnaissance de la relation

⁶⁴⁹ L'article 1111 nouveau du Code civil définit le contrat-cadre en précisant que « [l]e 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 ». Le nouveau droit français reprend la définition de l'avant-projet de la chancellerie de 2015, à l'article 1109 : « Le contrat-cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques essentielles de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution ». Voir, *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, préc., note 15.

⁶⁵⁰ Louis BOYER, « Contrats et conventions », dans *Répertoire de droit civil*, Paris, Dalloz, ch. 2 ¶ Processus de formation du contrat, para 188.

⁶⁵¹ A. SAYAG (dir.), préc., note 314, p. 72.

⁶⁵² J. GATSI, préc., note 314, p. 147 et s.

⁶⁵³ *Id.*, p. 199 et s, qui parle précisément de « *affectio modulus* ».

⁶⁵⁴ *Supra*, Section 1, paragraphe 1, A. Un comportement cohérent.

contractuelle au-delà du contrat unique. Il suppose la flexibilité et la stabilité nécessaire aux relations d'affaires.

Le contrat-cadre est donc un moule au sein duquel les parties vont pouvoir régir leur coopération, en fixer les limites et décider des normes s'appliquant à leur relation. Les contrats d'application permettront à l'opération de se réaliser, à travers, notamment des opérations de permutation, comme des ventes. Le contrat-cadre déterminera donc le cadre au sein duquel la relation contractuelle va évoluer. Il représente la relation entre les contractants.

2. Une relation contractuelle unique

Le contrat-cadre est donc la base de la relation des contractants, les parties pouvant en modifier les termes dans les contrats d'application⁶⁵⁵, qui eux, vont prévoir de manière spécifique les modalités d'exécution. Ce type d'engagement a un aspect relationnel et est une alternative «entre la rigidité du contrat unique à exécution successive [quant à la détermination immédiate des obligations] et la précarité qu'engendre la juxtaposition de contrats ponctuels et indépendants [et ses aléas]»⁶⁵⁶. L'adoption par la pratique des contrats-cadres répond alors au besoin de souplesse et d'adaptation du contrat, en combinant sécurité et stabilité de la relation. Ce type d'ensemble contractuel pose certaines difficultés, notamment dues à sa nature hybride⁶⁵⁷.

La reconnaissance du contrat-cadre montre bien que le droit des contrats ne correspond plus, dans tous les cas, à la réalité, les contractants devant alors trouver divers moyens afin d'organiser une véritable relation contractuelle, évolutive et pragmatique, qui perdure dans le

⁶⁵⁵ Hugo BARBIER, « Les clauses des contrats d'application l'emportent sur les clauses contraires du contrat-cadre », *RTD civ.* 2014.113.

⁶⁵⁶ F. POLLAUD-DULIAN et A. RONZANO, préc., note 314, par. 1; J. GATSI, préc., note 314, p. 2 et s..

⁶⁵⁷ F. POLLAUD-DULIAN et A. RONZANO, préc., note 314, par. 6 précisant « [p]ourquoi, s'il s'agit de se lier à long terme, procéder par étapes plutôt que par un seul contrat à exécution successive ? Comment un instrument aussi complexe peut-il jouer un rôle de simplification ? Le contrat de base qui prépare les contrats d'application serait-il autre chose qu'un avant-contrat et, dans l'affirmative, pourquoi n'emprunterait-il pas plutôt la nature juridique de ces contrats d'application ? Si ce contrat de base a un caractère normatif et prépare la conclusion des contrats d'application, comment se fait-il que les éléments essentiels de ces derniers puissent ne pas être déterminés, voire déterminables, dans le contrat de base sans que cela remette en cause sa validité ? Comment le contrat-cadre peut-il obliger les parties, alors qu'il ne peut pas être assimilé à une promesse de contrat ? Si les éléments essentiels des contrats d'application restent à négocier, en quoi le contrat de base peut-il influencer sur leur contenu ? Puisque les contrats sont distincts par leur objet, y a-t-il vraiment là un ensemble contractuel et en quoi peut résider la connexité des obligations créées par ces contrats différents ? Comment les parties peuvent-elles s'engager à réaliser un courant d'affaires dans ce qui constitue un véritable contrat, sans être obligées pourtant de passer les contrats d'application ? ».

temps. Il envisage la création d'une relation globale, évoluant au fil du temps, et permettant ainsi l'adaptabilité nécessaire à la pérennité des relations d'affaires. C'est également un contrat incomplet, ne réglementant pas le contenu de l'opération juridique souhaité par les partenaires. Il « vise à instaurer une collaboration durable entre les parties, en posant certaines règles appelées à régir leurs rapports »⁶⁵⁸. Cependant, le contrat-cadre n'engendre pas l'obligation de conclure les contrats d'application, sauf clause contraire, même s'il est difficilement imaginable que les parties ne concluent pas les accords subséquents. Il s'agit alors de conséquences économiques plus que juridiques. À travers le contrat-cadre, c'est la relation entre les partenaires qui est mise de l'avant.

La reconnaissance de la relation contractuelle peut également être mise en lumière par le concept d'interdépendance contractuelle.

B. La reconnaissance de l'interdépendance contractuelle

L'indivisibilité des contrats, et non des obligations, montre bien qu'il peut exister un lien entre divers contractants (1), même si ce lien n'est pas issu d'un contrat unique (2).

1. L'indivisibilité contractuelle

L'indivisibilité⁶⁵⁹ ou l'interdépendance des contrats⁶⁶⁰ renvoie à un groupe de contrats ayant pour objet une opération économique d'ensemble⁶⁶¹, chacun concourant à sa réalisation⁶⁶². Qu'ils soient qualifiés d'ensembles contractuels, car concourant à la même opération juridique

⁶⁵⁸ *Id.*, par. 19.

⁶⁵⁹ Il ne s'agit pas ici de l'indivisibilité des obligations (art. 1222 à 1225 ancien C.civ, 1320 nouveau C.c.fr. ou art. 1519 à 1522 C.c.Q.).

⁶⁶⁰ C. A. de VINCELLES, préc., note 314, qui précise que « [l]a notion d'« ensemble contractuel » semble consacrée et la lecture des arrêts rendus par la Cour de cassation démontre qu'elle est rarement employée seule, le mot « indivisible » y étant généralement adjoint : il ne pourrait donc y avoir d'ensemble qu'indivisible. Si l'indivisibilité semble préférée, l'interdépendance la supplante, ou s'y ajoute. Les auteurs sont diversement partagés, certains préférant la notion d'« indivisibilité », d'autres d'interdépendance ».

⁶⁶¹ Pour les distinctions entre l'indivisibilité et la notion d'accessoire, de connexité, de solidarité et de conjonctivité, voir, Soraya AMRANI-MEKKI, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », (2002) 6 *Deffrénois* 355, par. 2. L'article 1186 alinéa 2 nouveau du Code civil prévoit expressément que les contrats conclus en vue d'une opération d'ensemble pourront être caducs si l'un vient à le devenir : « Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie ».

⁶⁶² D. MAZEAUD, préc., note 314, précisant que « [a]u fond, l'indivisibilité traduit l'idée que chaque contrat de l'ensemble n'a de raison d'être et d'intérêt que dans l'existence, l'exécution et la pérennité des autres pièces du « puzzle » contractuel ».

ou de chaîne de contrats, car portant sur le même objet⁶⁶³, la loi et la jurisprudence reconnaissent des liens entre eux, emportant diverses conséquences⁶⁶⁴, notamment en matière de garantie, de cession, mais également en matière d'anéantissement⁶⁶⁵. Il en est ainsi d'une vente avec financement ou d'un financement nécessitant une garantie⁶⁶⁶, par exemple, en matière de crédit immobilier⁶⁶⁷. Afin de qualifier l'ensemble contractuel et donc l'indivisibilité entre contrats, la jurisprudence s'attache à divers éléments factuels, tels que la durée du contrat, l'existence de préposés communs ou encore leur date, dans l'objectif d'interpréter la volonté des parties de lier l'ensemble des contrats⁶⁶⁸.

Dans un arrêt du 25 avril 2014, la Cour d'appel du Québec a estimé que :

« il faut lire les cinq contrats ensemble pour en dégager l'intention des parties en date du 3 septembre 2003. En effet, il s'agit de contrats concomitants et interdépendants, destinés à réaliser une opération globale et précisant le cercle contractuel de cette dernière. La cause de tous et chacun d'eux est commune ; la raison de leur signature est de donner effet à l'ensemble des engagements convenus par les parties. Ces contrats constituent dès lors un ensemble contractuel indivisible »⁶⁶⁹.

En l'espèce, trois contrats relatifs à l'exploitation d'un futur établissement (une entente de partenariat, une offre d'achat de franchise et un contrat de franchise) et deux relatifs à un établissement existant (une offre d'achat de franchise et un contrat de franchise) ont été signés. Un protocole d'entente est ensuite signé entre les parties, protocole qui résume les divers contrats et ententes intervenus précédemment entre les parties et limite leur relation à un cadre franchiseur/franchisé. Cependant, les nouveaux contrats de franchise ne sont pas signés par le franchisé. Le franchiseur intente donc une action afin d'être indemnisé des pertes subies. Les

⁶⁶³ Bernard TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, Bibliothèque de droit privé, Paris, L.G.D.J., 1975, p. 93 et s.. L'auteur explique la différence entre les chaînes de contrats qui portent sur un même objet, en tout ou en partie, et les ensembles contractuels, qui ont une finalité commune et permettent la réalisation d'une opération économique globale. Dans cette dernière catégorie, il distingue encore entre les liens de dépendance unilatérale, nommé sous-contrat, et les liens de dépendance réciproque, dans lesquels plusieurs contrats sont conclus et chacun n'a d'utilité qu'en considération des autres. Ils sont alors qualifiés d'interdépendants.

⁶⁶⁴ P.-G. JOBIN, préc., note 314, 13, précisant qu'un « tel ensemble est constitué de deux contrats ou plus destiné à réaliser une opération globale, chacun étant à la fois nécessaire mais insuffisant à la réalisation de l'opération; en d'autres termes, d'un côté, elle devient impossible s'il y a défaut d'exécuter un seul des contrats et, de l'autre côté, chaque contrat perd sa raison d'être si l'opération ne se réalise pas »; Du même avis, S. PELLÉ, préc., note 314; *Dunkin' Brands Canada Ltd. c. Bertico Inc.*, préc., note 238.

⁶⁶⁵ S. AMRANI-MEKKI, préc., note 314.

⁶⁶⁶ P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 10, p. 428. Voir également, l'article 2340 C.c.Q. pour le sort du cautionnement ou encore l'article 1442 C.c.Q. pour le recours direct du sous-acquéreur.

⁶⁶⁷ L'article L. 312-12 du Code de la consommation précise que « L'offre est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non-conclusion, dans un délai de quatre mois à compter de son acceptation, du contrat pour lequel le prêt est demandé ».

⁶⁶⁸ S. AMRANI-MEKKI, préc., note 314, par. 26.

⁶⁶⁹ *Billards Dooly's Inc. c. Entreprises Prébour Ltée*, [2014] QCCA 842, par. 60.

juges de première instance appliquent alors la clause de durée du contrat qui prévoit la fin automatique du contrat de franchise si les opérations n'ont pas débuté dans un délai de 180 jours à compter de la date de signature des actes, auquel peut s'ajouter un délai de 60 jours supplémentaires si le retard dans l'ouverture est dû à des circonstances extérieures. Les juges concluent donc que tous les contrats ont été automatiquement résiliés, car les établissements n'étaient pas ouverts à la date butoir.

La Cour d'appel ne retient pas cette approche. Se fondant sur l'article 1425 C.c.Q.⁶⁷⁰ relatif à l'interprétation des conventions conformément à l'intention des parties et sur l'article 1426 C.c.Q.⁶⁷¹ relatif à l'interprétation des conventions eu égard au contrat, à sa nature et aux circonstances de sa conclusion, elle estime que les contrats sont indivisibles et que « les parties ont convenu de dates bien au-delà du terme de 180 jours mentionné dans la clause standard sur la durée »⁶⁷² puisque les parties ont continué leur recherche d'un local bien après la survenance de la date butoir. Les parties ont donc convenu d'une approche plus souple, compatible avec leurs projets, qui permettait de modifier l'échéancier initialement convenu. En outre, la signature du protocole d'entente, intervenu après la conclusion des contrats initiaux, confirme la volonté des parties de prolonger les délais. En refusant de signer les contrats de franchise, le francisé a commis un abus de droit en vertu du protocole⁶⁷³.

Il y a indivisibilité « dès lors que la disparition de l'un [des contrats] entraîne nécessairement la disparition de l'autre, précision étant faite qu'il est des variantes en fonction de la nature — nullité, résiliation — de celle-ci »⁶⁷⁴. Ces ensembles de contrats sont représentatifs de la relation contractuelle des partenaires, dans le sens où ils reflètent une opération économique unique. La conclusion de plusieurs contrats suppose que les contractants se fassent confiance, et qu'ils œuvrent à la réalisation de leur objectif. L'indivisibilité peut être prévue conventionnellement.

⁶⁷⁰ « Dans l'interprétation du contrat, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés ».

⁶⁷¹ « On tient compte, dans l'interprétation du contrat, de sa nature, des circonstances dans lesquelles il a été conclu, de l'interprétation que les parties lui ont déjà donnée ou qu'il peut avoir reçue, ainsi que des usages ».

⁶⁷² *Billards Dooly's Inc. c. Entreprises Prébour Ltée*, préc., note 669, par. 69.

⁶⁷³ *Id.*, par. 97.

⁶⁷⁴ X. LAGARDE, préc., note 314. Voir, par exemple, Cass. Civ. 1, 4 avril 2006, n° 04-17491; Cass. Com., 5 juin 2007, n° 04-20380, *Bull. civ. IV* 156.

2. Des contrats représentatifs de la relation

Outre les cas spécifiquement prévus par la loi, les parties ont également la possibilité de prévoir, dans leur accord, l'indivisibilité de leur contrat avec d'autres conventions ou la divisibilité. Cependant, les juridictions restent souveraines en matière d'interprétation⁶⁷⁵.

C'est ainsi qu'il a pu être jugé que des « contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants. Sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance »⁶⁷⁶ ou contrat à l'économie générale de l'opération réalisée par les parties⁶⁷⁷. Malgré la restriction liée au type de contrat, la Cour de cassation prend ici en considération une approche objective de l'indivisibilité, à savoir l'opération économique globale⁶⁷⁸. Il avait déjà été jugé qu'« une clause de divisibilité expresse qui “proclame” l'indépendance juridique des contrats du groupe ne produit aucun effet, dans la mesure où elle contredit la finalité de l'opération économique dont ce groupe de contrats indivisibles constituait le support juridique »⁶⁷⁹.

La prise en considération récente des liens économiques entre les contractants démontre que la relation qu'il crée, à travers une opération économique, mérite d'être protégée. C'est ce lien entre les partenaires qui impose un régime particulier.

Section 2 — Reconnaissance légale de la relation

Le droit de la distribution français a également pris en compte le lien contractuel, au travers le concept de « relation commerciale établie », à l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. Les exceptions du droit commun, de même que les créations récentes du droit spécial des contrats, montrent bien que la théorie classique ne peut correspondre totalement à la réalité, et que dans certaines circonstances, elle doit être aménagée. Afin de déterminer si la notion de

⁶⁷⁵ Ainsi, la cause, la bonne foi ou encore l'interprétation des conventions ont pu être avancées comme fondement à la situation factuelle d'ensemble contractuel. Ces derniers se retrouvent également en droit québécois. Voir, à cet effet, B. FAUVARQUE-COSSON, préc., note 314; P.-G. JOBIN, préc., note 314.

⁶⁷⁶ Mixte, 17 mai 2013, pourvoi n° 11-22768; Pour un autre exemple d'arrêt dans lequel la Cour de cassation estime que l'indivisibilité tacite prime sur une clause d'indivisibilité expresse, voir, Cass. Ch. Mixte, 13 mai 2013, n° 11-22927; D. MAZEAUD, préc., note 314; J.-B. SEUBE, préc., note 314; F. BUY et J.-B. SEUBE, préc., note 314; F. BUY, préc., note 314; L. LE MESLE, préc., note 314.

⁶⁷⁷ Cass. Com., 15 février 2000, n° 97-19.793.

⁶⁷⁸ X. DELPECH, préc., note 314. Cass. Civ. 3, 3 mars 1993, n° 91-15613, *Bull. III* n° 28 prenant en compte l'opération globale, qui se composait, en l'espèce de plusieurs contrats.

⁶⁷⁹ D. MAZEAUD, préc., note 314, à propos de l'arrêt Cass. Com., 24 avril 2007, pourvoi no 06-12443.

relation est mieux définie, ou plus simple à mettre en œuvre, il est nécessaire d'en comprendre la genèse (paragraphe 1), pour ensuite en étudier les critères de qualification (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Aux origines de la relation commerciale établie

La notion de relation commerciale établie est un critère récent du droit des affaires. Initié dans l'objectif de moraliser le droit des affaires français, l'article L.442-6, I, 5^o prévoit l'obligation d'une durée de préavis minimum en cas de rupture de la relation commerciale établie. Cependant, avant de déterminer ce qu'est une relation commerciale établie, il est nécessaire de revenir sur l'objectif du législateur (A) et d'en comprendre son champ d'application (B).

A. Une volonté législative de moralisation du droit commercial

L'objectif de la loi Galland était de lutter contre les pratiques abusives de certains fournisseurs (1). La notion de relation commerciale a pourtant fait du chemin, et c'est autour de ce critère que le contentieux se positionne. C'est ainsi qu'une certaine partie de la doctrine a remarqué que ce concept était allé plus loin que le simple droit de la distribution, et permettait d'ouvrir une vraie réflexion en droit civil (2).

1. Une lutte contre les pratiques abusives

La loi Galland sur la loyauté contractuelle et l'équilibre des relations contractuelles, du 1^{er} juillet 1996⁶⁸⁰, a inséré, dans le droit français, la notion de « relation commerciale établie », à l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. L'objectif de cette loi était de lutter contre certaines pratiques abusives de déréférencement⁶⁸¹, notamment celle pratiquée par les supermarchés.

⁶⁸⁰ *Loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales*, (1996), no 96-588, en ligne : www.legifrance.gouv.fr.

⁶⁸¹ GÉRARD CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, préc., note 3, v^o « référencement », qui se définit comme une « convention de globalisation des commandes en vertu de laquelle une centrale négocie auprès de certains fournisseurs, moyennant leur inscription à son catalogue, des conditions d'achats en faveur de ses adhérents »; Laurence NICOLAS-VULLIERME, « Rupture brutale des relations commerciales établies (C. Com., Art. L.442-6, I, 5^o), Fasc. 300 », dans *Jurisclasseur Concurrence - Consommation*, par. 2 qui précise que « [l]e référencement consiste pour un référencé à négocier d'abord les

« La genèse de la sanction brutale d'une relation commerciale établie est bien connue. La loi Galland visait à moraliser les relations entre distributeurs et les fournisseurs qui connaissaient des dérives si inquiétantes que certains n'avaient pas hésité à les qualifier de "féodales". Plus particulièrement, le secteur de la grande distribution était marqué par des déséquilibres croissants, accentuant la faiblesse structurelle des fournisseurs. Il était ainsi apparu que le rééquilibrage des forces et l'objectif de sécurité juridique commandaient la fixation d'un délai de préavis en cas de rupture des relations commerciales pour permettre à la victime de disposer du temps nécessaire à sa reconversion et pour trouver de nouveaux partenaires »⁶⁸².

La loi Galland a donc cherché à éviter les ruptures brutales des relations pouvant exister entre les fournisseurs et les distributeurs, en créant le délit civil de rupture brutale des relations commerciales établies, énoncé à l'article L.442-6, I, 5° du code de commerce⁶⁸³. L'obligation jurisprudentielle de loyauté a donc été consacrée légalement, en obligeant l'auteur d'une telle rupture au respect d'un préavis écrit⁶⁸⁴. Cette loi a fait l'objet de deux modifications, qui en ont complété les dispositions, à savoir la loi NRE du 15 mai 2001⁶⁸⁵ qui a précisé le champ d'application et les critères d'appréciation de la durée et de l'étendue du préavis, ainsi que la loi Dutreil de 2005⁶⁸⁶ qui a permis la reconnaissance des enchères à distance. Le législateur a donc cherché à réprimer les agissements qui ont « un effet sensible d'entrave à la libre concurrence, dans une perspective d'efficacité économique »⁶⁸⁷.

Cependant, il est également possible de voir dans l'article L.442-6 du Code de commerce, une volonté affirmée de moraliser les relations d'affaires⁶⁸⁸. « [L]'objectif de rééquilibrage des

conditions de vente des produits du fournisseur, puis à les faire connaître aux distributeurs qui restent alors libres de conclure un contrat. A contrario, le déréférencement consiste à ne plus proposer les produits du fournisseur ».

⁶⁸² Audrey CATHIARD, « L'indifférence de la qualité de la victime dans la rupture d'une relation commerciale établie », *D.* 2007.1317.

⁶⁸³ « 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 : 5° De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. [...] Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure ».

⁶⁸⁴ Nous nous intéresserons principalement à la qualification de relation commerciale établie.

⁶⁸⁵ *Loi relative aux nouvelles régulations économiques*, (2001), n° 2001-420, en ligne : www.legifrance.gouv.fr.

⁶⁸⁶ *Loi en faveur des petites et moyennes entreprises*, (2005), n° 2005-882, en ligne : www.legifrance.gouv.fr.

⁶⁸⁷ Luc-Marie AUGAGNEUR, « La répercussion d'une baisse d'activité sur les fournisseurs et sous-traitants constitue-t-elle une rupture partielle des relations commerciales établies? Ou comment la crise révèle un cas d'imprévision », *J.C.P. E.* 2009.18.1446, 3 (version électronique).

⁶⁸⁸ Luc-Marie AUGAGNEUR, « L'anticipation raisonnable de la rupture des relations commerciales - À propos d'un non-revirement de la Cour de cassation », *J.C.P. E.* 2009.42.1969, 2 (version électronique); A. CATHIARD, préc.,

relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs n'a pas été atteint. Le but est aujourd'hui davantage de contraindre les partenaires commerciaux à anticiper les changements dans leurs relations commerciales »⁶⁸⁹. Cette interdiction du déréférencement abusif vient donc compléter les diverses mesures mises en place par le droit de la concurrence pour lutter contre ces pratiques⁶⁹⁰.

C'est ainsi qu'au-delà du cadre contractuel formel, est apparue en droit français une notion sans véritable définition⁶⁹¹. En effet, le législateur n'a ni pris la peine de définir la relation commerciale établie ni donné les critères de qualification, et ce, même si la « notion n'est connue ni du droit civil, ni du droit commercial »⁶⁹². La notion de relation est alors absente des concepts juridiques connus, mais serait une notion économique⁶⁹³. Il faut néanmoins nuancer cette affirmation, car à partir du moment où elle est nécessaire à l'application d'un texte de loi, elle devient forcément un concept juridique⁶⁹⁴. Il est possible de remarquer que ce qui est « symptomatique » du droit de la concurrence est « sa tendance à user de notions fuyantes, indéfinies, revêches à toutes circonscriptions rigoureuses »⁶⁹⁵.

2. L'interaction avec le droit civil

À travers la notion de « relation commerciale établie », le droit de la concurrence a fait un pas que le droit civil n'a pas encore réussi à faire. Se détachant des cadres juridiques formels et des classifications juridiques traditionnelles, le droit de la distribution a su franchir une étape décisive, la relation pouvant être considérée comme « un prisme au travers duquel il est

note 682 qui précise que la « genèse de la sanction de la rupture brutale d'une relation commerciale établie est bien connue. La loi Galland visait à moraliser les relations entre les distributeurs et les fournisseurs qui connaissaient des dérives si inquiétantes que certains n'avaient pas hésité à les qualifier de »féodales«. Plus particulièrement, le secteur de la grande distribution était marqué par des déséquilibres croissants, accentuant la faiblesse structurelle des fournisseurs. Il était ainsi apparu que le rééquilibrage des forces et l'objectif de sécurité juridique commandaient la fixation d'un délai de préavis en cas de rupture des relations commerciales pour permettre à la victime de disposer du temps nécessaire à sa reconversion et pour trouver de nouveaux partenaires ».

⁶⁸⁹ L. NICOLAS-VULLIERME, préc., note 681, par. 4.

⁶⁹⁰ Pierre ARHEL, « Transparence tarifaire et pratiques restrictives », dans Répertoire de droit civil.

⁶⁹¹ Judith ROCHFELD, « Au croisement du droit de la concurrence et du droit civil: l'avènement de la "relation" contractuelle? », *RDC* 2006.4.1033.

⁶⁹² Marie MALAURIE-VIGNAL et Dominique HEINTZ, *Droit de la distribution*, Paris, Sirey, 2012, par. 683, p. 180.

⁶⁹³ Rapport annuel de la Cour de cassation 2008, en ligne : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2008_2903/, p.306 et s..

⁶⁹⁴ L.-M. AUGAGNEUR, préc., note 688, par. 9.

⁶⁹⁵ *Id.*

possible de discerner les tendances actuelles du droit des contrats»⁶⁹⁶. En effet, certains auteurs s'accordent à penser que la théorie générale du droit des contrats, mais également ses principes directeurs, se renouvelle dans le droit spécial, et notamment dans le droit de la concurrence.

« Le droit de la concurrence a pour objet d'assurer la liberté et la loyauté de la concurrence en s'opposant aux ententes, abus de position dominante ou concentration qui suppriment ou réduisent la concurrence entre les entreprises. [...] Son emprise devient de plus en plus forte, en sorte que le droit commun des contrats s'en trouve perturbé »⁶⁹⁷.

L'introduction d'une mesure contre les ruptures brutales de relations commerciales établies cherche donc à moraliser le droit de la distribution, mais va également plus loin. Il est intéressant de déterminer le champ d'application de cette disposition, c'est-à-dire de savoir à qui elle va s'appliquer.

B. Une relation commerciale élargie

La notion de relation commerciale établie s'applique normalement entre professionnels. La Cour de cassation a eu une interprétation large des personnes pouvant se prévaloir de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce (1). Cependant, des exceptions persistent (2).

1. Champ d'application de la relation commerciale établie

Le législateur ayant simplement prévu un délit civil, c'est à la jurisprudence qu'est revenu le soin de définir la notion de relation commerciale établie. Cependant, l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce est placé au titre IV, chapitre II du Code. Ainsi, l'article L.410-1 du Code de commerce⁶⁹⁸ est applicable et prévoit que le droit de la concurrence s'applique à toute activité économique⁶⁹⁹. Le principal apport de la réforme de 1996 a été un certain rééquilibrage en faveur des producteurs. En effet, la rupture peut aussi bien être réalisée par le fournisseur que par le distributeur. Il s'agit donc de protéger toutes les parties.

⁶⁹⁶ Denis MAZEAUD, « Durées et ruptures », *RDC* 2004.1.129, par. 5.

⁶⁹⁷ F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et P. SIMLER, préc., note 82, p. 62-63.

⁶⁹⁸ « Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public ».

⁶⁹⁹ M. MALAURIE-VIGNAL et D. HEINTZ, préc., note 692, par. 680, p. 179.

Le législateur, à l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce, n'a envisagé que la qualité de l'auteur de la rupture brutale, sans faire mention de la qualité de la victime. Ce dernier doit être un producteur, un commerçant, un industriel ou toute personne immatriculée au répertoire des métiers⁷⁰⁰.

La qualité de la victime est indifférente⁷⁰¹, la Cour de cassation précisant que « l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce [...] peut être mis en œuvre quelque soit le statut juridique de la victime du comportement incriminé »⁷⁰². La jurisprudence a donc étendu l'application de la notion de relation commerciale établie au-delà des objectifs législatifs, c'est-à-dire au-delà des rapports avec la grande distribution et le déréférencement. Le statut juridique de la victime est inopérant dans la qualification de relation commerciale ; il suffit que l'auteur de la rupture soit une personne identifiée dans la loi pour que cette notion puisse se voir reconnue, la victime pouvant aussi bien être un commerçant qu'un non commerçant⁷⁰³. Le champ d'application de l'article L442-6, I, 5° du code de commerce est déterminé en fonction de l'activité économique et non en fonction de la personne.

La jurisprudence a donné à la notion de relation commerciale établie une interprétation très large quant à son champ d'application, le législateur ne précisant ni entre quoi, ni entre qui la relation commerciale doit être établie⁷⁰⁴.

« [C]e principe signifie que ni le statut juridique, ni le mode de financement de l'entité victime de la rupture, ni le but qu'elle poursuit ne saurait avoir pour effet d'écarter la qualification de relation commerciale, dès lors qu'elle entretient des rapports économiques avec l'auteur »⁷⁰⁵.

Cependant, certaines catégories de personnes sont exclues de son champ d'application.

⁷⁰⁰ Cass. Com., 23 avril 2003, n° 01-11664, (Auchan), D. 2003.1434: la notion de relation commerciale établie s'applique pour la fourniture d'un produit ou une prestation de service; Cass. Com., 14 septembre 2010, n° 09-14322.

⁷⁰¹ Jacques MESTRE et Bertrand FAGES, « De l'impossibilité pour une association de se prévaloir de la rupture brutale d'une relation "commerciale" établie », *RTD civ.* 2004.90 qui critique l'arrêt de la Cour d'appel pour avoir refusé d'admettre les dispositions de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce à une association. Pour les auteurs, le fait que l'association soit un partenaire économique devrait être suffisant. Cette analyse est confirmée par la Cour de cassation; A. CATHIARD, préc., note 682.

⁷⁰² Cass. Com., 8 février 2007, n° 03-20463, (Association Le clown est roi c. Sté Favand). En l'espèce, une association avait fourni pendant plusieurs années des artistes à une société pour l'animation d'évènements privés. La société, en s'appuyant sur l'absence de contrat écrit, a rompu de manière brutale sa relation avec l'association, sans préavis. La Cour de cassation admet l'application de l'article L442-6, I, 5° à une association. .

⁷⁰³ A. CATHIARD, préc., note 682.

⁷⁰⁴ Clémence MOULY-GUILLEMAUD, « Le repreneur du fonds reprend la relation commerciale: une relation établie bien au-delà du réel », *D.* 2012.795.

⁷⁰⁵ A. CATHIARD, préc., note 682.

2. Les exclus de la relation commerciale établie

Sont exclus de la protection de l'article L442-6, I, 5^o du Code du commerce, les consommateurs, qui bénéficient d'une protection spéciale⁷⁰⁶, ainsi que les personnes exerçant une activité civile, comme les médecins ou les notaires⁷⁰⁷. En outre, il a été jugé que les associations à but non lucratif⁷⁰⁸ ne pouvaient entrer dans le champ d'application de la relation commerciale établie. Un arrêt a également exclu du champ d'application de la rupture brutale de la relation commerciale les conseils en propriété intellectuelle, ceux-ci exerçant une profession libérale⁷⁰⁹. La qualification de relation commerciale transcende les catégories juridiques traditionnelles, et n'est pas conditionnée à la qualité de commerçant⁷¹⁰.

Ainsi, les exceptions à l'application de l'article L.442-6, I, 5^o du Code de commerce sont assez réduites, sachant que la qualité de la victime de la rupture brutale importe peu. « En fin de compte, peu importe que l'activité soit commerciale ou civile, mise à part l'activité réglementée par des règles déontologiques. Il suffit qu'elle relève du secteur concurrentiel »⁷¹¹. Cette application extensive de la notion de relation commerciale explique certainement le contentieux important relatif à cette notion. Cependant, une fois identifiées les personnes en cause, il apparaît nécessaire de prendre en compte les critères permettant de considérer la relation commerciale comme établie.

Paragraphe 2 – Le caractère établi de la relation

« Du flot pléthorique de contentieux en la matière a émergé la question des critères requis pour caractériser l'existence d'une [relation commerciale établie] »⁷¹². En effet, afin de mettre en

⁷⁰⁶ Au même titre que la rupture du concours financier (art. L. 313-12 CMF) ou encore la rupture du contrat d'agence commerciale (art. L. 134-13 Ccom), par exemple.

⁷⁰⁷ L. NICOLAS-VULLIERME, préc., note 681, par. 13 et s.. Cette solution s'explique par le fait que les règles déontologiques interdisent à ces catégories d'exercer une activité commerciale.

⁷⁰⁸ CA Douai, 13 février 2012, RG 10/09275. En l'espèce, une société de transport de ramassage scolaire était liée à un centre médico-pédagogique par une succession de contrats verbaux depuis 20 ans et lui reproche la rupture brutale de leur relation. La Cour d'appel estime que l'article L442-6-I, 5^o ne s'applique pas à une association de la loi 1901.

⁷⁰⁹ Cass. Com., 3 avril 2013, n° 12-17905. La Cour de cassation estime qu'un cabinet de conseil en propriété industrielle ne peut se prévaloir de l'article L442-6-I, 5^o du Code du commerce car « la profession de conseil en propriété industrielle est incompatible avec toute activité de caractère commercial ».

⁷¹⁰ J. ROCHFELD, préc., note 691.

⁷¹¹ Laure LALOT, *Lamy droit économique*, 2014, par. 2443.

⁷¹² Nathalia KOUCHNIR-CARGILL, « Rupture brutale des relations commerciales: la notion de relation établie sujette à interprétation », (2012) 73 *Rev. Lamy Droit Aff.*, 1 [version électronique].

œuvre l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce, il est nécessaire de prouver l'existence d'une telle relation, à travers son caractère commercial,⁷¹³ mais également son caractère établi. C'est sur ce dernier caractère que les débats se sont principalement portés.

Les juridictions ont donc dû déterminer les contours permettant de considérer établie une relation commerciale, le législateur n'ayant nullement pris la peine de le faire. Il apparaît, cependant, de l'étude de la jurisprudence, qu'il ne semble pas exister de définition générale et générique de la relation commerciale établie. La jurisprudence en donne divers critères qui, suivant le contexte factuel, vont avoir plus ou moins d'importance.

La jurisprudence affirme, cependant, clairement, que la notion de relation va au-delà du cadre formel contractuel et ne se limite donc pas à l'existence d'un contrat (A). En outre, elle cherche, par divers moyens, à caractériser le caractère stable de la relation, même si ce critère ne paraît pas forcément encore bien établi (B). Une fois la relation commerciale établie déterminée, le texte prévoit le régime concernant le préavis devant être donné (C).

A. La relation commerciale au-delà des cadres contractuels traditionnels

La Cour de cassation analyse la notion de relation commerciale établie en fonction de la nature de l'activité, de son contenu et non en fonction de la qualité des parties. Elle prend en considération le lien qui unit les partenaires. La chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que pouvait être qualifiée de relation commerciale « toute relation établie, qu'elle porte sur la fourniture d'un produit ou d'un service ; peu importe qu'il s'agisse de prestations intellectuelles civiles, exclusives de toute acquisition antérieure en vue de les revendre »⁷¹⁴. Ainsi, si le lien entre les parties « s'inscri[t] dans un flux d'échanges durables de biens et de

⁷¹³ Supra.

⁷¹⁴ Cass. Com., 16 décembre 2008, n° 07-15589, (S.A.R.L. les ateliers d'origine c. S.A. Bouygues bâtiment international (B.B.I.)). En l'espèce, après s'être vu confier divers projets au Turkménistan, pendant 6 ans, la Cour de cassation estime qu'il n'existe pas de relation commerciale établie entre les deux sociétés, car la relation résultait « de contrats indépendants, intervenants en fonction de l'ouverture des chantiers obtenus par la société BBI au Turkménistan, que la société BBI, qui n'avait pas passé d'accord-cadre avec la société Les Ateliers d'origine, ne lui avait pas garanti de chiffre d'affaires ou d'exclusivité sur le marché turkmène », ce qui lui permettait de contracter avec un concurrent plus compétitif".

services »⁷¹⁵, la qualification de relation commerciale pourra être retenue. L'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce n'est « pas écarté par le statut juridique, le mode de financement ou le but poursuivi par l'entité victime dès lors qu'il y a un rapport économique avec l'auteur de la rupture »⁷¹⁶. La qualification de relation commerciale apparaît être un concept large, qui englobe aussi bien les relations contractuelles (1), qu'extracontractuelles (2).

1. Une relation commerciale contractuelle

Une relation d'affaires basée sur un contrat à durée indéterminée sera, *a priori*, une relation commerciale établie. Cependant, la Cour de cassation a également jugé qu'une relation commerciale pouvait être qualifiée d'établie même si le support de cette relation était un contrat à durée déterminée. En effet, la succession de plusieurs contrats à durée déterminée peut permettre la qualification de relation commerciale⁷¹⁷. Cette dernière doit avoir une certaine consistance, ne pas être ponctuelle⁷¹⁸ ou non suivie⁷¹⁹. Il n'est donc pas nécessaire que la relation fasse l'objet d'un seul et unique contrat.

La relation peut correspondre à plusieurs contrats successifs, à partir du moment où ils ont le même objet⁷²⁰ ou s'ils sont conclus entre les mêmes partenaires⁷²¹. Une modification de forme

⁷¹⁵ A. CATHIARD, préc., note 682; Voir également, M. MALAURIE-VIGNAL et D. HEINTZ, préc., note 692, par. 681, p.179 qui précise que la relation commerciale peut être identifiée même si le contrat est de nature civile, notamment les contrats d'agent commercial conclu avec une personne physique.

⁷¹⁶ A. CATHIARD, préc., note 682.

⁷¹⁷ Voir également, dans la qualification de contrat relationnel, Russell J. WEINTRAUB, « A survey of contract practice and policy », (1992) 1 *Wis Rev* 1, 19 précisant que « [*r*]elational contracts involve parties who are presently performing a long-term contract or have dealt with one another many times in the past and are likely to do so in the future ».

⁷¹⁸ Cass. Com., 15 décembre 2009, n° 08-20.242, (SARL M.A.D. éditions c SARL Michelet). En l'espèce, un éditeur de magazine et l'éditeur de presse ont conclu un contrat de distribution à durée indéterminée concernant l'exclusivité de la vente d'un magazine. À partir de septembre 2002, le dépositaire a choisi un autre distributeur puis, en juin 2003, a confié de nouveau à l'éditeur la distribution du magazine. En 2004, l'éditeur a proposé un contrat de distribution, que le dépositaire a refusé de signer. L'éditeur a, en juillet 2004 informé le dépositaire qu'il n'assurerait pas la distribution dudit magazine. La Cour de cassation estime qu'il n'y a pas eu de rupture brutale de la relation commerciale établie car l'éditeur n'a pas distribué tous les numéros du magazine. En outre, le contrat proposé par l'éditeur n'a pas été signé, ce qui signifie qu'il existait entre les parties un différend de nature économique.

⁷¹⁹ Cass. Com., 25 avril 2006, n° 02-19577, (M. X. c. S.C.P. Leclerc et Masselon) estimant que cinq commandes sur une période de 6 mois ne caractérisent pas une relation commerciale établie mais plutôt des relations « ponctuelle et non suivies ».

⁷²⁰ Cass. Com., 15 septembre 2009, n° 08-19200, (SA Comexpo Paris c. SARL Ch. Carbonnières). En l'espèce, une société avait participé pendant plusieurs années à une foire annuelle où lui était proposé un service de réservation de stand, des services de communication, de promotion et d'assurance. La société détermination les conditions d'accès au salon a décidé de ne plus donner accès à diverses sociétés dont le plaignant, qui l'a donc assigné pour rupture brutale de relation commerciale établie. La Cour de cassation appuie la cour d'appel en estimant que « la qualification de relations commerciales établies [...] n'est pas conditionnée par l'existence d'un

juridique n'exclut pas, non plus, la qualification de relation commerciale établie, à partir du moment où il y a continuité dans les patrimoines et les personnes et que les prestations demandées sont similaires⁷²². La notion de relation ne correspond pas au concept du contrat, et le dépasse⁷²³, la jurisprudence estimant qu'elle n'était pas conditionnée à un « échange permanent et continu », à partir du moment où la relation entre les partenaires est caractérisée par la régularité, la stabilité et qu'elle est significative⁷²⁴.

La jurisprudence a également admis qu'une relation commerciale pouvait être considérée comme établie en cas de modification des partenaires, mais de continuité du contrat. Ainsi, dans un arrêt du 2 novembre 2011, la Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans, qui avait estimé qu'une société pouvait poursuivre avec un autre partenaire une relation commerciale établie avec un partenaire précédent, ce dernier ayant fait l'objet d'une cession de fonds de commerce⁷²⁵.

échange permanent et continu entre les parties et qu'une succession de contrats ponctuels peut être suffisante pour caractériser une relation commerciale établie ».

⁷²¹ Cass. Com., 2 novembre 2011, n° 10-26656, (Société Mercyalys) où il est précisé que « [m]ais attendu qu'après avoir constaté qu'un premier contrat pour la stratégie globale de communication, qui visait des prestations à réaliser jusqu'en mars 1999, avait été conclu entre la société Casino Guichard et la société Cryptone le 17 décembre 1998, puis qu'à partir de mars 2001, l'Immobilière Groupe Casino, qui avait succédé à la société Casino Guichard, a signé avec la société Marketing & distribution, qui avait elle-même acquis le fonds de commerce de la société Cryptone, une convention de réalisation de banques d'images pour 2000/2001, 2001/2002 et 2002/2003, puis une convention de réalisation du plan d'action de communication (PAC) pour 2004, et enfin que, des actifs de la société Immobilière Casino ayant été transférés à la société Mercyalys le 23 août 2005, celle-ci a poursuivi les relations avec la société Marketing & distribution en reprenant les PAC 2005 et 2006 et en signant une nouvelle convention pour les PAC 2007 et 2008, la cour d'appel en a déduit que la relation commerciale, initialement nouée en 1998, s'était poursuivie de façon ininterrompue avec les sociétés qui se sont succédé pour assurer la gestion des centres commerciaux du groupe ; qu'en l'état de ces constatations et énonciations, qui font ressortir que la relation commerciale entre les parties revêtait avant la rupture un caractère suivi, stable et habituel et que la société Marketing et distribution pouvait raisonnablement escompter pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial, la cour d'appel a justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ».

⁷²² C.A. Paris, 5 juin 2014, RG 12/12972, (SARL Pagnon production c. S.C.R.C.A.M.N.).

⁷²³ Éric CHEVRIER, « La relation établie n'est pas la juxtaposition de contrats indépendants », *D.* 2009.225.

⁷²⁴ Éric CHEVRIER, « La relation établie peut être la succession de contrats ponctuels », *D.* 2009.2277 ; Célia ZOLYNSKI, « Une succession de contrats ponctuels peut caractériser une relation commerciale établie », *Essent. Droit Contrats* 2009.10.5.

⁷²⁵ Cass. Com., 2 novembre 2011, n° 10-25323, (Sté Mr Bricolage c. Sté Shop concept et services), *JurisData* 2011-023979 ; *Contrats*, conc. conso. 20121, comm 11 (note N. MATHEY) ; *D.* 2012.795 (note C. MOULY-GUILLEMAUD) : « la société Mr Bricolage a d'abord eu pour fournisseur, à partir de 1983, la société Technifil, puis les sociétés Sameto Technifil et Sameto Shop concept, venues aux droits de la première et avec lesquelles elle a, à partir de 1998, conclu des contrats écrits renouvelés annuellement ; qu'il relève encore que, le 7 juin 2005, les fonds de commerce de ces deux dernières sociétés ont été acquis, dans le cadre d'un plan de cession, par la société Shop concept et services avec qui la société Mr Bricolage a signé en 2005 un nouveau contrat qui n'était que la reprise, à quelques modifications près, du contrat conclu l'année précédente avec les sociétés Sameto shop concept et Sameto Technifil, de sorte que ce contrat s'inscrivait dans la lignée des précédents ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, desquelles elle a déduit que la société Mr Bricolage

En l'espèce, une société avait eu des relations commerciales continues avec une autre société. Ayant fait l'objet d'une cession de fonds de commerce, ce nouveau partenaire avait fait l'objet d'un référencement, puis avait été écarté au profit d'une autre société. La société estimait que la relation ne pouvait perdurer que s'il y avait accord de l'acheteur du fonds et d'elle-même, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. L'arrêt estime, pourtant, qu'il y avait continuation de la relation commerciale même si les partenaires avaient changé, car le fonds de commerce avait été acquis avec les droits de propriété intellectuelle ainsi que la clientèle et qu'en outre, le contrat de référencement conclu n'était que la reprise, à quelques modifications près, des contrats conclus avec les anciens partenaires qui avaient été rachetés. Il y avait donc bien une poursuite des contrats conclus, « qui s'inscrivaient dans la lignée des précédents ».

Par conséquent, la relation commerciale peut transcender les parties aux contrats et sera caractérisée par les produits et le « contexte de leur achat ou de leur distribution »⁷²⁶. La Cour de cassation analyse la relation commerciale établie exclusivement d'un point de vue objectif⁷²⁷.

Cependant, la juxtaposition de contrats indépendants ne permettra pas la qualification de relation commerciale établie.

2. Une relation commerciale extracontractuelle

Il apparaît, au travers la jurisprudence, que le concept de relation commerciale établie transcende les distinctions contractuelles traditionnelles. En effet, la Cour de cassation a estimé que la relation commerciale établie devait être différenciée du cadre juridique dans lequel elle prend forme, dépassant « le cadre contractuel formel de la théorie classique »⁷²⁸, et devrait « pouvoir être invoqué[e] dans le cadre contractuel comme extracontractuel »⁷²⁹. Elle s'étend donc au-delà des divers accords ayant pu être conclus entre les parties.

avait poursuivi avec la société Shop concept et services la relation commerciale initialement nouée avec la société Technifil, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

⁷²⁶ Gilles PILLET, « Des parties différentes et deux contrats distincts font une relation unique! », *Essent. Droit Contrats* 2012.10.2; Voir également T. M. PALAY, préc., note 206 précisant que « the written instrument does not always contain the entire agreement. [...] This is an empirical question that cannot be answered merely by examining the formal documents ».

⁷²⁷ C. MOULY-GUILLEMAUD, préc., note 704.

⁷²⁸ Nicolas MATHEY, « Nouvelles précisions sur la notion de relations commerciales établies », *Contrats Concurr. Consomm.* 2010.4.comm 94, 3 (version électronique).

⁷²⁹ Sébastien PETIT, « La rupture abusive des relations commerciales », *Petites Affiches* 2008.188.33, par. 15.

« [L]a notion de “relation commerciale établie” est étrangère à la notion restrictive de contrat commercial à durée déterminée et la dépasse ; que la loi a entendu viser une situation contractuelle née de la pratique instaurée entre des parties entretenant des relations d'affaires stables, suivies et anciennes, quelle que soit leur forme »⁷³⁰.

La Cour de cassation a estimé qu'une relation commerciale pouvait être établie même en l'absence d'un cadre formel, c'est-à-dire en l'absence de tout contrat⁷³¹. Ainsi, « [d]es relations commerciales entre deux sociétés peuvent être établies, même si elles ne sont pas liées par un contrat ou peuvent se prolonger après la cessation de leur contrat »⁷³². En effet, aussi bien les relations précontractuelles que post-contractuelles peuvent former une relation commerciale établie⁷³³. Par exemple, la chambre commerciale de la Cour de cassation estime qu'une Cour d'appel a violé les dispositions de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce pour ne pas avoir pris en considération l'intégralité de la relation commerciale entre les partenaires⁷³⁴. En l'espèce, deux sociétés avaient conclu un contrat de franchise à durée déterminée, une clause de l'accord prévoyant la possibilité de renouveler le contrat. Les contractants n'ont pas souhaité user de cette possibilité, mais la relation entre les parties a perduré, des commandes ayant été passées. La Cour d'appel estime que la durée du préavis doit être calculée en considération de la durée de la relation post-contractuelle des parties, soit à partir de l'expiration du contrat de franchise. La Cour de cassation ne retient pas cette approche et estime que la juridiction du second degré aurait dû prendre en compte l'intégralité de la relation commerciale établie entre les parties. Ainsi, pour établir une relation commerciale, le

⁷³⁰ C.A. Lyon, 10 avril 2003, RG 2001/06057.

⁷³¹ Jacques MESTRE, « Rupture des contrats: la force d'attraction de l'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce », *Rev. Lamy Droit Civ.* 2013.110.6, 1 (version électronique): « [d]'emblée, on le voit à travers cette formule, le législateur a entendu dépasser la notion même de contrat. Autrement dit, dans le droit fil de l'arrêt qu'on pourrait qualifier de fondateur du texte (Cass. com., 28 févr. 1995, n° 93-14.437, Bull. civ. IV, n° 63, RTD civ. 1995, p. 885, obs. Mestre J., affaire opposant les sociétés Saint Hubertus et Laiteries Bridel), l'existence ou non d'un contrat formalisé est ici indifférente ».

⁷³² Cass. Com., 9 mars 2010, n° 09-10216 où la Cour statue sur une clause attributive de juridiction mais précise que « des relations commerciales entre deux sociétés peuvent être établies même si elles ne sont pas liées par un contrat ou qu'elles peuvent se prolonger après la cessation de leur contrat », ce qui entraîne que la juridiction choisie n'est compétente que pour les différends issus du contrat et non pour ceux pouvant être liés à la relation des parties hors contrat, intervenant sur le plan délictuel.

⁷³³ Cass. Com., 25 avril 2006, n° 02-19557; Cass. Com., 5 mai 2009, n° 08-11916, (Sté Tecno Plastic c. Charlet), *JurisData* 2009-048176; *Contrats, conc., conso.*, 2009.7.191 (note N. MATHEY); Cass. Com., 15 décembre 2009, n° 08-20242.

⁷³⁴ Cass. Com., 24 novembre 2009, n° 07-19248.

support contractuel n'est pas nécessaire, à partir du moment où elle a porté sur le même domaine ou entre les mêmes personnes ou encore qu'elle a porté sur le même objet⁷³⁵.

La jurisprudence recherchera une relation entre des personnes, qu'elles soient physiques ou morales, ayant réellement noué un lien entre elles. En effet, en cas d'intermédiaire, aucune relation commerciale ne pourra être établie⁷³⁶. « Au-delà de la qualité des parties, c'est la nature des liens entre elles qui doit commander la mise en œuvre de règles juridiques spécifiques de contrôle. D'où l'idée d'utiliser la notion de relation pour moraliser le droit »⁷³⁷. La Cour se fonde donc sur le contexte entourant le lien afin d'en déterminer son caractère établi.

B. Les critères de qualification de la relation commerciale

La jurisprudence utilise une terminologie plutôt prolifique et floue pour qualifier les critères de détermination de la relation commerciale établie. En effet, de nombreuses formulations sont utilisées par les juridictions, la relation devant avoir un caractère stable, suivi et habituel⁷³⁸. En outre, elle doit être « régulière, stable et significative »⁷³⁹. Il appert ainsi que la Cour de cassation n'a pas défini la relation commerciale établie en fonction de sa nature, mais en a déterminé les caractéristiques essentielles⁷⁴⁰. Dans son rapport annuel de 2008, elle note qu'afin

« de combiner le respect de la liberté contractuelle et les prescriptions de [l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce], la doctrine et la jurisprudence limitent le domaine d'application [de cet article] aux cas où la relation commerciale entre les parties revêtait avant la rupture un caractère suivi, stable et

⁷³⁵ Bilan faculté de Montpellier disponible sur le site de la Commission d'examen des pratiques commerciales, en ligne : <http://www.economie.gouv.fr/cepc/etudes-jurisprudence>.

⁷³⁶ Cass. Com., 3 novembre 2004, n° 02-17078 où la Cour estime qu'un distributeur ne pouvait pas se plaindre d'une rupture brutale d'une relation commerciale, car l'auteur de la rupture n'était pas lié à lui, mais à un importateur.

⁷³⁷ A. CATHIARD, préc., note 682.

⁷³⁸ Nicolas MATHEY, « La notion de relation commerciale établie », *J.C.P. E.* 2012.25.1401, 3 (version électronique).

⁷³⁹ Cass. Com., 6 septembre 2011, n° 10-30679, (Sté Racer c. Sté Décathlon). En l'espèce, la société Décathlon était liée depuis les années 1990 à la société Racer. Étant donné une baisse des commandes et une absence de commande, la société Racer a demandé des explications à la société Décathlon qui l'a avisée d'une rupture de leur relation à l'issue d'un préavis de 6 mois. La Cour de cassation censure la Cour d'appel au motif « que pour dire qu'il n'existait pas de relation commerciale établie entre les sociétés Racer et Décathlon, l'arrêt retient que les relations contractuelles résultaient de contrats indépendants, que les parties n'avaient pas passé d'accord - cadre, et qu'aucun chiffre d'affaires ou exclusivité n'avait été garanti », ces motifs ne permettant pas de déterminer l'absence de « relation commerciale régulière, stable et significative ».

⁷⁴⁰ L.-M. AUGAGNEUR, préc., note 688, par. 10.

habituel et où la partie victime de l'interruption pouvait raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaire avec son partenaire commercial »⁷⁴¹.

Cependant, ces critères peuvent apparaître redondants, c'est-à-dire qu'ils semblent recouvrir la même réalité. La Cour de cassation semble prendre en compte deux éléments principaux dans la qualification de la relation commerciale établie, à savoir la durée de la relation (1) ainsi que sa stabilité (2)⁷⁴².

1. La durée de la relation

La relation commerciale établie, telle que caractérisée par la Cour de cassation, doit présenter une certaine durée⁷⁴³. En effet, l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce précise que la durée du préavis dépend de la durée de la relation commerciale, ce qui sous-entend que la durée de la relation est un critère à prendre en considération. Cependant, la Cour de cassation « a su dépasser la mauvaise rédaction d'un texte focalisé sur le passé en un temps où l'avenir et la possibilité de réorganisation de la partie éconduite devraient être la seule considération »⁷⁴⁴.

C'est ainsi que le critère de la durée de la relation n'est pas un critère fixe. Il s'agit d'une analyse empirique, réalisée par les juridictions du fond, qui devront déterminer si le lien entre les partenaires est suffisamment long. La durée variera donc « en fonction de la nature de l'activité, du profil des contractants, de l'absence de clause de reconduction tacite... »⁷⁴⁵. En effet, la Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel d'avoir examiné les caractéristiques du cocontractant, et notamment son état de dépendance, dans la détermination de la durée du

⁷⁴¹ Rapport annuel de la Cour de cassation 2008, en ligne : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2008_2903/, p. 307. Didier FERRIER, *Droit de la distribution*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 193, précisant qu'il « convient de rechercher si la partie victime de l'interruption pouvait raisonnablement anticiper une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial ».

⁷⁴² L.-M. AUGAGNEUR, préc., note 688, par. 11. L'auteur remarque que la cour cherche principalement deux choses dans la qualification de la relation commerciale. Pour lui, il s'agit de la « continuité dans le passé » et « les perspectives de continuité dans l'avenir ». Il estime donc qu'il s'agit d'un « principe de linéarité contractuelle ». Ceci revient aux deux critères proposés ici, à savoir que la relation doit avoir une certaine durée, dans le passé, mais également une certaine stabilité, pour pouvoir perdurer. ; J. ROCHFELD, préc., note 691 qui estime que la Cour de cassation d'intéresse principalement à deux critères, à savoir « la durée de la relation (critère quantitatif), quelle qu'en soit la facture [... et] »l'intensité« de la relation, en termes de collaboration et/ou d'investissements (critère »qualitatif« [...] »).

⁷⁴³ J. ROCHFELD, préc., note 691 qui précise que « la durée constitue un bon indice de la possibilité que se noue une relation ».

⁷⁴⁴ C. MOULY-GUILLEMAUD, préc., note 704, 2 (version électronique).

⁷⁴⁵ L. NICOLAS-VULLIERME, préc., note 681, par. 17.

préavis, malgré l'existence d'usages professionnels le déterminant⁷⁴⁶. Sans s'arrêter aux usages professionnels en vigueur dans la branche d'activité considérée, la jurisprudence ajoute donc, dans la détermination du préavis, un critère de durée de la relation, mais également les caractéristiques du partenaire.

La jurisprudence estime également que la « conclusion d'un seul contrat pouvait, fût-il présenté comme la poursuite de ceux antérieurement conclus avec un tiers, emporter rétroactivement reprise de la relation passée, tout au moins dans sa durée »⁷⁴⁷. Ainsi, une relation trop courte ne sera pas considérée comme une relation commerciale établie⁷⁴⁸.

2. La stabilité de la relation

La stabilité de la relation est appréciée principalement, mais non exclusivement, à travers l'état de dépendance du partenaire (a), à travers sa pérennité (b), et enfin, à travers les attentes légitimes du partenaire (c). La globalité de la relation est prise en considération (d).

a. Le critère de la situation de dépendance du partenaire

La situation de dépendance de l'un des partenaires⁷⁴⁹ peut également expliquer le critère de la stabilité de la relation commerciale⁷⁵⁰. En effet, la prise en compte des « rotations des collections », de « l'originalité des produits, de la composition du marché et la possibilité de redéploiement vers de nouveaux clients » pourrait permettre d'allonger le préavis, sans se référer à la seule durée de la relation⁷⁵¹. Dans son arrêt du 2 novembre 2011, la Cour de cassation semble avoir ainsi pris en considération, au-delà de la seule durée de la relation,

⁷⁴⁶ Cass. Com., 3 mai 2012, n° 11-10544, (Sté Pre Press c. Sté Mondadori): « l'existence d'usages professionnels ne dispense pas la juridiction d'examiner si le préavis, qui respecte le délai minimal fixé par ces usages, tient compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances de l'espèce, notamment de l'état de dépendance économique de l'entreprise évincée »; Cyril GRIMALDI, « Précisions sur les critères de la brutalité d'une rupture d'une relation commerciale établie », *RDC* 2013.1.185.

⁷⁴⁷ C. MOULY-GUILLEMAUD, préc., note 704; Cass. Com., 2 novembre 2011, préc., note 725.

⁷⁴⁸ Cass. Com., 18 décembre 2007, n° 05-15970 où la Cour estime que le fait de soumettre un marché à un appel d'offres démontre l'intention de ne pas poursuivre de relation commerciale dans les conditions antérieures et fait courir le délai de préavis. Ainsi, une lettre du 28 mai 2001 précisant son intention de recourir à ladite procédure fait courir le délai de préavis, même si le résultat négatif de l'appel d'offres n'est reçu que le 3 septembre et la fin de la relation commerciale prévue pour le 30 septembre. Le délai de préavis fixé à trois mois a été respecté.

⁷⁴⁹ Cass. Com., 3 mai 2012, préc., note 746.

⁷⁵⁰ CA Lyon, 15 mars 2002 ; Cass. com., 7 juill. 2004, (2005) *D.* 150 (obs. D. FERRIER).

⁷⁵¹ C. MOULY-GUILLEMAUD, préc., note 704.

l'intérêt du repreneur du fonds de commerce à la poursuite des contrats antérieurs⁷⁵². En outre, dans un arrêt du 20 mai 2014, elle interprète la durée du préavis en considération aussi bien de la durée de la relation commerciale que de l'état de dépendance du partenaire⁷⁵³.

b. La pérennité de la relation commerciale établie

Le critère le plus controversé en ce qui a trait à la qualification de relation commerciale établie est celui de la stabilité⁷⁵⁴. En effet, la Chambre commerciale semble exiger que la relation entre les parties soit stable, mais admet que cela ne signifie pas forcément un « échange permanent et continu entre les parties »⁷⁵⁵.

La stabilité de la relation commerciale est appréciée en fonction de sa pérennité. Le recours à la procédure des appels d'offres a entraîné une certaine confusion au sein de la doctrine. En effet, même si le point de départ de la durée du préavis court à partir de la notification du recours à la procédure d'appel d'offres⁷⁵⁶, certaines juridictions ont considéré que l'utilisation de cette procédure conférerait à la relation « un caractère temporaire [la] privant de garantie de permanence »⁷⁵⁷. L'utilisation de la technique des appels d'offres suppose l'absence de relation commerciale, les partenaires restant libres de conclure ou non un nouvel accord.

La Chambre commerciale a pu juger « que les relations entre la société BBI et la société Les Ateliers d'origine résultaient de contrats indépendants, intervenant en fonction de l'ouverture des chantiers obtenus par la société BBI au Turkménistan, que la société BBI, qui n'avait pas passé d'accord-cadre avec la société Les Ateliers d'origine, ne lui avait pas garanti de chiffre d'affaires ou d'exclusivité sur le

⁷⁵² Cass. Com., 2 novembre 2011, préc., note 725.

⁷⁵³ Cass. Com., 20 mai 2014, n° 13-16398, (Starvision (Sté) c Édition de Canal Plus (Sté)) où la Cour de cassation estime que pour déterminer une relation commerciale établie, il est nécessaire d'apprécier « la pratique contractuelle qui s'est instaurée entre les parties » et que lorsque les conditions de l'offre d'une société envers son ancien partenaire marquait un recul substantiel, cette dernière pouvait être considérée comme rompant brusquement sa relation établie.

⁷⁵⁴ Nicolas MATHEY, « Notions de relations commerciales établies et de préavis raisonnable », *Contrats Concurr. Consomm.* 2012.1.comm. 11; J. ROCHFELD, préc., note 691 qui précise que « l'esprit de collaboration peut s'inscrire comme le complément nécessaire de ce premier critère [la durée], qu'il se traduise par des éléments psychologiques et un comportement, ou par des concrétisations matérielles ».

⁷⁵⁵ Cass. Com., 5 mai 2009, préc., note 733 où la Cour de cassation estime qu'un prospecteur qui a accompli sa tâche avec dévouement et a négocié avec les entreprises pour devenir leur agent commercial à l'expiration des contrats d'agents de l'agent remplacé, peut invoquer l'article L442-6-I, 5° du C. com.. La Cour estime que « les sociétés Tecno Plastic et Alprene ont largement profité des prospections fructueuses de M. Y... pendant dix sept mois, que pendant cette période elles ont occasionnellement présenté M. Y... comme leur "agent" et que ce dernier, qui était en négociation avec elles pour devenir leur agent à l'expiration des contrats d'agent de M. X..., a attendu vainement une régularisation de sa situation; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel, qui a caractérisé l'existence d'une relation de M. Y... avec les sociétés Tecno Plastic et Alprene suivie, stable, et dont il pouvait penser qu'elle allait continuer »; Cass. Com., 15 septembre 2009, préc., note 720.

⁷⁵⁶ Cass. Com., 18 décembre 2007, n° 06-10390 estimant qu'une relation de quelques mois ne peut caractériser une relation commerciale établie.

⁷⁵⁷ C.A. Versailles, 10 mars 2011, RG 09-09875, (Terre de Siennec c Carrefour).

marché turkmène et qu'elle avait confié en 2003, après consultations, la confection de voilages pour l'Hôtel du Président à un concurrent plus compétitif; qu'en l'état de ces constatations dont elle a pu déduire l'absence d'une relation commerciale établie entre les deux sociétés »⁷⁵⁸.

Cependant, dans un arrêt du 27 octobre 2001⁷⁵⁹, elle a estimé que malgré l'utilisation de cette technique, il existait, tout de même, une relation commerciale entre les parties. La distinction entre les deux affaires tient au fait que dans la première, il était précisé que le recours à la procédure des appels d'offres serait régulier alors que dans la seconde affaire, rien n'était précisé à cet effet. Ainsi, « [l]es juges distinguent entre la précarité annoncée par le lancement d'un appel d'offres portant sur des prestations à durée déterminée et la stabilité attendue lorsqu'il n'est pas précisé que le recours à des appels d'offres sera régulier »⁷⁶⁰. Le recours répété à la procédure d'appel d'offres engendre donc la précarité de la relation qui ne permet pas d'en qualifier le caractère établi.

c. Le critère des attentes légitimes du partenaire

Il s'agit d'une « anticipation raisonnable pour l'avenir d'une certaine continuité du flux d'affaires »⁷⁶¹, c'est-à-dire du fait de savoir si le partenaire pouvait légitimement s'attendre à la poursuite de la relation. La jurisprudence prendra en considération tous les éléments factuels pouvant démontrer la stabilité de la relation, notamment s'il s'agit de contrats indépendants, l'existence d'accord-cadre ou de clause d'exclusivité, ainsi que la possibilité d'une garantie de chiffre d'affaires, la dépendance économique d'un des partenaires, les investissements réalisés et leur amortissement⁷⁶², ou encore le temps nécessaire à la réorientation de l'activité⁷⁶³. La Cour de cassation exerce une interprétation globale et contextuelle afin de déterminer l'existence d'une relation commerciale établie.

Les attentes du partenaire pourraient pousser la jurisprudence à effectuer une appréciation subjective. En effet, elle estime que c'est en fonction de ce que la partie victime de la rupture

⁷⁵⁸ Cass. Com., 16 décembre 2008, préc., note 714.

⁷⁵⁹ C.A. Versailles, 27 octobre 2011, RG 10-04733, (De Funès c Toyota).

⁷⁶⁰ N. KOUCHNIR-CARGILL, préc., note 712, 4 (version électronique).

⁷⁶¹ Rapport annuel de la Cour de cassation 2008, en ligne: https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2008_2903/, p. 307. Voir également, Cass. Com., 16 décembre 2008, préc., note 714.

⁷⁶² C.A. Paris, 5 juin 2014, préc., note 722 s'attachant à déterminer l'absence d'investissements spécifiques ou encore l'absence de personnel liés à l'activité.

⁷⁶³ Judith ROCHFELD, « La rupture des relations contractuelles en temps de crise économique », *RDC* 2010.1.499, par. 5.

pouvait légitimement attendre que la relation commerciale pourrait être qualifiée d'établie. La stabilité repose donc également sur la croyance légitime des partenaires. Il s'agit ici de déterminer si la victime de la rupture avait des raisons de penser que la relation avec son partenaire allait perdurer. Ce critère de « croyance légitime » a permis à la jurisprudence d'estimer qu'il n'y avait pas rupture brutale de relation commerciale établie en cas de changement de circonstances.

d. Le critère de la globalité de la relation

La jurisprudence prend en considération divers critères supplémentaires, en exerçant une interprétation de la relation dans sa globalité. Sont ainsi considérés comme pertinents⁷⁶⁴, les investissements engagés par l'une des parties, qu'ils soient ou non demandés par l'autre, et le temps qui sera nécessaire à l'amortissement desdits investissements. Est, en outre, prise en compte la qualité de la relation, le temps nécessaire à l'écoulement des stocks ou encore le chiffre d'affaires réalisé. Enfin, la jurisprudence prend garde au temps nécessaire à la victime de la rupture afin de réorienter son activité⁷⁶⁵. Tous ces critères retenus par la jurisprudence montrent une volonté de reconnaître l'intégralité des facteurs objectifs pouvant intervenir dans la détermination de la durée du préavis et de se déterminer au cas par cas, chaque relation semblant particulière.

Une problématique particulière s'est posée en ce qui concerne la rupture brutale d'une relation commerciale établie. En effet, l'article L.442-6, I, 5^o du Code de commerce sanctionne aussi bien la rupture totale que la rupture partielle. En cas de changement imprévisible des circonstances entraînant une baisse du chiffre d'affaires et une baisse des commandes avec les fournisseurs, peut-on considérer qu'il y a rupture partielle d'une relation commerciale ? C'est ainsi que la Cour de cassation a parfois rajouté un critère supplémentaire, « à savoir les événements augurant que la relation puisse durer »⁷⁶⁶.

« La démarche jurisprudentielle, plus que de poser des critères juridiques figés, tend à rendre à la notion de relation commerciale établie son caractère économique en imposant une appréciation in concreto des conditions de déroulement et de la spécificité de la relation. [...] En l'état de la jurisprudence, tout est affaire de circonstances et les décisions judiciaires futures nous aideront sans doute à mieux cerner les contours de la notion de relation commerciale établie. Disons qu'à ce stade,

⁷⁶⁴ J. ROCHFELD, préc., note 763.

⁷⁶⁵ Cass. com., 7 janv. 2004, pourvoi no 02-12437, inédit.

⁷⁶⁶ J. ROCHFELD, préc., note 691.

celle-ci reste un peu floue ou plus exactement entachée d'une certaine subjectivité dans l'appréciation des spécificités de chaque relation »⁷⁶⁷.

Par conséquent, la relation commerciale établie semble être un critère plus économique que juridique⁷⁶⁸, qui s'insère mal dans les catégories contractuelles figées. Difficilement réductible, elle apparaît beaucoup plus proche de la réalité, mais éloignée de la systématisation. Son régime est orienté vers la pérennité de la relation.

C. Le régime de la relation contractuelle établie

L'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce vise à sanctionner la rupture brutale d'une relation commerciale établie. C'est donc la brutalité de la rupture qui est sanctionnée (1). Cependant, le régime prévu par le Code de commerce était déjà applicable conformément au droit commun des contrats (2)

1. La sanction de la brutalité de la rupture

L'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce sanctionne la rupture brutale de la relation commerciale établie. Il renvoie à une forme particulière de rupture abusive, à savoir la rupture brutale. « L'abus ne tient pas alors aux motifs qui ont déterminé la rupture, mais aux circonstances qui l'ont entourée »⁷⁶⁹. Il s'intéresse particulièrement aux modalités de la rupture, passant par le respect d'un préavis d'une durée raisonnable.

« De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. À défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. Lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l'application des dispositions du présent alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas »⁷⁷⁰.

⁷⁶⁷ N. KOUCHNIR-CARGILL, préc., note 712, 2 (version électronique).

⁷⁶⁸ C.A. Nîmes, 10 mai 2012, RG 10/00680.

⁷⁶⁹ Karine LE COUVIOUR, « Regards critiques sur la rupture brutale des relations commerciales établies », *RTD com.* 2008.1.

⁷⁷⁰ Article L.442-6, I, 5° du Code du commerce [nos soulèvements].

La rupture peut être partielle ou totale. Elle peut également être le fait d'une réorganisation de l'entreprise partenaire, d'une absence de commande ou encore des modifications d'un cadre contractuel comme les conditions générales de vente. Elle peut enfin prendre la forme d'une résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée, de même que le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée⁷⁷¹.

Pour être considérée comme brutale, la rupture doit revêtir certains caractères, à savoir, être imprévisible, soudaine et ne pas respecter un préavis écrit d'une durée suffisante, à l'exception des justifications de droit commun, tel que la force majeure ou l'exception d'inexécution qui justifie alors l'absence d'un préavis. La rupture brutale peut également venir du fait de la tardiveté de la proposition de renégociation qui a des conséquences défavorables pour le partenaire⁷⁷². Enfin, une baisse importante du volume des commandes peut constituer une rupture partielle de la relation commerciale établie⁷⁷³, même lorsqu'elle intervient en cours de préavis⁷⁷⁴.

Le texte de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce prévoit que le préavis doit être délivré sous la forme écrite. Cependant, la jurisprudence est venue atténuer cette obligation. En effet, elle estime que l'absence d'écrit ne présuppose pas absence de préavis, même si l'écrit facilite la preuve de la durée du préavis octroyé⁷⁷⁵. La durée du préavis, en l'absence d'écrit, pourrait être prouvée par tous moyens.

Pour fixer la durée du préavis, il est nécessaire de prendre en considération la durée de la relation, à savoir son ancienneté, mais également les usages et accords professionnels. Seront également pris en compte la nature de la relation, les différents cycles de production, le nombre de produits et la réputation des produits, les investissements réalisés ainsi que la dépendance économique du partenaire victime de la rupture⁷⁷⁶.

Cependant, l'appréciation de la durée du préavis appartient aux juges qui peuvent estimer sa durée insuffisante, même lorsqu'elle est prévue contractuellement ou lorsqu'elle est issue d'un

⁷⁷¹ J. MESTRE, préc., note 731, 2 (version électronique).

⁷⁷² Cass. Com., 20 mai 2014, n° 13-16.398, A.J.C.A. 240.

⁷⁷³ Cass. Com., 7 juillet 2004, n° 03-11472; Cass. Com., 11 septembre 2012, n° 11-14620; Cass. Com., 9 octobre 2012, n° 11-23549.

⁷⁷⁴ C.A. Paris, 23 mai 2013, RG 12/01166, *RTD com.* 2013.500 (obs. M. CHAGNY).

⁷⁷⁵ Cass. Com., 17 mars 2004, n° 02-17.575, *Bull. civ.* IV.n° 53.

⁷⁷⁶ K. LE COUVIOUR, préc., note 769.

usage ou accord préalable. « Un fournisseur qui viendrait à rompre un contrat à durée indéterminée en respectant le préavis contractuel peut, par conséquent, se voir reprocher une rupture brutale si le délai est jugé manifestement insuffisant a posteriori »⁷⁷⁷. Cette appréciation ne s'étend pas aux délais de préavis qui sont fixés par un texte particulier, comme c'est le cas en matière d'agence commerciale.

La fixation de la durée du préavis est donc particulièrement délicate pour le partenaire souhaitant stopper sa relation, la jurisprudence variant énormément dans l'appréciation du caractère raisonnable de cette durée. La durée du préavis sera généralement considérée comme suffisante lorsqu'elle permettra au partenaire évincé sa reconversion. Les juges se situent donc au moment de la rupture, les circonstances postérieures à celle-ci n'étant pas prises en considération tant pour l'appréciation de la durée du préavis que pour celle du préjudice subi. Ainsi, ne sera pas pris en compte le fait pour un concessionnaire de se reconvertir dans les jours qui suivent la fin de la durée du préavis⁷⁷⁸. Enfin, lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de biens de marque de distributeur ou lorsque la rupture résulte d'une concurrence par enchère à distance, le législateur a prévu que la durée minimale du préavis devait être doublée.

« Cependant, exceptionnellement, les juges ont fait preuve de pragmatisme en admettant d'autres causes d'exonération : ainsi, la diminution des commandes due à une offre devenue inadaptée n'a pas été condamnée (Cass. com., 7 juill. 2004, n° 03-11.472) ; de même, la cessation de la relation due à une dégradation du marché plus rapide que prévu (CA Paris, 9 sept. 2009, n° RG : 07/10355). De même, il a été jugé que la crise économique et financière et le caractère sinistré de l'activité ayant entraîné la chute subite et considérable des commandes faites à un sous-traitant pouvaient justifier la mise à l'écart de la responsabilité du cocontractant (Cass. com., 12 févr. 2013, n° 12-11.709) »⁷⁷⁹.

Le préavis court à partir du moment où le partenaire est averti de l'intention « indiscutable et non équivoque »⁷⁸⁰ de son cocontractant de ne pas poursuivre la relation. C'est bien la relation, dans sa durée ou son contexte, qui est prise en considération afin de déterminer la durée raisonnable du préavis.

⁷⁷⁷ *Id.*, par. 28.

⁷⁷⁸ Cass. Com., 9 juillet 2013, n° 12-20468.

⁷⁷⁹ J. MESTRE, préc., note 731, 3 (version électronique).

⁷⁸⁰ K. LE COUVIOUR, préc., note 769, par. 21.

La rupture brutale d'une relation commerciale établie est sanctionnée par la responsabilité délictuelle de son auteur⁷⁸¹, sauf « en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure »⁷⁸². Ainsi, « l'auteur de la rupture, [s'il ne respecte pas une durée de préavis suffisante], s'expose à verser des dommages et intérêts déterminés d'après la marge brute qui aurait dû être réalisée pendant la durée du préavis, se celui-ci avait été respecté »⁷⁸³.

Même si cette solution pose quelques difficultés⁷⁸⁴, notamment dues au fait que la première Chambre civile de la Cour de cassation y voit plutôt une responsabilité contractuelle⁷⁸⁵, certains arguments laissent penser que cette dernière solution serait difficilement envisageable dans toutes les situations. En effet, étant donné que la relation commerciale établie peut s'appliquer même en l'absence de contrat, il serait alors impossible que la responsabilité s'appliquant soit contractuelle. En outre, étant donné que la responsabilité découle de la nature de l'acte, à savoir le caractère brutal de la rupture, il apparaît opportun de lui appliquer une nature délictuelle. Cependant, certains ont estimé que la position pourrait être nuancée, en appliquant le régime de la responsabilité contractuelle aux relations commerciales établies formellement identifiées dans un contrat et le régime de la responsabilité délictuelle lorsque la relation commerciale établie ne serait fondée sur aucun contrat⁷⁸⁶.

C'est le caractère brutal de la rupture qui constitue le préjudice de la victime et non la rupture elle-même. Seul sera donc indemnisé le préjudice lié à la brutalité de la rupture. Si la durée du préavis est jugée insuffisante, le préjudice sera évalué en fonction de la durée de préavis nécessaire. La sanction de la rupture brutale d'une relation commerciale établie n'est pas une

⁷⁸¹ Cass. Com., 6 février 2007, n° 04-13178, *Bull. civ.* IV.n° 21; *D.* 2007.653 (obs. E. CHEVRIER); *J.C.P. G.* 2007.II.10108 (note F. MARMOZ); *RDC* 2007.731 (obs. J.-S. BORGHETTI); *RTD civ.* 2007.343 (obs. J. MESTRE et B. FAGES); Cass. Com., 13 janvier 2009, n° 08-13.971; Éric CHEVRIER, « Responsabilité délictuelle pour rupture brutale d'une relation commerciale établie », *D.* 2009.5.295.

⁷⁸² Article L.442-6, I, 5° du Code de commerce.

⁷⁸³ Jean-Marie GARINOT, « Que reste-t-il de l'abus dans le non-renouvellement du contrat », *D.* 2014.2014, 1 (version électronique); Cass. Com., 9 juillet 2013, préc., note 778 précisant qu'« en cas d'insuffisance du préavis, le préjudice en résultant est évalué en fonction de la durée du préavis jugée nécessaire ».

⁷⁸⁴ Jean-Daniel BRETZNER et Eve DUMINY, « Le contentieux de la rupture du contrat d'affaires », *A.J.C.A.* 1.14.

⁷⁸⁵ J. MESTRE, préc., note 731, 3 (version électronique); pour des exemples d'arrêts donnant effet aux clauses du contrat. Voir, Cass. Civ. 1, 6 mars 2007, n° 06-10946; Cass. Civ. 1, 8 juillet 2010, 09-67013 où la chambre commerciale considère qu'il s'agit d'une responsabilité délictuelle. Voir, Cass. Com., 8 février 2007, préc., note 702; Cass. Com., 13 janvier 2009, n° 08-13971; Cass. Com., 4 octobre 2011, n° 10-20240, Cependant, la première chambre civile semble se rapprocher de l'analyse de la chambre commerciale, en commençant à admettre une responsabilité délictuelle. Voir, Cass. Civ. 1, décembre 2012, n° 11-20401.

⁷⁸⁶ Daniel MAINGUY, « La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies: une controverse jurisprudentielle à résoudre », *D.* 2011.22.1495.

nouveauté. En effet, avant et concurremment, la bonne foi permet de sanctionner une rupture fautive.

2. La concurrence avec le droit commun

Concurremment à l'article L.442-6, I, 5^o du Code du commerce⁷⁸⁷, l'insuffisance de durée du préavis peut être sanctionnée au travers soit des articles 1134 et 1135 ancien du Code civil⁷⁸⁸ ou des articles 1104 nouveau et 1194 nouveau du Code civil, soit sur le terrain de la responsabilité délictuelle, sur le fondement de l'article 1382 ancien du même code⁷⁸⁹ ou 1240 nouveau dudit Code. En effet, « la rupture d'une succession de contrats à durée déterminée est susceptible, dans certaines circonstances, de dégénérer en abus »⁷⁹⁰, ce qui suppose que la sanction traditionnelle d'un tel abus relevait de la bonne foi⁷⁹¹. Qu'il s'agisse de rupture de contrats à durée indéterminée ou de non-renouvellement de contrats à durée déterminée⁷⁹², le droit commun exige un préavis d'une durée raisonnable, « première et minimale manifestation de la bonne foi »⁷⁹³. À défaut de préavis, la rupture sera considérée comme abusive⁷⁹⁴. En outre, la rupture ne doit pas être brutale ou malveillante, ce qui constituerait également un abus.

⁷⁸⁷ K. LE COUVIOUR, préc., note 769, 1 (version électronique): « [t]outefois, par le biais du contrôle de l'abus, la jurisprudence a entendu encadrer les conditions de mise en œuvre de ce droit. Elle a notamment exigé de celui qui souhaite rompre unilatéralement un contrat à durée indéterminée qu'il avertisse de son intention son cocontractant. Le droit de la concurrence, dans le cadre de la loi Galland du 1er juillet 1996 sur l'équilibre et la loyauté contractuelle, a jugé opportun d'accompagner ce mouvement initié par le droit commun des contrats en réglementant, spécifiquement, la rupture des relations commerciales établies ».

⁷⁸⁸ Article 1104 nouveau du Code civil qui dispose que « [l]es contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public » et article 1194 nouveau du Code civil qui dispose que « [l]es contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi ».

⁷⁸⁹ Article 1240 nouveau du Code civil : « [t]out fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

⁷⁹⁰ J.-M. GARINOT, préc., note 783, 1 (version électronique).

⁷⁹¹ Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat: essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 112 et s., par. 122 et s..

⁷⁹² Conformément au principe de la force obligatoire du contrat, la rupture d'un contrat à durée déterminée ne peut être anticipée sauf cas de force majeure ou faute grave du cocontractant.

⁷⁹³ Daniel MAINGUY et Malo DEPINCÉ, *Droit de la concurrence*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2015, p. 197.

⁷⁹⁴ K. LE COUVIOUR, préc., note 769, par. 42 : « [c]herchant comme à son habitude dans les principes généraux de quoi corriger les injustices les plus flagrantes, la Cour de cassation s'est, dans un premier temps, satisfait de la seule notion d'abus de droit. Elle a, par la suite, admis que la rupture unilatérale pouvait être abusive en tant que telle, notamment lorsque le contrat avait duré un certain temps. Aussi, pour permettre au cocontractant qui allait subir une rupture de prendre toute mesure qu'il jugerait utile, elle a jugé opportun d'imposer le respect d'un préavis. L'abus est donc caractérisé dès lors que celui qui rompt ou ne renouvelle pas la relation commerciale établie, use de sa prérogative sans prendre en considération l'intérêt de son partenaire. Le préavis doit permettre au partenaire évincé d'organiser sa reconversion sans toutefois aller jusqu'à une obligation d'assistance à la reconversion ».

Le refus de renouveler un contrat à durée déterminée est donc, depuis longtemps, sanctionné par le droit commun. La jurisprudence apprécie alors l'abus de manière subjective, recherchant la faute du partenaire souhaitant mettre un terme au contrat⁷⁹⁵. Le droit des obligations semble donc à même de sanctionner les comportements déloyaux dans la rupture des relations, qu'il s'agisse de contrat à durée indéterminée ou déterminée. L'apport du droit de la concurrence se limiterait alors à donner un cadre légal à une jurisprudence bien établie⁷⁹⁶, même si certains considèrent qu'en matière de résiliation des contrats à durée indéterminée, de non-renouvellement de contrats à durée déterminée ou encore de la cessation d'un courant d'affaires, l'article L.442-6, I, 5^o du Code de commerce « organise un régime de protection qui se veut plus précis que celui assuré par le droit commun »⁷⁹⁷.

Par exemple, dans un arrêt du 7 octobre 2014, la chambre commerciale de la Cour de cassation a estimé que constitue un abus, sur le fondement de l'article 1134 du Code civil, le fait pour un distributeur de diminuer, de manière particulièrement drastique, son nombre de commande dès le premier mois de préavis⁷⁹⁸. Les deux fondements — l'article L.442-6, I, 5^o du Code de commerce et l'article 1134 du Code civil — avaient été invoqués devant la Cour d'appel. Cette dernière, rejetant les demandes fondées sur le Code du commerce, octroie des dommages et intérêts sur le fondement de la bonne foi. Ainsi, « l'une comme l'autre [demande] tendaient [...] à la réparation des conséquences d'une remise en cause de l'équilibre contractuel »⁷⁹⁹. La bonne foi, ayant pour fonction de contrôler les comportements des partenaires, a donc vocation à sanctionner l'abus dans la résiliation ou le non-renouvellement d'un contrat, puisque dans cet arrêt, c'est bien le caractère brutal et soudain, imposé de manière unilatérale par le distributeur qui est sanctionné. On retrouve alors ici

⁷⁹⁵ La jurisprudence admet depuis très longtemps que la rupture d'un contrat à durée indéterminée puisse être abusive. Elle l'a également reconnu, plus récemment, pour les contrats à durée déterminée, notamment en matière de concession automobile, Cass. Com., 6 juin 2001, n° 99-10768; ou encore en matière de contrat d'approvisionnement, lorsque le partenaire a laissé croire à son partenaire en la poursuite de la relation d'affaire, Cass. Com., 7 janvier 1992, n° 90-13556; Cass. Com., 3 juillet 2001, n° 98-23070.

⁷⁹⁶ K. LE COUVIOUR, préc., note 769, 2 (version électronique); D. MAINGUY et M. DEPINCÉ, préc., note 793, p. 199 précisant qu'« il fournit, au moins pour les relations commerciales, un support textuel à une demande d'indemnisation, en l'absence de toute référence dans le Code civil ».

⁷⁹⁷ Christophe LACHIÈZE, « La rupture des relations commerciales à la croisée du droit commun et du droit de la concurrence », *J.C.P. E.* 2004.50.1815, par. 11.

⁷⁹⁸ C.A. Paris, 23 mai 2013, préc., note 774 qui arrive au même résultat sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5^o du Code de commerce.

⁷⁹⁹ Frédéric BUY, « Le contentieux de la rupture brutale des relations commerciales n'est pas toujours réservé à la cour d'appel de Paris », *D.* 2014.2329, 1 (version électronique).

l'influence du devoir de cohérence. Cela signifie qu'une baisse de commande liée à la conjoncture économique ou à l'évolution du marché ne sera pas, forcément, sanctionnée⁸⁰⁰. Cependant, étant donné l'extension donnée à la notion de relation commerciale établie, cette dernière n'étant plus limitée aux relations producteur/distributeur⁸⁰¹, le droit spécial semble avoir pris le pas sur le droit commun⁸⁰², et le contentieux relatif à l'abus dans la rupture d'un contrat apparaît très marginal⁸⁰³.

« Une situation identique peut donc être appréhendée de deux manières : d'une part, sur le fondement de l'abus, issu du droit commun ; d'autre part, sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence, autrement dit du droit spécial. Cette concurrence des droits est source de conflit, puisque ces deux fondements aboutissent à des solutions divergentes. Par principe, le non-renouvellement d'une succession de contrats ponctuels n'est pas fautif ; à l'inverse, la rupture brutale d'une relation commerciale établie est source de responsabilité. De plus, il semble que le second fondement soit plus aisé à mettre en œuvre que le premier, puisqu'il repose sur deux éléments objectifs : une relation commerciale établie et la rupture sans préavis de celle-ci. À l'inverse, le premier fondement suppose que soit rapportée la preuve d'un abus, c'est-à-dire d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité »⁸⁰⁴.

En outre, le non-respect d'un délai de préavis suffisant n'exclut pas un comportement fautif de la part d'un des contractants, qui peut être sanctionné, en complément du droit de la concurrence, sur la base de la bonne foi. Il en est ainsi dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation, du 8 août 2013⁸⁰⁵ qui estime que :

« à la date de la notification de la résiliation, le concédant connaissait, pour en être à l'origine, l'existence de pourparlers engagés entre son concessionnaire et le repreneur qu'il lui avait désigné et retenu, par une appréciation souveraine des faits de la cause, qu'il avait précipité la notification de sa décision de résilier sans ignorer la difficulté dans laquelle il plongeait son concessionnaire, auquel il

⁸⁰⁰ *Id.*, 2 (version électronique) : « [l]a solution n'est peut être pas aussi claire sur le terrain de l'article L. 442-6 du Code de commerce, où la brutalité est souvent déduite de l'absence de préavis écrit, mais l'on peut comme même noter [...] que de nombreuses décisions écartent le grief de rupture fautive, au sens de ce texte, dès l'instant où cette dernière pouvait être raisonnablement anticipée » citant à cet effet, l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 20 novembre 2012, n° 11-22660.

⁸⁰¹ J.-M. GARINOT, préc., note 783, 2 (version électronique) : « cette disposition avait pour but de lutter contre certaines pratiques de la grande distribution et, plus particulièrement, contre le déréférencement ou le chantage au déréférencement, qui consiste à menacer un fournisseur de ne plus distribuer ses produits, en vue d'obtenir de lui des conditions plus favorables ».

⁸⁰² Jacques MESTRE, « La magie du droit civil », *Rev. Lamy Droit Civ.* 2013.109.3 : « [p]arfois aussi, celui d'une rupture, pour laquelle l'article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce tend à prendre le pas sur les dispositions du Code civil, au point que notre Haute juridiction (Cass. com., 9 juill. 2013, n° 12-21.001) vient de préciser que la justification de la brutalité de la rupture ne saurait résulter du seul jeu d'une clause résolutoire prévue au contrat » ; Jacques MESTRE, « Vous avez dit "relation établie" ? », *Rev. Lamy Droit Civ.* 2013.101.1 : « [a]utrement dit, là où il était souvent question hier de résiliation abusive ou de non-renouvellement fautif, se trouve aujourd'hui fréquemment évoquée la rupture brutale d'une relation commerciale établie ».

⁸⁰³ J.-M. GARINOT, préc., note 783, 1 (version électronique) : « [m]ais force est de constater que le droit spécial a absorbé le droit commun : la jurisprudence relative à l'abus s'est tarie et n'occupe aujourd'hui qu'une place résiduelle ». Puis, p. 3 : « [l]'article L.442-6, I, 5°, du code de commerce concerne donc aujourd'hui presque toutes les relations d'affaires établies ».

⁸⁰⁴ *Id.* (version électronique).

⁸⁰⁵ Cass. Com., 8 octobre 2013, n° 12-22952.

ôtait toute marge réelle de manœuvre pour obtenir un prix raisonnable pour les cessions envisagées au regard de l'incidence d'une telle décision sur la valeur des éléments incorporels des fonds de commerce, la cour d'appel, qui n'a pas retenu la faute dont fait état la première branche, ni imposé au concédant une obligation d'assistance, et n'a pas dit que la résiliation faisait obstacle à la cession, mais a fait ressortir que le concédant avait sciemment entravé la reconversion des concessionnaires, a, de ces seuls motifs, pu déduire, [...] que, nonobstant le respect du préavis contractuel, la société Fiat ne s'était pas correctement acquittée de son obligation de bonne foi dans l'exercice de son droit de résiliation ».

En l'espèce, trois contrats de concession exclusive à durée indéterminée avaient été conclus. Lorsque le concessionnaire a tenté de céder son fonds de commerce, le concédant a alors promptement résilié les contrats de concession, octroyant un préavis suffisant de 24 mois, mais empêchant la cession et entraînant une cession d'activité et la perte des fonds de commerce, ces derniers n'ayant pu être cédés. Ce n'est pas ici le fait de rompre qui est considéré comme abusif, mais bien le comportement du concédant qui n'a pas justifié la cession par un « intérêt personnel impératif à préserver »⁸⁰⁶.

Au Québec, la bonne foi permet également de sanctionner la rupture abusive d'un contrat à durée indéterminée ou le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée. Par exemple, dans l'arrêt *Ameublement 640 Inc. c. Meubles Canadel Inc.*⁸⁰⁷, Ameublement 640 intente une action en dommages et intérêts pour une résiliation unilatérale intervenue sans préavis d'un contrat verbal de distribution. En effet, en décembre 1997, Canadel annonce à son partenaire la fin de leur relation commerciale, qui avait débuté en 1984, et refuse d'honorer les commandes dès le mois de février 1998. La Cour, affirmant que la rupture unilatérale d'un contrat à durée indéterminée reste possible, précise que ce droit doit s'exercer conformément aux exigences de la bonne foi. Il ne doit donc pas être exercé de manière abusive, vérifié selon un test fondé sur l'exercice raisonnable d'un droit. Ainsi, en l'absence de disposition législative encadrant le préavis, ce dernier doit être d'une durée raisonnable, permettant la réorganisation de l'entreprise du partenaire. En l'espèce, la Cour estime qu'un préavis de 6 mois est suffisant puisque le volume d'affaires du contrat de distribution sur les ventes globales d'Ameublement 640 ne représente pas plus de 5 % et la relation a duré 10 ans. Le droit commun, au Québec, permet également de sanctionner la rupture brutale d'une relation commerciale établie, la Cour, afin de déterminer la durée suffisante du préavis, prenant en compte la durée de la relation, ainsi que l'importance du volume d'affaires.

⁸⁰⁶ C. LE GALLOU, « Rupture brutale: le respect d'un délai n'exclut pas la mauvaise foi », *Rev. Lamy Droit Civ.* 2013.110.17, 1 (version électronique).

⁸⁰⁷ *Ameublement 640 Inc. c. Meubles Canadel Inc.*, préc., note 630.

De la même manière, la Cour supérieure a eu à connaître d'une affaire dans laquelle un contrat de distribution avait été conclu en 1976 puis remplacé en 1982 entre Bertrand Équipements et Kubota⁸⁰⁸. Ces deux actes contenaient une clause prévoyant que les parties pouvaient résilier le contrat en respectant un préavis de 60 jours. Suite au refus de l'acquisition d'une nouvelle concession par Bertrand, le concédant contracta avec un nouveau partenaire et accepta de lui octroyer une exclusivité territoriale, sur laquelle Bertrand travaillait initialement. Le concédant résilia le contrat en respectant le préavis de 60 jours. Le concessionnaire demande alors à la Cour des dommages et intérêts pour résiliation abusive. La Cour supérieure donne raison à Bertrand en estimant que le fait d'avoir des raisons commerciales et économiques ne suffit pas à remettre en cause l'abus dans la résiliation du contrat de distribution. En effet, la manière d'exercer le droit de résiliation ne doit pas constituer un abus de droit et avoir des conséquences dramatiques pour le partenaire évincé. La raison pour laquelle Kubota souhaitait résilier promptement le contrat de distribution était de ne pas payer la pénalité prévue avec son nouveau partenaire si le contrat de distribution avec Bertrand perdurait au-delà du 1^{er} septembre 1998.

Toutefois, la notion de la rupture brutale d'une relation commerciale établie ne permet pas de sanctionner la rupture fautive, prenant en considération les circonstances de la rupture, notamment dans le cas où des investissements importants ont été réalisés peu de temps avant la rupture⁸⁰⁹. La rupture brutale d'une relation commerciale établie ne concurrence alors le droit commun qu'en ce qui concerne le non-respect d'une certaine durée de préavis. Il y a donc continuité de la jurisprudence rendue en droit commun, malgré deux différences particulières, principalement liées aux contrats d'affaires. Tout d'abord, l'article L.442-6, I, 5^o impose un préavis écrit. En outre, elle suppose une durée de préavis évolutive, à la différence de la durée raisonnable imposée par le droit commun. Sont alors pris en considération l'ancienneté de la relation ou encore les usages de la pratique.

⁸⁰⁸ *Bertrand Équipements Inc. c. Kubota Canada Ltée*, [2002] R.J.Q. 1329 (C.S.).

⁸⁰⁹ Cass. Com., 7 octobre 1997, n° 95-14158 où la Cour précise: « [a]ttendu, en second lieu, qu'ayant énoncé que le concédant peut résilier le contrat de concession sans donner de motifs, sous réserve de respecter le délai de préavis et sauf abus du droit de résiliation, la cour d'appel, en relevant que la société Maine auto ne rapportait pas la preuve que la société Volvo l'avait contrainte à exposer d'importants frais d'investissements et qu'au contraire, la société Maine auto y avait procédé spontanément en 1987 pour remédier aux résultats de l'année 1986 très nettement inférieurs aux objectifs convenus et aux résultats des autres concessionnaires de la même région, a, répondant ainsi aux conclusions prétendument délaissées, légalement justifié sa décision ».

Certains estiment que l'application de l'article L.442-6, I, 5^o du Code de commerce à la place du droit commun, et notamment de l'abus de droit, pourrait poser certaines difficultés⁸¹⁰. Il semblerait injustifié d'appliquer le droit spécial là où le droit commun peut tout à fait s'appliquer⁸¹¹. En effet, « attention toutefois, comme en d'autres domaines, à ne pas affaiblir ces louables intentions par une surprotection contre-productive, qui pourrait saper à la base même le souhait de nouer des relations contractuelles ! »⁸¹². Il apparaît alors que la victime de la rupture est surprotégée alors que l'auteur devient a priori fautif, ce qui en complique considérablement la situation. Ce dernier ne semble plus pouvoir se libérer aisément d'une relation d'affaires stable pour contracter sur le marché à de meilleures conditions⁸¹³.

En effet, il semble difficile de déterminer « un fondement théorique » à l'approche objective retenue par la Cour de cassation lorsqu'elle sanctionne la rupture brutale d'une relation commerciale établie. La cessation des relations est alors sanctionnée dès lors qu'il y a absence de préavis ou de préavis suffisant. Il peut, toutefois, sembler que l'article L.442-6, I, 5^o du Code de commerce ne vienne sanctionner qu'un certain type de rupture abusive, à savoir la

⁸¹⁰ Muriel CHAGNY, « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit des contrats », *RDC* 2004.3.861, 5 (version électronique): « [c]e choix [de préserver les intérêts des agents économiques dans leurs relations d'affaires] apparaît contestable. Il n'appartient pas au droit de la concurrence de pallier les carences, réelles ou supposées, du droit du contrat, au risque de dépouiller ce dernier de la mission qui lui revient et d'être, de son côté, dénaturé. Ainsi, le "droit contractuel de la concurrence", par construction adaptée à la protection des contractants, jure-t-il avec la fonction capitale de la réglementation de la concurrence. Celle-ci ne consiste pas à intervenir dans les relations bilatérales à l'effet de sauvegarder les intérêts particuliers, mais bien à préserver la concurrence dans une perspective macro-économique. C'est à cette mission essentielle que devrait être cantonné le droit spécial de la concurrence: sa canalisation apparaît donc nécessaire afin d'éviter un "empiètement-usurpation" des plus regrettables sur le droit du contrat ».

⁸¹¹ F. BUY, préc., note 799, 2 (version électronique): « le droit commun, même non encore rénové, est parfaitement capable de traiter certaines formes d'abus »; D. MAINGUY et M. DEPINCÉ, préc., note 793, p. 200 : « [u]ne autre difficulté repose sur la détermination de la nature de cette règle. Elle s'installe en effet dans le cadre des règles du droit de la concurrence alors pourtant que l'objet de la règle semble exclusivement intéresser la rupture des contrats, ce qui en ferait un texte de droit des contrats ou de droit de la responsabilité, dans la mesure où le texte établit clairement un délit civil particulier. Or, avant la loi de 1996, la jurisprudence du droit des contrats avait retenu sans difficulté les éléments permettant de sanctionner la rupture brutale d'une relation contractuelle, voire d'une relation commerciale établie, entendue comme la rupture sans préavis suffisant d'un contrat à durée déterminée ou le non-renouvellement sans préavis suffisant d'un contrat à durée déterminée (en présence d'une clause de tacite reconduction par exemple), mais également la rupture abusive dans de telles situations. Or l'article L. 442-6, I, 5^o du Code de commerce n'intéresse que la rupture brutale d'une relation commerciale établie, ce qui pose clairement la question de l'utilité réelle de ce texte »; Muriel CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2004, p. 289 et s.

⁸¹² J. MESTRE, préc., note 802, 1 (version électronique).

⁸¹³ J.-M. GARINOT, préc., note 783, 1 (version électronique); K. LE COUVIOUR, préc., note 769, 2 (version électronique): « [s]i de par sa rédaction très large, il esquisse une 'méthodologie de la rupture' applicable à toutes les relations d'affaires, il génère dans le même temps des excès. Le plus criant réside dans l'atteinte portée à la liberté de rompre. En effet, l'exigence d'un préavis en présence de relations commerciales établies telles qu'elle a été conçue par l'article L. 442-6, I 5^o, bien que n'intéressant que les modalités de la rupture, pourrait menacer à terme la faculté de rompre ».

rupture brutale, et ce, indépendamment des motifs qui ont entraîné cette rupture, mais en considération des circonstances qui y ont conduit⁸¹⁴. Deux éléments sont nécessaires à la sanction, à savoir une relation commerciale établie et un préavis insuffisant.

« En effet, le préjudice constitué par la perte — même brutale — d'un client est inhérent à la vie des affaires. Faute de contrat encadrant les rapports économiques, le versement d'une indemnité compensant cette brutalité, qui s'analyse comme le non-respect d'un préavis, ne se justifie qu'en cas de dépendance économique ou encore de déloyauté consistant à faire croire au partenaire que la relation sera maintenue (hypothèse que la notion d'abus permet de prendre en compte) »⁸¹⁵.

Le droit spécial semble également remettre en cause la sécurité juridique. En effet, il apparaît particulièrement difficile de déterminer à l'avance la durée du préavis considéré comme suffisante pour les juridictions. Se pose alors un problème d'anticipation de la rupture de la relation commerciale établie⁸¹⁶. En outre, même s'il permet « de réprimer la rupture brutale d'une relation commerciale de façon plus sévère que ne le permet l'abus de droit »⁸¹⁷, l'article L.442-6, I, 5^o du Code de commerce utilise des termes particulièrement généraux ce qui pourrait mettre à mal certaines solutions issues du droit commun. Le droit des contrats pourrait alors prendre appui sur le droit de la concurrence afin de prendre acte de la relation contractuelle, au-delà du contrat lui-même.

⁸¹⁴ K. LE COUVIOUR, préc., note 769, 1 (version électronique): « le souci marqué de lutter contre des ruptures brutales singulières, en l'occurrence celles imposées par la grande distribution aux producteurs via la pratique du déréférencement aura motivé l'adoption d'un texte ad hoc ».

⁸¹⁵ J.-M. GARINOT, préc., note 783, 3 (version électronique).

⁸¹⁶ L.-M. AUGAGNEUR, préc., note 688; K. LE COUVIOUR, préc., note 769, 2 (version électronique): « pour être pleinement efficace, tout système juridique doit prouver une certaine sécurité juridique. Les sujets de droit, leurs pratiques et leurs prévisions ne doivent pas être pris au dépourvu. Pareil objectif ne saurait être atteint lorsque, comme en l'espèce, la qualité formelle de la règle a été releguée au rang de donnée négligeable du travail législatif. En effet, l'excessive généralité du domaine d'application de l'article L. 442-6, I, 5^o, combinée à l'imprécision caractérisée de son régime de protection, loin de prévenir le contentieux de l'abus, pourraient être vues comme autant de risques judiciaires susceptibles de le nourrir ».

⁸¹⁷ C. LACHIÈZE, préc., note 797, par. 28.

Conclusion du Chapitre 1

La notion de relation contractuelle semble, de manière implicite, prise en compte par les juridictions en droit des contrats. En effet, ces derniers analysent les situations dans leur globalité et prennent en considération l'ensemble de l'opération contractuelle ou le lien interpersonnel unissant les partenaires.

En outre, la notion de relation est également reconnue de manière légale, à travers le concept de relation commerciale établie. Cependant, ce dernier semble ne pas avoir été théorisé par la doctrine et les applications qui en sont faites par les juridictions semblent, pour certains, manquer de clarté. Quant au régime, il semble concurrencer le droit commun, qui continue, malgré tout, à s'appliquer. Il apparaît alors nécessaire de déterminer ce qu'est une relation contractuelle, ou dans quel type de contrat celle-ci se retrouve.

Chapitre 2 – Théorisation de la relation

C'est en réaction au modèle américain traditionnel dominant dans les années 30, c'est-à-dire au modèle fondé sur l'échange, que Macneil a développé une théorie contractuelle dite des « contrats relationnels »⁸¹⁸.

« Si le contexte institutionnel américain est très éloigné du nôtre, le contexte historique n'est en revanche pas sans rappeler les réflexions menées aujourd'hui par les auteurs français, tant sur le besoin d'adaptation de la théorie générale du contrat que sur la modernisation du Code civil »⁸¹⁹.

La théorie des contrats relationnels met la relation des contractants au cœur de la réflexion. Elle permet de déterminer et d'organiser, au-delà de la simple permutation, une véritable relation entre les partenaires⁸²⁰, sans pour autant chercher à créer une nouvelle catégorie juridique de contrat. Son étude permettra alors, de manière théorique, de tenter de déterminer la dimension relationnelle du contrat. La notion de relation commerciale établie « se fait l'écho des contrats dits "relationnels" »⁸²¹.

En outre, en France, la relation contractuelle n'est pas restée absente de la doctrine. En effet, Suzanne Lequette, dans sa thèse sur « Le contrat-coopération – Contribution à la théorie générale du contrat » a démontré qu'entre les deux modèles contractuels dominants, une troisième catégorie de contrat était utilisée dans la pratique. C'est ainsi qu'à côté du modèle contractuel fondé sur l'échange ou la vente et de celui fondé sur la société, elle théorise le contrat-coopération, à l'intérieur duquel elle privilégie une relation contractuelle personnelle de forte intensité.

Aussi bien la théorie des contrats relationnels et le contrat-coopération, que le concept de « relation commerciale établie », montrent qu'un « lien y est tracé entre l'existence d'une

⁸¹⁸ H. BOUTHINON-DUMAS, préc., note 28, 346, note 26 où l'auteur précise que « Macneil discute la cohérence de ce modèle. Dans le contexte intellectuel et académique nord-américain, il s'inscrit dans le courant minoritaire des auteurs qui s'opposent à l'impérialisme du modèle dominant de l'analyse économique (la théorie "néo-classique" au sens économique), inspiré largement par le libéralisme et dont l'analyse économique du droit (*Law and Economics*) est une des manifestations les plus remarquées ».

⁸¹⁹ Y.-M. LAITHIER, préc., note 28, 2 (version électronique); M. FABRE-MAGNAN, préc., note 82, p. 203, qui estime que les critiques liés à la théorie classique dans les contrats relationnels pourraient également être faites en France. De manière générale, pour une présentation des différentes doctrines contractuelles américaines, voir, L. GRYNBAUM, préc., note 203.

⁸²⁰ H. BOUTHINON-DUMAS, préc., note 28.

⁸²¹ Youssef GUENZOU, « Entente et contrat: le trouble notionnel », *RTD com.* 2006.273.

relation et l'attention particulière portée à la stabilité du lien contractuel»⁸²². La reconnaissance de la «relation» en droit commun des obligations permettrait alors d'en fédérer les diverses mutations, et d'en déduire de nouvelles possibilités, notamment l'interprétation des situations d'imprévision.

Il apparaît nécessaire d'étudier plus en détail le contrat-coopération et la théorie des contrats relationnels (Section 1), puis d'en rechercher les fonctions (Section 2).

Section 1 — Les propositions doctrinales fondées sur la relation contractuelle

Deux propositions principales peuvent être mises à jour. En effet, prenant acte de la réalité contractuelle, Suzanne Lequette met en exergue une troisième catégorie de contrat fondée sur une norme de coopération entre les partenaires. Cette dernière implique une relation contractuelle de forte intensité, afin de permettre la réalisation d'un projet commun. C'est ainsi que l'importance de la relation contractuelle apparaît au travers du contrat-coopération (Paragraphe 1). La notion de relation contractuelle apparaît également particulièrement importante au sein du contrat relationnel développé par Macneil en réaction à l'inadéquation de la théorie classique eu égard à la pratique contractuelle (Paragraphe 2). Au-delà de la permutation, il semble donc bien que le lien interpersonnel développé par les contractants prenne une place de plus en plus importante.

Paragraphe 1 - Le contrat-coopération

Dans sa thèse⁸²³, Suzanne Lequette propose de créer une nouvelle catégorie de contrat, qu'elle nomme « contrat-coopération ». Elle part d'un constat sur la réalité contractuelle, pour ensuite démontrer l'existence du contrat-coopération (A), avant d'en proposer un régime particulier (B).

⁸²² J. ROCHFELD, préc., note 691, 1 (version électronique).

⁸²³ S. LEQUETTE, préc., note 37.

A. Définition du contrat coopération

L'auteure tente de démontrer qu'entre le modèle de l'échange et celui de la société, il existerait une réalité intermédiaire, présente en pratique, mais non encore systématisée (1). Prenant acte de cette réalité contractuelle, elle définit alors une nouvelle catégorie de contrat, nommé contrat-coopération (2).

1. Aux origines du contrat-coopération

Suzanne Lequette s'appuie sur le constat de l'incomplétude de la théorie classique pour recouvrir la réalité contractuelle afin de déterminer qu'il existerait une troisième catégorie de contrat, à côté de la catégorie fondée sur l'échange et de celle fondée sur la société. Après avoir remarqué que ces deux catégories pouvaient recouvrir des réalités diverses (a), elle constate l'existence d'un modèle intermédiaire (b).

a. Les deux catégories juridiques de la théorie classique

Suzanne Lequette remarque que, même si le contrat-coopération n'a pas fait l'objet d'études spécifiques en doctrine, il est d'ores et déjà présent dans la pratique contractuelle. C'est principalement au travers des contrats spéciaux que ce modèle trouve son point d'attache, même si le contrat-coopération apparaît quelque peu hybride, dans le sens où il se prête mal à la synthèse⁸²⁴. Ainsi, en se fondant sur la distinction classique entre les contrats fondés sur le modèle de la vente ou de l'échange et ceux fondés sur le modèle de la société, elle constate l'existence d'un modèle intermédiaire fondé, cette fois, sur la coopération.

Paul Didier avait déjà démontré les différences qu'il pouvait exister entre ce qu'il nommait le contrat-organisation et le contrat-échange.

En effet, « [l]es contrats-échange ont pour objet une permutation au terme de laquelle le bien de A se trouve dans 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 leur étaient propres et les emploient à une activité conjointe. Le premier type de contrat établit entre les parties un jeu à somme

⁸²⁴ *Id.*, p. 19: "[l]'existence de contrats de coopération n'est pas inconnue en doctrine. Se plaçant dans la perspective du droit des contrats spéciaux, quelques auteurs se sont attachés à décrire les traits saillants de « contrats innommés », « plutôt rebelles à la synthèse », n'obéissant à « aucune réglementation particulière », régissant des « opérations complexes et donnant lieu à un foisonnement de clauses très variables, parfois originales », reposant sur des « structures très classiques, telles la vente ou l'entreprise », mais animés d'une « intention spécifique de coopération » [note omise].

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 contrat, 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 diverger »⁸²⁵.

De cette distinction, Suzanne Lequette remarque que deux organisations contractuelles sont proposées, d'un côté les contrats nommés de type échangiste, et de l'autre, les contrats entraînant un regroupement de biens ou de personnes. Il s'agit alors de la distinction entre les contrats fondés sur le modèle de l'échange ou de la vente et les contrats fondés sur le modèle de la société ou de l'association⁸²⁶.

D'autres analyses doctrinales ont repris la même distinction. Par exemple, François Chénéde distingue les opérations relatives aux commutations et les opérations relevant de la distribution ou du partage⁸²⁷. Toutefois, la réalité couverte par les divers auteurs ayant repris cette distinction peut apparaître variable. C'est la raison pour laquelle Suzanne Lequette a formulé une nouvelle appellation pour cette distinction.

b. Le constat d'un modèle hybride

L'auteure préfère la terminologie contrat-permutation et contrat-concentration. Le premier renvoie plus exactement à « un transfert réciproque de valeurs », « ce qui est radicalement absent du titre gratuit ». Le second « vise à rendre compte du caractère synergique de l'opération économique qu'organise en particulier le contrat de société »⁸²⁸.

L'auteure définit alors le contrat-permutation comme organisant « un transfert réciproque de valeurs, par le truchement d'une permutation de biens ou de services »⁸²⁹. La fonction économique du contrat-permutation se résume donc à la conciliation d'intérêts contraires puisqu'il permet d'apaiser les conflits⁸³⁰. En effet, dans cette catégorie de contrat, chaque partie cherche à obtenir la satisfaction de leurs propres intérêts. Ces derniers apparaissent donc

⁸²⁵ P. DIDIER, préc., note 560 à la page 636.

⁸²⁶ S. LEQUETTE, préc., note 37, p. 23.

⁸²⁷ F. CHÉNÉDE, préc., note 278.

⁸²⁸ S. LEQUETTE, préc., note 37, p. 25 et s.

⁸²⁹ *Id.*, p. 27.

⁸³⁰ *Id.*, p. 44.

antagonistes. Le contrat-permutation a pour fonction de concilier des intérêts contraires. Les obligations de chacune des parties sont donc réciproques et interdépendantes⁸³¹.

Quant au contrat-concentration, il opère la mise en commun des actifs dans l'objectif de la réalisation d'un projet commun afin de satisfaire les intérêts identiques des associés. Les pertes et les bénéfices issus de cette structure sont donc partagés entre ces membres. Le contrat-concentration cherche donc à créer et partager de nouvelles valeurs⁸³².

L'auteure conclut que « le contrat-permutation forme un rapport d'obligations interdépendantes conçu pour lier juridiquement les intérêts contraires des parties [...]. Le contrat-concentration forme un rapport d'obligations conjonctif de manière à opérer l'union juridique des intérêts identiques des associés »⁸³³.

Toutefois, Suzanne Lequette remarque que ces deux modèles ne permettent pas de rendre compte de l'intégralité de la réalité contractuelle. Il existe, en effet, entre ces deux modèles, une réalité intermédiaire, empruntant certains des traits des deux modèles existants, tout en s'en distinguant, et y ajoutant un nouveau trait caractéristique, à savoir la coopération⁸³⁴. Cette réalité suppose alors la création d'un nouveau modèle contractuel, le contrat-coopération.

Cette réalité se retrouve notamment dans les contrats d'intérêt commun, tel que le contrat de franchise ou de concession. En effet, ces derniers se rapprochent du modèle échangiste dans le sens où ils supposent l'échange de prestations réciproques et interdépendantes. Cependant, il s'en distingue parce qu'ils permettent aux partenaires de créer une certaine communauté d'intérêts, chacun espérant obtenir des bénéfices en considération de la mise en relation des actifs⁸³⁵. Après avoir constaté l'existence d'un modèle hybride, intermédiaire entre le modèle

⁸³¹ *Id.*, p. 56 : « [l]e contrat-permutation est un instrument juridique. Il propose aux parties les moyens de permuter de sorte qu'elles puissent obtenir l'une de l'autre la satisfaction de leurs intérêts économiques. Plus encore, il a pour objet d'opérer la conciliation de leurs intérêts contraires. À cet effet, le contrat forme un rapport d'obligations réciproques et interdépendantes : recouvrant de sa force juridique obligatoire l'opération de permutation, il tisse un lien juridique entre les intérêts contraires des parties. Pour autant et comme il a été vu, l'existence d'une telle structure ne doit pas tromper. Le contrat-permutation en liant de la sorte les obligations, ne forme pas une norme contractuelle productrice d'effets juridiques nouveaux. Par ce réseau serré d'obligations, il ne fait en réalité que maintenir sous tension la liaison des intérêts contraires qu'il a cristallisée lors de l'accord des volontés ».

⁸³² *Id.*, p. 87.

⁸³³ *Id.*, p. 88.

⁸³⁴ *Id.*, p. 89 : « [a]lliant transfert réciproque de valeurs et poursuite d'un projet commun, ils présentent un caractère hybride qui les apparente simultanément au contrat-permutation et au contrat-concentration ».

⁸³⁵ *Id.*, p. 90 : « ils donnent naissance à un rapport synallagmatique d'obligations en vertu duquel les parties obtiennent le pouvoir juridique d'exiger de l'autre des prestations déterminées. Corrélativement, ils tendent vers le modèle sociétaire par le fait que les parties sont réunies par une certaine communauté d'intérêts ».

de l'échange et celui de la société, l'auteure tente d'en donner une définition et de déterminer les critères permettant de le distinguer.

2. Une nouvelle catégorie juridique : le contrat-coopération

Après avoir constaté l'existence du contrat-coopération, l'auteure cherche à le définir (a), avant d'en expliquer les caractéristiques principales (b).

a. La définition du contrat-coopération

« Il faut en réalité rechercher les intérêts économiques que poursuivent chacune des parties pour comprendre que ces contrats remplissent une fonction de type intermédiaire : à mi-chemin entre la permutation et la concentration, les contrats d'intérêt commun opèrent la mise en relation des actifs complémentaires des parties de manière à coordonner leurs intérêts convergents, mais différents », ce qui entraîne que « les engagements des parties paraissent dirigés tout à la fois vers l'intérêt individuel du cocontractant qui obtient le droit d'en exiger l'exécution et vers la réussite d'un projet commun »⁸³⁶.

L'auteure remarque que ce nouveau modèle se retrouve particulièrement dans les montages mettant en œuvre une pluralité de contrats qui, bien que juridiquement indépendants, restent liés entre eux par l'objectif, le but qu'ils servent à réaliser. C'est ici que l'on retrouve le phénomène des contrats-cadre, qui organise, dans l'accord-cadre, une opération de coopération. Ces partenariats ne font généralement pas l'objet d'une reconnaissance législative et sont le plus souvent une création de la pratique pour répondre à un besoin entre les partenaires.

Il est à remarquer, cependant, que le contrat-cadre a intégré le Code civil, à l'article 1111 nouveau qui précise que « [l]e 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 ». La relation contractuelle est prise en compte par l'accord cadre. La coopération apparaît alors comme un nouvel élément à prendre en compte.

« Grâce à la mise en relation d'actifs complémentaires dans le cadre d'un projet commun, ils assurent la rencontre d'intérêts économiques convergents, mais différents. C'est dire que "la coopération se présente (alors) comme un élément nouveau dans le domaine de la pluralité contractuelle, car ce n'est pas tant la pluralité que les parties recherchent que l'exercice en coopération de cette pluralité" »⁸³⁷.

⁸³⁶ *Id.*, p. 105.

⁸³⁷ *Id.*, p. 126 [note omise].

L'auteure conclut donc qu'une nouvelle réalité contractuelle est apparue dans le monde contractuel, fondé sur la coopération. Cette dernière permet, grâce à la mise en relation d'actifs complémentaires, la réalisation d'un projet commun qui bien que permettant la rencontre d'intérêts convergents, ne signifie pas qu'ils soient identiques. Les intérêts de chaque partie restent donc différents, mais convergents dans l'objectif de la réalisation d'une certaine opération⁸³⁸. Elle cherche alors à déterminer les critères permettant de qualifier le contrat de contrat-coopération.

Afin d'identifier le contrat-coopération, l'auteure laisse de côté la recherche de la prestation caractéristique pour s'attacher à déterminer la structure de l'acte, qu'elle définit comme « une imbrication, un agencement d'éléments qui trouve sa cohérence autour d'une finalité »⁸³⁹. Pour ce faire, elle va scruter les notions d'objet et de cause pour identifier le contrat-coopération, grâce à la détermination des différences existantes avec le contrat-permutation et le contrat-concentration.

Le contrat-coopération se détermine différemment des deux modèles classiques. En effet, en considération de l'opération contractuelle dans sa globalité, l'objet du contrat-coopération peut être analysé comme « la mise en relation des actifs complémentaires des parties dans le cadre d'un projet commun »⁸⁴⁰. Mais, lorsque le regard se tourne vers l'économie du contrat-coopération, la difficulté se manifeste. En effet, l'objet des obligations essentielles des contrats d'intérêt commun semble bien être un transfert de valeur d'un patrimoine à un autre. L'auteure résout cette difficulté en tentant d'analyser l'objet de l'opération contractuelle et non pas seulement l'objet des obligations essentielles⁸⁴¹. Le contrat-coopération pourra alors être un ensemble contractuel ou un contrat unique.

Elle prend alors en compte la finalité du contrat, c'est-à-dire les intérêts poursuivis par les parties au contrat. La logique du contrat-coopération correspond alors à :

« en vertu d'une prestation dite instrumentale, l'une des parties transfère une valeur à l'autre partie qui s'engage, en vertu d'une prestation finale, à l'exploiter dans leurs intérêts respectifs. Dans son propre intérêt tout d'abord : réalisant l'effet de synergie dans son propre patrimoine, elle en bénéficie

⁸³⁸ *Id.*, p. 127 où l'auteure précise que « [l]a coopération opère une mise en relation d'actifs complémentaires dans le cadre d'un projet commun mettant ainsi en scène des intérêts économiques convergents mais différents ».

⁸³⁹ *Id.*, p. 129.

⁸⁴⁰ *Id.*, p. 133.

⁸⁴¹ *Id.*, p. 135 : « [i]l apparaît dès lors tout aussi primordial de scruter non seulement les prestations réelles, mais encore la manière dont elles sont liées entre elles ».

directement. Dans l'intérêt du prestataire instrumental ensuite : elle s'engage à reverser une part des produits de l'exploitation à son cocontractant sous la forme d'une rémunération proportionnelle. Il apparaît ainsi que le modèle repose sur deux types de prestations distinctes selon le rôle qu'elles jouent dans l'organisation de l'opération économique : la prestation instrumentale et la prestation finale »⁸⁴².

Dans ce schéma, ce qui différencie la prestation instrumentale dans le contrat-permutation et le contrat-coopération, c'est que dans le premier, elle sert l'intérêt économique du partenaire alors que dans le second, elle permet au partenaire de réaliser sa propre prestation. La prestation instrumentale se rapporte donc à une prestation de type échangiste. Cependant, il s'agit ici plus d'une affectation de valeur que d'un transfert de valeur. En effet, la prestation instrumentale va permettre la réalisation du projet commun. Son originalité tient au fait qu'elle va servir autant l'intérêt de celui qui doit l'exécuter que de celui qui la reçoit. Celui qui exécute la prestation instrumentale souhaite réaliser des bénéfices grâce à son exploitation et accepte également d'assumer les pertes qui peuvent en résulter. Celui qui la reçoit aura droit à une rémunération, généralement proportionnelle au chiffre d'affaires, mais ne participera pas aux pertes⁸⁴³.

Après avoir déterminé l'économie du contrat-coopération, l'auteure s'attache alors à en déterminer la structure juridique, c'est-à-dire la nature du lien qui unit les obligations contractuelles, à savoir la cause du contrat-coopération. Chacun des partenaires obtient le droit d'exiger la prestation de l'autre. Cependant, cette prestation vient s'ajouter à la prestation de la partie qui la reçoit, dans un lien de complémentarité⁸⁴⁴. Pour l'auteure, il ne s'agit pas d'une contreprestation, mais d'une « co-prestation », à savoir une prestation complémentaire⁸⁴⁵.

La principale distinction entre le contrat-coopération et le contrat-permutation tient à la réalisation d'une opération commune grâce à la mise en relation des actifs des parties⁸⁴⁶. Il se

⁸⁴² *Id.*, p. 136.

⁸⁴³ *Id.*, p. 137.

⁸⁴⁴ *Id.*, p. 143 : « [l]a cause-coopération, à la différence de la cause-permutation, entend signifier que chaque obligation est ordonnée à la poursuite d'un projet commun qui profite aux deux parties et ce, que l'on se place du point de vue de l'obligation instrumentale ou de l'obligation finale. [...] Parce que la cause de son obligation réside dans une obligation qui vient s'y ajouter, en d'autres termes parce que son engagement est lié à un engagement du prestataire final par un lien de complémentarité, le prestataire instrumental a un intérêt à l'exécution de son obligation. En effet, pour que son intérêt soit satisfait, il est nécessaire que l'obligation du prestataire final vienne s'ajouter à sa propre obligation. C'est dire que chacune des parties s'engage dans le contrat-coopération à favoriser la réalisation d'un projet dans leur intérêt partagé ».

⁸⁴⁵ *Id.*, p. 139.

⁸⁴⁶ *Id.*, p. 149 : « [e]n définitive, [...] il existe entre le contrat-permutation et le contrat-coopération, une frontière tranchée. Dans le premier, chaque obligation est finalisée par l'intérêt économique exclusif de celui qui est en droit de l'exiger. Dans le second, chaque obligation sert la réalisation d'un projet commun et au-delà la satisfaction de

distingue du contrat-concentration par le fait que les intérêts de chacun des contractants ne sont pas identiques, ils restent différents même s'ils convergent pour réaliser le projet envisagé⁸⁴⁷. Cependant, une nuance doit être apportée à cette distinction. En effet, les parties, conformément au principe de la liberté contractuelle, peuvent décider d'introduire diverses clauses dans leurs accords, modifiant ainsi la nature de celui-ci. D'un contrat-permutation, l'engagement pourrait alors devenir un contrat-coopération. Il en est ainsi des clauses de rémunération proportionnelle au chiffre d'affaires⁸⁴⁸.

En outre, il arrive que le contrat-coopération prenne la forme, non plus de l'enchaînement d'obligations instrumentales et finales, mais de contrats instrumentaux et finaux. C'est le cas de certains contrats-cadre, notamment dans le cadre de franchise ou de concession, mais également de l'interdépendance contractuelle. Il peut également s'agir d'une pluralité de contrats-coopération conclus dans l'intérêt commun des parties, par exemple d'un distributeur ou d'un fournisseur. Prenant l'exemple du réseau, et le soumettant à l'analyse des chaînes de contrats et de la coopération, l'auteure en déduit que la recherche doit alors porter sur ce qui permet de donner son unité au groupe. Dans le cadre d'un contrat-coopération complexe, la réponse est simple puisque c'est le contrat-cadre qui permettra de former le réseau et mettra en avant la coopération entre les contractants. Dans le cadre d'un réseau, ce serait alors le fait que « la prestation finale soit conclue à des conditions identiques » qui permettrait de mettre en exergue le groupe, en permettant de créer un cadre plus ou moins homogène et ainsi capter la clientèle⁸⁴⁹. Le contrat-coopération a donc des caractéristiques particulières.

b. Les caractéristiques du contrat-coopération

La structure et les critères du contrat coopération déterminés, certains traits caractéristiques apparaissent. Le contrat-coopération est donc un contrat qui perdure dans le temps. En effet, il nécessite d'abord une mise en relation des actifs complémentaire dans l'objectif de la

l'intérêt économique, non seulement de celui qui est en droit d'en exiger l'exécution, mais également du débiteur qui est tenu de l'exécuter. Notons enfin qu'il existe une étroite corrélation entre le critère dégagé et la structure que revêt le contrat. En effet, lorsque chaque obligation est ordonnée à la poursuite d'un projet commun, elles ont une cause pour partie commune ce qui explique que les obligations soient liées plus substantiellement dans la perspective d'opérer l'effet de synergie. Au contraire, lorsque chacune des obligations est ordonnée dans l'intérêt exclusif de celui qui est en droit d'en exiger l'exécution, elles entretiennent une relation strictement formelle qui correspond à la logique échangiste ».

⁸⁴⁷ *Id.*, p. 140.

⁸⁴⁸ *Id.*, p. 150 et s.

⁸⁴⁹ *Id.*, p. 175 et s.

réalisation d'un projet commun, puis une période d'exploitation de ces actifs permettant de générer des bénéfices⁸⁵⁰. En outre, étant donné que les obligations correspondent au moyen de parvenir à la réalisation de l'objectif commun, tous changements de circonstances risquent d'avoir des conséquences importantes sur le contrat, voire d'empêcher la réalisation de l'objectif. Ainsi, la fixité appliquée au contrat-permutation ne peut se voir appliquer au contrat-coopération. Il se présente donc comme un contrat évolutif, nécessitant un minimum d'adaptation durant son exécution. En outre, le contrat-coopération peut apparaître, certaines fois, comme un contrat complexe, dans lequel tous les éléments de l'accord ne peuvent être prévus initialement, de même que les changements de circonstances ou tous les aléas juridiques ou économiques, ne permettent pas de procéder à une prévision *ab initio*. Le contrat-coopération est, par nature, incomplet. Les partenaires devront donc ajuster les termes de l'engagement au fur et à mesure de la mise en œuvre du projet commun. Il apparaît alors que le contrat-coopération instaure⁸⁵¹ une véritable relation entre les parties.

Le contrat-coopération comporte également une part d'aléa, dans le sens d'aléa commercial. Toutefois, à la différence du contrat-concentration, dans la majorité des cas, seule l'une des parties assumera les risques de pertes lorsque l'objectif commun apparaîtra déficitaire. Ce peut être le prestataire final, comme dans le contrat d'édition où l'éditeur supporte les risques liés à la vente de l'ouvrage ou le prestataire instrumental, notamment dans le cas du mandat d'agent commercial. Le seul risque assumé par le partenaire qui ne supporte pas le risque commercial est l'absence de rémunération, qui est généralement proportionnelle au chiffre d'affaires.

En outre, dans le contrat-coopération, les contractants nouent un lien privilégié, dans le sens où la relation est nécessaire à la réalisation de l'opération. À la différence, dans le contrat-permutation à exécution successive, la relation se noue au fur et à mesure des échanges, elle provient de données factuelles se caractérisant par l'« exécution répétée du contrat dans le temps à des conditions identiques ». Ainsi, le contrat-coopération suppose qu'une certaine « relation contractuelle personnelle » soit née en amont pour permettre la mise en relation des

⁸⁵⁰ *Id.*, p. 245 et s. : « il apparaît alors que, dans le contrat-coopération, la durée est exigée non pour la répétition successive de transferts réciproques de valeurs entre deux patrimoines mais pour la coordination d'actifs complémentaires dans le cadre d'un projet commun. De sorte que la durée ne saurait être appréhendée de la même manière dans le contrat successif-permutation et dans le contrat successif-coopération ».

⁸⁵¹ *Id.*, p. 248 : « [p]lus exactement, le caractère évolutif de l'opération suppose que les partenaires nouent en amont, lors de la rencontre des volontés, une relation juridique de coopération, laquelle, bien qu'elle se forme en marge des obligations essentielles, participe de l'économie du contrat-coopération ».

actifs nécessaires à la réalisation de l'objectif commun. Cette relation les oblige donc à coopérer dans le but de la réalisation de leur intérêt partagé, ce qui entraîne qu'elle « participe de l'économie substantielle de l'acte »⁸⁵².

Le contrat-coopération est également emprunt d'*intuitu personae*, dans le sens de confiance réciproque. La personne du partenaire a donc une certaine importance. En effet, afin de réaliser le projet commun, les contractants vont avoir une attention particulière sur leurs qualités et compétences. En outre, des paramètres subjectifs peuvent être ajoutés à l'approche objective de la confiance réciproque retenue. En effet, la réputation ou les relations antérieures vont également avoir de l'importance, et conforter les contractants dans une attitude coopérative. « C'est dire que le contrat-coopération, qu'il revête une forme juridique simple ou complexe, relève par essence, en raison de la réalité économique qui le sous-tend, de la catégorie des contrats de confiance »⁸⁵³.

L'auteur examine également le type de justice qui doit présider dans le contrat-coopération. Prenant appui sur les deux définitions de la justice — commutative et distributive — elle remarque que le contrat-coopération « se présente comme une commutation dont l'objectif est d'aboutir à une distribution »⁸⁵⁴. Une troisième voie doit être recherchée entre la justice corrective et la justice distributive. Il existerait alors une justice coopérative⁸⁵⁵.

De surcroît, dans le contrat-coopération, il est difficile de garantir la règle d'égalité, en termes de pertes et de bénéfices. Cependant, la règle d'égalité peut prendre une autre forme, à savoir « des moyens juridiques égaux de défendre leurs intérêts économiques » lors de la phase d'exécution du contrat⁸⁵⁶. L'égalité apparaît donc dans la gestion de la coopération. Le fait de dire que les contrats de coopération sont conclus et exécutés sur une base égalitaire signifie

⁸⁵² *Id.*, p. 254.

⁸⁵³ *Id.*, p. 257.

⁸⁵⁴ *Id.*, p. 260 : le contrat-coopération, « [à] l'instar de la [permutation...], organise un transfert réciproque de valeurs entre les patrimoines des parties. Cependant, ces transferts réciproques de valeurs ont pour objet la poursuite de l'entreprise commune dans la perspective d'un partage des résultats. En d'autres termes, la coopération se présente comme une commutation dont l'objectif est d'aboutir à une distribution ».

⁸⁵⁵ *Id.*, p. 261 : « la justice coopérative répondrait dans le même temps à la logique horizontale commutative – la réciprocité – et à la logique verticale distributive – la proportionnalité ».

⁸⁵⁶ *Id.* précisant que le contrat-coopération « se préoccupe d'offrir aux partenaires des armes égales pour défendre leurs intérêts économiques. Mais ce faisant, il agit non en amont mais au cours de l'exécution du projet commun de manière à leur donner les moyens de garantir le respect d'un certain équilibre dans la répartition des profits engendrés par celui-ci ».

alors que la relation juridique nouée au sein de cette structure permet aux partenaires de gérer la coopération de manière égalitaire.

Toutefois, l'égalité juridique telle que précédemment définie peut se combiner avec une certaine dépendance entre les partenaires. L'indépendance juridique n'empêche alors pas les partenaires d'être dépendant économiquement de leur cocontractant. Égalité juridique et dépendance économique ne sont alors pas tout à fait antinomiques dans le contrat-coopération.

Après avoir défini et donné les traits caractéristiques du contrat-coopération, Suzanne Lequette tente d'en déterminer le régime.

B. Le régime du contrat-coopération

Notre sujet ne s'attachant ni à la formation du contrat ni à son extinction, seuls seront envisagés les éléments liés à l'exécution de ce dernier. Deux points méritent, d'après l'auteure, d'être mis en avant concernant le contrat-coopération. Tout d'abord, tissant un lien privilégié entre les contractants, une obligation de bonne foi renforcée est nécessaire (1), allant jusqu'à l'adaptation des termes de l'engagement (2).

1. Une obligation de bonne foi renforcée

Le contrat-coopération donne naissance à deux choses, à savoir un rapport d'obligation complémentaire et une norme de coopération. « La norme de coopération à laquelle il donne naissance est simplement à la source de devoirs qui, en favorisant l'ajustement des obligations, permettent au contrat d'atteindre son effet utile »⁸⁵⁷.

Cette norme de coopération intervient, car le contrat-coopération nécessite une mise en relation des prestations ce qui suppose alors un ajustement des obligations au fur et à mesure de l'avancement du projet commun, mais également un ajustement du contenu obligationnel puisque ce contrat suppose le passage du temps pour permettre son plein effet. La coopération accompagne donc le rapport d'obligations, mais ne peut prétendre à la qualification de norme

⁸⁵⁷ *Id.*, p. 335.

puisqu'elle « varie en teneur et en intensité »⁸⁵⁸. La norme de coopération agit cependant sur l'exécution des obligations et des prérogatives contractuelles⁸⁵⁹.

Lorsqu'une partie conclut un contrat, elle s'engage à exécuter une prestation. Elle a, en outre, le devoir de respecter le but contractuel afin que le contrat produise son effet utile. Ainsi, c'est le comportement du cocontractant qui doit permettre de donner au contrat son utilité. Dans le contrat-coopération, les parties ont donc une obligation particulièrement importante de coopération. La signification de la bonne foi se retrouve alors dans ces exigences comportementales. « Il en résulte que la signification de la règle est naturellement appelée à varier selon le type de fonction économique que remplit le contrat »⁸⁶⁰.

Dans les contrats-permutation, il y a peu de place pour un rôle positif de la bonne foi, puisqu'il s'agit simplement, dans la plupart des cas, d'une interprétation de l'objet de l'obligation essentielle. Il s'agit simplement d'une obligation négative de ne pas nuire à son cocontractant.

Dans le contrat-coopération, « l'exigence de bonne foi est la traduction de l'assujettissement des parties au but contractuel »⁸⁶¹. Ainsi, le devoir de bonne foi exige, outre l'abstention de ne pas nuire à son partenaire, un comportement actif des partenaires, qui est particulièrement exigeant. Il existe alors un véritable devoir de coopération entre les partenaires. Chaque contractant doit coopérer à la réalisation de l'objectif commun, autant dans son propre intérêt que dans celui de son partenaire. Cette exigence positive de bonne foi consistant à prendre en compte les intérêts du cocontractant répond à la fonction économique du contrat-coopération, à savoir la mise en relation d'actifs complémentaires dans le but de la réalisation d'un projet commun, et non d'un esprit de solidarité entre les partenaires⁸⁶².

Dans le contrat-coopération, « l'assujettissement des parties à la norme de coopération donne à l'exigence de bonne foi une portée positive au point qu'elle fait corps avec les obligations contractuelles. C'est ainsi que le devoir de coopération qui s'impose aux parties prolonge les

⁸⁵⁸ *Id.*, p. 336.

⁸⁵⁹ *Id.* : « [l]e contrat-coopération doit s'attacher non seulement à garantir l'exécution des prestations essentielles par les parties, mais aussi à permettre leur mise en relation dans le cadre d'un projet commun et ce, pendant une certaine durée. La formation de la norme de coopération est, à ce point de vue, capitale ».

⁸⁶⁰ *Id.*, p. 340.

⁸⁶¹ *Id.*, p. 343.

⁸⁶² *Id.*, p. 345 et s.

obligations essentielles de façon à les lier utilement»⁸⁶³. La bonne foi suppose donc que les partenaires donnent sa pleine efficacité au contrat, permettant d'en orienter l'exécution afin que les intérêts de tous les partenaires soient pris en considération⁸⁶⁴.

Le devoir de coopération a une intensité variable, dans le sens où c'est son intensité qui permettra de déterminer avec plus ou moins de facilité la faute contractuelle. En effet, « plus la norme de coopération sera exigeante, plus il sera aisé de retenir la faute contractuelle ; et inversement, plus la norme de coopération sera lâche, et plus sera requise l'exigence d'un manquement contractuel caractérisé »⁸⁶⁵. Les variations possibles de la norme de coopération sont multipliables à l'infinie. L'intensité du devoir de coopération va pouvoir varier en fonction des parties et du contrat. L'auteure précise que deux paramètres principaux doivent être pris en compte par le juge : « des paramètres subjectifs tenant aux parties et plus encore au lien personnel de coopération qui les unit, et des paramètres objectifs tenant à l'opération contractuelle et aux circonstances entourant l'exécution du contrat »⁸⁶⁶.

Ainsi, plus la confiance est grande entre les partenaires et plus la norme de coopération devra être exigeante. De la même manière, plus le contrat-coopération envisagera une opération complexe et plus la norme de coopération sera exigeante. Ou encore, en considération de l'état d'avancement du projet, à savoir si le temps nécessaire à l'amortissement des investissements effectués par les parties est réalisé, ce qui suppose un devoir de coopération moindre que dans le cas contraire.

Concernant les contractants, le prestataire instrumental a un devoir de coopération plus important que le prestataire final dans le sens où il donne les moyens à ce dernier de réaliser le projet commun. Elle se traduit principalement par un devoir d'assistance entendu largement comme l'aide apportée à son cocontractant pour l'exécution de sa prestation⁸⁶⁷. Il en est ainsi du franchiseur qui doit assister le franchisé, notamment en termes de savoir-faire ou de publicité. Il a également une obligation d'information et de non-concurrence.

⁸⁶³ *Id.*, p. 347.

⁸⁶⁴ *Id.*, p. 348 : « [a]lors que les obligations essentielles poursuivent chacune la réalisation d'une fraction de l'opération contractuelle, l'exigence de bonne foi accompagne ces obligations pour en orienter l'exécution non pas dans le sens de l'intérêt égoïste de l'une ou de l'autre des parties mais dans celui de la finalité du contrat, c'est-à-dire dans l'intérêt des deux parties ».

⁸⁶⁵ *Id.*, p. 351.

⁸⁶⁶ *Id.*

⁸⁶⁷ *Id.*, p. 353.

Le prestataire final, quant à lui, doit exploiter l'entreprise commune en prenant en compte les intérêts de son partenaire. Ainsi, est exigé de lui un devoir d'information concernant l'évolution du projet commun⁸⁶⁸.

Le devoir de coopération mis en lumière dans le contrat-coopération, la question se pose de savoir si ce dernier doit se prolonger dans un devoir d'adaptation.

2. L'adaptation du contrat-coopération

Étant donné l'intégration dans le contrat-coopération d'une norme de coopération, la question de l'adaptation du contrat se pose avec importance, notamment par le fait qu'il organise « un enchaînement de prestations complémentaires mises au service d'un projet commun », lui donnant une teneur évolutive. Un changement important des circonstances pourrait, en effet, porter atteinte à la réalisation même du projet commun⁸⁶⁹. L'adaptation des termes de l'engagement est donc le prolongement du devoir de coopération.

Dans le contrat-coopération, les contractants ont l'obligation d'adopter un comportement actif lors de la renégociation des termes de l'engagement, eu égard à l'exigence renforcée de bonne foi qui pèse sur eux. Cette exigence impose également l'adaptation du contrat lorsque des propositions raisonnables et acceptables pour le cocontractant sont faites. Cependant, l'auteure estime que l'adaptation judiciaire du contrat doit être exclue dans le contrat-coopération⁸⁷⁰. En cas d'échec des négociations, et si aucun des partenaires n'a commis de faute, le contrat pourra être résilié, même s'il est à durée déterminée.

C'est principalement à travers l'octroi de pouvoirs unilatéraux que le contrat pourra être adapté. Dans le contrat-coopération, des pouvoirs unilatéraux sont fréquemment octroyés au prestataire instrumental, afin qu'il puisse adapter sa propre prestation dans l'objectif de la réalisation de l'opération. « L'adaptation est conçue ici largement, puisqu'elle emporte tout à la fois le pouvoir de fixer unilatéralement certains éléments du contrat, par exemple le prix, et

⁸⁶⁸ *Id.*, p. 356 et s.

⁸⁶⁹ *Id.*, p. 362.

⁸⁷⁰ *Id.*, p. 375.

celui de modifier ceux qui, initialement fixés, se révèlent inadaptés. Le prestataire final dispose, quant à lui, d'un pouvoir de gestion et de direction de l'opération »⁸⁷¹.

Le pouvoir octroyé à l'un des partenaires doit également être contrôlé. Il y aura donc abus de pouvoir lorsque son titulaire n'aura pas pris en considération l'intérêt commun de toutes les parties à l'opération. Ces pouvoirs unilatéraux sont donc soumis à la norme de coopération.

« À raisonner du point de vue du prestataire instrumental, il faut rechercher s'il a pris les mesures permettant à son cocontractant de poursuivre utilement l'entreprise. À raisonner du point de vue du prestataire final, il importe de vérifier si tout en exerçant ses pouvoirs d'entrepreneur, il a suffisamment pris en compte les intérêts de son partenaire »⁸⁷².

Suzanne Lequette propose donc une nouvelle catégorie contractuelle qu'elle nomme « contrat-coopération ». Ce contrat se définit comme la mise en relation d'actifs complémentaires dans l'objectif de la réalisation d'un objectif commun. Il a pour caractéristique de ne pas être figé lors de l'échange des consentements, il a donc un caractère évolutif. Il est également empreint d'une obligation de bonne foi particulièrement renforcée, dans le sens où la norme de coopération fait partie intégrante du contrat et se prolonge dans un devoir d'adaptation conventionnel des termes de l'engagement. Cependant, la définition de Suzanne Lequette semble particulièrement restrictive puisqu'elle exclut des contrats-coopération, les contrats-permutation à exécution successive, même si elle reconnaît qu'une relation peut naître entre les partenaires. La thèse de l'auteure est donc particulièrement instructive sur le régime applicable aux contrats dans lesquels une relation contractuelle de forte intensité existe, à savoir des obligations de coopération et d'adaptation, mais la définition proposée ne permet pas de rendre compte toute la réalité contractuelle.

Une autre théorie a vu le jour prenant en compte la relation contractuelle des partenaires, à travers la théorie des « contrats relationnels ».

Paragraphe 2 - La théorie des contrats relationnels

La théorie des contrats relationnels⁸⁷³ est complexe. Elle tente de coller au plus près de la réalité contractuelle, ce qui la rend difficilement systématisable. Macneil s'appuie sur deux

⁸⁷¹ *Id.*, p. 378 et s.

⁸⁷² *Id.*, p. 391.

⁸⁷³ Ian R MACNEIL et Paul J GUEDEL, *Contracts: exchange transactions and relations*, New York, Foundation Press, 2001, p. 25 où les auteurs précisent le changement de terminologie : « [r]elation for contracts at the "relational" »

points principaux pour développer sa théorie, à savoir la sous-socialisation du contrat et l'absence de reconnaissance du lien entre les parties.

« Macneil fonde sa théorie du contrat relationnel sur un continuum où les contrats se distribuent selon que l'échange économique auquel ils correspondent se révèle plus ou moins indépendant ou au contraire dépendant de la relation entre les parties et de l'environnement social »⁸⁷⁴.

Pour comprendre cette théorie, il est nécessaire de revenir sur sa genèse, afin de mettre en lumière ses objectifs, mais également ses particularismes (A). Il sera ensuite nécessaire d'étudier les critères permettant, selon Macneil, de qualifier un contrat de « relationnel » (B).

A. Aux origines de la théorie des contrats relationnels

Macneil a une vision particulière du contrat, qu'il ne définit pas comme un accord de volonté entraînant des effets de droit ou comme une promesse ou un ensemble de promesses à l'instar du *Restatement (Second) of contract*. Sa vision, fondée sur certains traits principaux redéfinis du droit des contrats, mérite alors une certaine attention afin de rendre compte de sa théorie (2). La compréhension de l'objectif de Macneil dans l'élaboration de la théorie des contrats relationnels ainsi que sa genèse permettra de comprendre les critères proposés (1).

1. La matérialité de la relation contractuelle

La théorie des contrats relationnels a été, principalement, développée aux États-Unis, par Ian R. Macneil⁸⁷⁵. Elle est issue d'une réflexion aussi bien sociologique que juridique⁸⁷⁶. Ce dernier estimait que la théorie classique du contrat ne permettait pas de comprendre l'intégralité du phénomène contractuel, étant trop axé sur la volonté des parties⁸⁷⁷ et sur l'immédiateté de la transaction. Ainsi, pour comprendre la théorie des contrats relationnels, il

end of the discrete-relational spectrum to be replaced with intertwined contractuel relations. Reason: Since all contracts are embedded in relations, all contracts are relational, and it becomes something of an oxymoron to label some as more relational than others ».

⁸⁷⁴ J.-G. BELLEY, préc., note 568 à la page 147.

⁸⁷⁵ M. A. EISENBERG, préc., note 200, 812 où l'auteur précise que « *relational contract theory, fathered by Ian Macneil* »; J.-G. BELLEY, préc., note 568 précise qu'il existe plusieurs théories des contrats relationnels. Cependant, notre étude sera basée principalement sur celle de Macneil, cette dernière étant la plus connue des juristes francophones mais également une théorie très souvent utilisée; Voir, à cet effet, Josetta MCLAUGHLIN, Jacqueline MCLAUGHLIN et Raed ELAYDI, « Ian Macneil and relational contract theory: evidence of impact », (2014) 20-1 *J. Manag. Hist.* 44.

⁸⁷⁶ Macneil est diplômé en sociologie et en droit.

⁸⁷⁷ I. R. MACNEIL, préc., note 96, p. 47 précisant que « *[t]he dominant role of consent in the jurisprudence of classical contract law has put intellectual barriers in the way of communicating a broader analysis of the subject than appears in that jurisprudence* ».

est nécessaire de revenir sur son origine, à savoir la critique de la théorie classique et l'observation du comportement des contractants (a), pour comprendre les normes de comportements que Macneil a élaborées (b). En effet, Macneil est passé des contrats relationnels à la théorie des contrats relationnels.

a. La nécessité d'un certain réalisme

Macneil a cherché à compléter la théorie classique en la confrontant à la réalité (i). Cette confrontation lui a permis de critiquer la théorie classique, tant au travers de ce qu'il nomme la *presentiation*, que de la *discreteness* (ii).

i. Le fondement des contrats relationnels : la pratique contractuelle

Macneil a développé une nouvelle théorie du contrat⁸⁷⁸, supposée compléter la théorie classique, fondée sur le principe de l'incomplétude, mais également sur la collaboration entre les parties. Afin de développer sa théorie, l'auteur s'est appuyé sur des études empiriques, dans l'objectif de déterminer les normes que les contractants allaient développer entre eux pour satisfaire leurs intérêts. C'est la raison pour laquelle cette théorie est généralement dénommée « contrat relationnel » ou « théorie relationnelle du contrat », l'auteur s'intéressant au lien, c'est-à-dire à la relation qui unit les parties au contrat.

« Relational contract theory, fathered by Ian Macneil, stands as a mirror image of classical contract law. Classical contract law was axiomatic and deductive ; relational contract theory is open and inductive. Classical contract law was standardized ; relational contract theory is individualized. Classical contract law was based on paradigm of strangers transacting on a perfect market ; relational theory is based on the paradigm of transactions by actor who are in an ongoing relationship, and often in a bilateral monopoly. Classical contract law was static ; relation contract theory is dynamic. Classical contract law was based on rational-actor psychology ; relational contract law is not »⁸⁷⁹.

Le projet de Macneil était de compléter les règles de droit classiques des contrats, estimant que ces dernières ne répondaient pas pleinement à la réalité contractuelle. L'objectif était de juxtaposer les normes légales et sociales, afin de comprendre leur relation et d'adapter le droit à la pratique⁸⁸⁰.

⁸⁷⁸ C. BOISMAIN, préc., note 28, p. 83 où l'auteur affirme qu'il « convient de préciser que cette théorie n'est pas le régime devant s'appliquer aux contrats relationnels, mais une théorie hétéroclite incluant l'origine des contrats relationnels, la manière de les différencier des contrats impersonnels etc ».

⁸⁷⁹ M. A. EISENBERG, préc., note 200, 812 et 813.

⁸⁸⁰ R. W. GORDON, préc., note 28, 567 précisant que « *they planned to go beyond the cases to discover what the relation between legal and social norms, and, if there were disparities between the two, to use the social norms (e.g., the best commercial customs) as the basis for reforming the legal ones* ».

« Certes, de l'aveu même de son père fondateur, Ian Macneil, l'élaboration de la notion de contrat relationnel avait à l'origine pour seule ambition de rendre compte d'une observation de la réalité, dans le but de souligner le décalage croissant entre les faits (la pratique contractuelle) et la théorie qui prétendait les appréhender (la théorie du contrat) »⁸⁸¹.

Pour Macneil, et d'après ces observations, les premiers contrats relationnels provenaient des sociétés primitives. En effet, étant donné le peu de spécialisation de ces sociétés, les échanges étaient fondés sur la relation⁸⁸². Ainsi, dans ces sociétés, les échanges ne sont pas organisés et se réaliseront dans le futur⁸⁸³.

L'étude de ces sociétés primitives lui a permis de se rendre compte que certaines relations impliquaient plus qu'un simple échange de biens ou de service, mais une implication personnelle de chacun des contractants dans l'exécution de l'accord. En effet, « *[t]hey involve the whole person, are unlimited in scope, are unique, and are not transferable* »⁸⁸⁴. Ainsi, les intérêts, sans être opposés, ne sont pas identiques ; elles n'œuvrent pas à la réalisation d'un objectif commun. Les sociétés primitives étaient donc conscientes qu'il pouvait exister des conflits d'intérêts entre elles, mais préféraient essayer de trouver un terrain d'entente plutôt que de voir la relation être anéantie⁸⁸⁵. À travers l'étude des sociétés primitives, Macneil a donc cherché à démontrer que le modèle contractuel traditionnel avait été créé avec le libéralisme économique, mais qu'il n'était pas inné.

L'étude des relations au sein des sociétés primitives a été rendue nécessaire par l'objectif de réformer ou de compléter le droit des contrats grâce aux normes sociales⁸⁸⁶ et a permis de

⁸⁸¹ Y.-M. LAITHIER, préc., note 28, 1 (version électronique).

⁸⁸² I. R. MACNEIL, préc., note 96, p. 10: « *[t]he first kind of relation contract includes all the intertwined exchange behavior of a primitive community. Such a community enjoys an independent economy with relatively little specialization, relative stability, and little fundamental change* ».

⁸⁸³ Pour une étude détaillée des échanges dans les sociétés primitives, voir, Marcel MAUSS, *Essai sur le don : forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, Chicoutimi, J-MTremblay, 2002; Alain CAILLÉ, *Anthropologie du don: le tiers paradigme*, Paris, Desclée De Brouwer, 2000; Jacques GODBOUT et Alain CAILLÉ, *L'esprit du don*, [Montréal], Boréal, 1992.

⁸⁸⁴ I. R. MACNEIL, préc., note 96, p. 13.

⁸⁸⁵ *Id.*, p. 18 et s: « *[i]n primitive contractual relations, however, there is much evidence of behavior and attitudes reflecting awareness of unity. [...] In relations, [...] if the parties have thought at all beyond the point of remembering the ever-present and fickle gods of mishap, they would wait to see if anything bad does happen, and if so, what. Then, they would deal with the problem with the whole range of community processes available for hard times* ».

⁸⁸⁶ La théorie des contrats relationnels de Macneil est issue du réalisme américain. Ces auteurs avaient pour ambition d'étudier les décisions judiciaires afin de découvrir la relation entre les décisions de justice et les normes sociales. R. W. GORDON, préc., note 28, 567: « *[s]ome of the Realists had been more ambitious about the reconstructive project: they planned to go beyond the cases to discover what the relation was about the reconstructive project: they planned to go beyond the cases to discover what the relation was between legal and*

démontrer que certaines relations pouvaient entraîner des obligations imprécises ou flexibles, qui devaient alors être adaptées en fonction du contexte d'exécution. L'appartenance au milieu social est cruciale pour Macneil, dans le sens où les règles du milieu social dans lequel évolue le contrat seront intégrées à l'accord, même de façon implicite.

« La liberté et la volonté consciente des parties ont joué un rôle dans l'établissement de leur relation, mais, au-delà de ce phénomène déclencheur, la moralité interne du contrat s'est développée conformément à la dynamique organique et immanente de leur rapport d'échange »⁸⁸⁷.

Même si l'évolution actuelle du droit des contrats entraîne une explicitation de ces normes sociales, Macneil a su démontrer que la normativité externe, liée au contexte social dans lequel la relation évoluait, pouvait devenir interne au rapport contractuel, en plus de la normativité interne déterminée par les parties⁸⁸⁸.

Macneil, et ses contemporains, ont donc observé les pratiques contractuelles des agents économiques dans leurs relations commerciales. Ils se sont alors servis aussi bien de l'anthropologie que de la sociologie afin de déterminer une sorte de paysage du monde contractuel tel qu'il se présente dans la réalité, c'est-à-dire dans la société. Ces études ont permis l'élaboration de normes de comportements, celles-ci ayant mis en lumière la théorie des contrats relationnels. Il est apparu que dans les transactions complexes, les hommes d'affaires ne concluaient pas forcément de contrats complexes, mais se fiaient à leur relation précédente avec leur partenaire, à leur réputation ou encore à leur honnêteté.

*« Businessmen often prefer to rely on « a man's word » in a brief letter, a handshake, or « common honesty and decency » - even when the transaction involves exposure to serious risks. Seven lawyers from law firms with business practices were interviewed. Five thought that businessmen often entered contracts with only a minimal degree of advance planning. They complained that businessmen desire to « keep it simple and avoid red tape » even where large amounts of money and significant risks are involved. [...] It is likely that businessmen pay more attention to describing the performances in an exchange than to planning for contingencies or defective performances or to obtaining legal enforceability of their contracts »*⁸⁸⁹.

social norms, and, if there were disparities between the two, to use the social norms [...] as the basis for reforming the legal ones ».

⁸⁸⁷ J.-G. BELLEY, préc., note 568 à la page 150.

⁸⁸⁸ *Id.* à la page 151 : « des normes sociales comme la justice distributive, la liberté, la dignité, l'égalité ou la justice procédurale, au même titre que des normes économiques comme la maximisation des richesses ou la rétribution au mérite, ne peuvent plus et ne doivent plus être traitées comme des normes externes à la relation ou extra-contractuelle. Dans la société contemporaine où s'accroît l'autonomie de fonctionnement des sphères spécialisées, par exemple celle des relations industrielles, l'obligation d'harmonisation normative assumée par les acteurs à travers leurs contrats, devient un moyen incontournable de soutenir l'unité morale de la société ».

⁸⁸⁹ S. MACAULAY, préc., note 204, 58 et s.

Il est également apparu que les acteurs économiques ne faisaient guère attention au droit, mais qu'ils se fondaient sur leur relation. L'absence de sanction légale n'avait guère d'importance pour ces derniers, le lien existant ainsi que les sanctions économiques et sociales⁸⁹⁰ étant suffisants pour garantir une exécution conforme des obligations⁸⁹¹.

« Thus one can conclude that (1) many business exchanges reflect a high degree of planning about the four categories – description, contingencies, defective performance and legal sanction – but (2) many, if not most, exchanges reflect no planning, or only a minimal amount of it, especially concerning legal sanctions and the effect of defective performances. As a result, the opportunity for good faith disputes during the life of the exchange relationship often is present »⁸⁹².

Ainsi, le monde des affaires ne semble pas faire du contrat un « outil-sanction », mais l'utilise plutôt comme cadre de référence, permettant l'organisation d'une relation d'affaires⁸⁹³. Suite à ces observations, Macneil a donc critiqué la théorie classique du contrat, et démontré que ce dernier pouvait être fondé sur un axe, allant de la transaction à la relation⁸⁹⁴.

ii. Les critiques de la théorie classique

L'observation de la pratique contractuelle a permis à Macneil de critiquer la théorie classique. Il a ainsi opposé les contrats transactionnels⁸⁹⁵, correspondant à la théorie traditionnelle, aux contrats relationnels⁸⁹⁶. Il a mis en évidence que la théorie classique présentait deux lacunes, qu'il dénomme *discreteness* et *presentation*⁸⁹⁷.

⁸⁹⁰ Il est ici, en outre, fait référence à la réputation des acteurs économiques, voir, Steven C. HACKETT, « Is relational exchange possible in the absence of reputations and repeated contact? », (1994) 10-2 *J. Law Econ. Organ.* 360.

⁸⁹¹ S. MACAULAY, préc., note 204, 60: « [f]or example, in Wisconsin requirements contracts – contracts to supply a firm's requirements of an item rather than a definite quantity – probably are not legally enforceable. Seven people interviewed reported that their firms regularly used requirements contracts in dealing in Wisconsin. None thought that the lack of legal sanction made any difference ».

⁸⁹² *Id.*

⁸⁹³ A. ROY, préc., note 274, 860.

⁸⁹⁴ L. ROLLAND, préc., note 155 à la page 596 : « [t]ous les rapports contractuels s'inscrivent alors sur une courbe, allant des échanges à faible teneur relationnelle (*discrete transaction* ou contrat relationnel) aux échanges à très forte teneur relationnelle (contrat relationnel allant jusqu'à l'*intertwined contract* ou contrat interrelié), mais présupposant une relation toujours présente ».

⁸⁹⁵ I. R. MACNEIL, préc., note 28 parle de « *discret contract* »; Cependant, C. BOISMAIN, préc., note 28 a préféré la dénomination de contrat impersonnel, Macneil critiquant aussi bien la temporalité figée du contrat que son caractère abstrait; L. ROLLAND, préc., note 46 parle de contrat transactionnel pour qualifier les « *discret contracts* » dénommés par Macneil. Dans les relations discrètes, les parties, une fois le contrat conclu, ne devraient qu'à avoir à suivre l'organisation initialement prévue, c'est-à-dire que les contractants n'ont qu'à exécuter leurs prestations. Macneil distingue les « *discret contracts* » des « *relational contracts* » dans lequel le contrat est évolutif; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, préc., note 155, estiment que l'on pourrait qualifier les contrats discrets de « fugitifs ».

⁸⁹⁶ P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 10, p. 204, qui, de manière succincte, évoque la distinction entre ces deux types de contrats.

⁸⁹⁷ I. R. MACNEIL, préc., note 96.

La première correspond à « l'impersonnalité » dans le contrat⁸⁹⁸. La théorie classique ne prend pas en considération les caractéristiques des contractants⁸⁹⁹ ni leurs liens passés ou futurs. Les contractants apparaissent donc comme indépendants⁹⁰⁰, séparés de la société, mais également de leur promesse⁹⁰¹. En outre, la distinction entre les contractants et les tiers est particulièrement nette. « Toutes dimensions psychologiques ou sociales — comme la confiance, la réputation, voire le langage lui-même — sont absentes »⁹⁰².

La seconde renvoie à la complétude de l'accord, la théorie classique l'estimant complet dès sa conclusion et quel que soit la durée de son exécution⁹⁰³. Toutes les obligations des parties sont incorporées dans l'accord. Le contrat transactionnel planifie avec minutie une permutation entre deux agents économiques indépendants, qui n'entretenaient et n'entreprendront pas de nouvelles relations. Le contrat transactionnel est « parfaitement délimité et ponctuel »⁹⁰⁴. Il ne peut être modifié suite à un changement de circonstances, la volonté initiale des parties étant sacrée⁹⁰⁵. Macneil a donc démontré que ce postulat était un leurre et que le temps, les capacités ou encore les choix contractuels pouvaient rendre le contrat incomplet⁹⁰⁶.

⁸⁹⁸ Le terme impersonnalité est une traduction de C. BOISMAIN, préc., note 28. Cette traduction nous semble plus appropriée que celle proposée sur *Termium Plus* (issu du Bureau de traduction des services gouvernementaux du Canada), qui propose les termes d'indépendance ou de caractère ponctuel. La *discreteness* ne renvoie qu'indirectement à l'indépendance des contractants l'un envers l'autre. Macneil cherche principalement à démontrer que les caractéristiques des contractants n'est pas pris en compte, et que le contrat est indépendant du contexte dans lequel il s'insère.

⁸⁹⁹ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 863 : « [t]o implement discreteness, classical law initially treats as irrelevant the identity of the parties to the transaction ».

⁹⁰⁰ *Id.*, 856 : « [a] truly discrete exchange transaction would be entirely separate from all other present relations but from all past and future relations as well. In short, it could occur, if at all, only between total strangers, brought together by chance (not by common social structure, since that link constitutes at least the rudiments of a relation outside the transaction). Moreover, each party would have to be completely sure of never again seeing or having anything else to do with the other ».

⁹⁰¹ *Id.*, 858 : « [a] promise presuppose that the promisor's individual will can affect the future at least partially free of the communal will, thus separating the individual from the rest of his society. Such separation is an element of discreteness. Promise also stresses the separateness of the promisor and the promisee, another element of discreteness. Moreover, some specificity and measured reciprocity is essential to an exchange of promises - no one in his right mind promises the world. This, again, results in an irreducible level of discreteness ».

⁹⁰² H. BOUTHINON-DUMAS, préc., note 28, 345.

⁹⁰³ J. ROCHFELD, préc., note 96, 9 (version électronique).

⁹⁰⁴ Matthieu MANDARD, « Théorie du contrat relationnel et gouvernance des relations interentreprises », *Gérer Compr. Sér. Trimest.* 2012.109.13, 4 (version électronique).

⁹⁰⁵ H. MUIR WATT, préc., note 97 à la page 173, précisant que « la valeur sacro-sainte que revêt la sécurité contractuelle interdit toute interprétation de l'accord des parties autrement que par référence à la volonté telle qu'elle s'est cristallisée au moment de la conclusion ».

⁹⁰⁶ I. R. MACNEIL, préc., note 96, précisant que « presentation is only a manner in which a person perceives the futur's effect on the present; but it depends upon events outside the individual psyche, events viewed as determining the future. Presentation is thus a recognition that the course of the futur is bound by present event,

« Relational contract theory rejects as unrealistic the examination in fractions of either people or their institutions. It considers humans only as a whole ; indeed, it goes farther, as it rejects the very idea of man-outside-society and insists that the smallest unit of social analysis has to be man-in-a-society ».
907

Le contrat transactionnel⁹⁰⁸ est alors opposé au contrat relationnel⁹⁰⁹, ce dernier correspondant à un « projet de coopération envisagé à long terme [... par...] des personnes qui se sont mutuellement et subjectivement choisies pour collaborer à la réalisation d'un projet commun »⁹¹⁰. Il s'agit d'un contrat ouvert, dont les termes évolueront en fonction aussi bien des parties que des circonstances. L'objectif du contrat relationnel n'est alors pas de se prémunir contre tous les incertitudes et comportements opportunistes ou de régler la fin de l'échange, mais bien de pérenniser la relation des parties en lui permettant d'évoluer et de s'insérer dans le contexte socio-économique duquel elle provient⁹¹¹.

Les contrats transactionnels et relationnels correspondent aux deux extrémités d'un axe ou d'un spectre. En effet, il n'existe pas de contrat purement transactionnel ou purement relationnel⁹¹². Selon l'intensité de la relation entre les partenaires, le contrat pourra être

and that by those events the future has for many purposes been brought effectively into the present »; I. R. MACNEIL, préc., note 96.

⁹⁰⁷ Ian R. MACNEIL, « Values in contract: internal and external », (1983) 78 *Nw UL Rev* 340, 409.

⁹⁰⁸ Ian R. MACNEIL, « Exchange revisited: individual utility and social solidarity », (1986) 96-3 *Ethics* 567, 14 : « [a]t one end are relatively discrete transactions. Discrete transactions are contracts of short duration, involving limited personal interactions, and containing precise party measurements of easily measured objects of exchange. [...] They require a minimum of futur cooperative behavior between the parties and no sharing of benefits or burdens. They bind the two parties tightly and precicely ».

⁹⁰⁹ I. R. MACNEIL et P. J. GUEDEL, préc., note 873, p. 15 : « [a]t the other end of the contract spectrum are ongoing relations. [...] The relation are of significant duration [...]. Close whole person relations form an integral part of the relation [...]. The object of exchange typically includes both easily measured quantities [...] and quantities not easily measured [...]. Future cooperation behavior is anticipated [...]. The entangling strings of friendship, reputation, interdependance, morality, and altruistic desires are integral parts of the relation [...]. Finally, the participants never intend or expect to see the whole future of the relation as presentiated at any single time, but view the relation as an ongoing integration of behavior to graow and vary with events into a largely unforeseeable future ».

⁹¹⁰ A. ROY, préc., note 274, 861; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, préc., note 155, p. 78, précisant que « [c]ette appellation, a priori étrange dans la mesure où tout contrat a vocation à établir une relation entre deux ou plusieurs personnes, vise à distinguer une catégorie de contrats qui auraient pour caractéristique, notamment, l'établissement de relations de coopération confiante vouées à durer, ce qui justifierait un régime juridique propre, marqué par la souplesse et la flexibilité tant au plan de la formation qu'à celui de l'exécution du contrat »; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 14, p. 124.

⁹¹¹ L. ROLLAND, préc., note 46, 926, qui précise que « [p]artageant un destin économique commun, privilégiant la survivance de leurs liens d'affaires, les parties délaissent la mentalité conflictuelle des transactions au profit de la concertation. Tant et si bien que les valeurs dominantes logent dans la coopération, à savoir intégrité et solidarité ».

⁹¹² I. R. MACNEIL, préc., note 28, 895, précisant qu'aucun contrat n'était purement transactionnel ou purement relationnel: « *a)s-if-discreteness. The word « discrete » too raises a problem. Since all discrete transactions are embedded in relations, they are relational and not truly discrete. To use the label « doscrete » to identify that end of the spectrum appears to be a denial of this fact about some transactions. This might not be a serious problem, were it not for the mesmerizing, indeed paralyzing, influence that the idea of discrete transactions has come to*

qualifié de transactionnel ou de relationnel. Ainsi, à l'image de la balance, plus le poids ira d'un côté, plus le contrat sera considéré comme tel⁹¹³. La théorie des contrats relationnels apparaît donc « plus englobante puisqu'elle inclut le contrat transactionnel que la doctrine juridique classique pose comme moule universel, mais sans exclure ou marginaliser les autres figures dont l'empirie nous apprend qu'elles sont des modèles constants dans le monde économique contemporain »⁹¹⁴.

*« There is no such thing as a discrete transaction or contract. All transactions or contracts are embedded in relations. What people think of as discrete transactions are not. Rather, for a wide range of reasons and purposes, they think of them and treat them as if they were discrete. This may be extremely useful, but it does not make them into discrete transactions »*⁹¹⁵.

Ces critiques ont ainsi permis à Macneil de donner des définitions propres à la théorie des contrats relationnels.

b. Des définitions propres à la théorie des contrats relationnels

Macneil ne définit ni l'échange (i) ni le consentement (ii) ni le contrat (iii) conformément au droit classique américain.

i. La définition de l'échange

Conformément à la théorie classique, les hommes ne sont pas autosuffisants. Ils ont donc besoin d'échanger et de contracter les uns avec les autres, ce qui leur permet d'obtenir ce dont ils ont besoin, ne pouvant le faire eux-mêmes⁹¹⁶. Cependant, pour Macneil, cette définition est trop réductrice⁹¹⁷. En effet, il estime qu'il peut y avoir échange, même avec une tierce partie.

have in the Western mind ». ; I. R. MACNEIL, préc., note 907, 344 : « *it is important to stress the highly relational character of all contracts in real life. Exchange of any imporytance is impossible outside a society* ».

⁹¹³ Varouj A. AIVAZIAN, Michael J. TREBILCOCK et Michael PENNY, « The law of contract modifications: the uncertain quest for a bench mark of enforceability », (1984) 22-2 *Osgoode Hall LJ* 173, 207 précisant que « *as Macneil has pointed out, any simple definitional dichotomy between discrete and relational contracts is impossible to frame. Degrees of integration and interdependence in commercial relationships reflect enormous variations* ».

⁹¹⁴ L. ROLLAND, préc., note 46, par. 34.

⁹¹⁵ I. R. MACNEIL et P. J. GUDEL, préc., note 873, p. 25.

⁹¹⁶ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 696 et s, précisant que « *[s]pecialization of labor presupposes exchange, since only exchange can achieve the distribution of rewards necessary to sustain specialization* ».

⁹¹⁷ I. R. MACNEIL et P. J. GUDEL, préc., note 873, p. 11, précisant que « *[e]ven if there were no established specialization of labor and the only exchanges possible were those of already existing property, exchange could still yield mutual benefits. People with unexpectedly large quantities of particular goods as the result of, for example, a bountiful hunt or harvest, might gain by trading them for other goods. So too, individual tastes and circumstances may change, so that people now differently value existing stocks of goods. Exchange will then yield mutual gain, not because of planned specialized production, but because "it happened that way" ».*

Pour Macneil, l'échange n'est donc pas exclusivement bilatéral, chacun recevant de l'autre quelque chose. Il peut être tripartite, ou multiparties. Cependant, les partenaires au sein de l'échange doivent pouvoir être identifiés, ou du moins, le donneur originel doit recevoir quelque chose, il doit être identifiable, même s'il ne reçoit pas directement du bénéficiaire originel. Ainsi, le donneur et le bénéficiaire doivent faire partie du cycle d'échange, et tous les partenaires du cycle doivent, lorsqu'il est terminé, avoir donné et reçu. Cette vision de l'échange ne peut être instantanée, elle dure sur une certaine période de temps⁹¹⁸.

« Direct bilateral exchange is, however, by no means essential. Exchange can equally well support specialization when it occurs in cycles in which no benefactor ever receives return benefits from the one whom he confers benefits ; the first beneficiary may confer benefits on a different beneficiary, who in turn confers benefits on another, and so on until the original benefactor receives a 'return » from someone in the cycle, but not a return directly traceable to the original beneficiary »⁹¹⁹.

En outre, pour Macneil, cet échange ne suppose pas d'égalité mathématique entre ce qui est donné et ce qui est reçu. Il n'y a pas de calcul préalable de ce que la partie donneuse recevra, l'échange ne supposant pas forcément un échange monétaire. Une des parties donne, en sachant qu'elle recevra en retour, mais sans moyen d'identification du bien reçu ni de sa valeur ni du moment de ce retour⁹²⁰.

Macneil a donc une vision particulièrement large de l'échange, qui peut être multipartite, sans recherche de gain, réciproque, mais en même temps, il est volontaire et obligatoire. Chacun reçoit quelque chose de quelqu'un en échange de ce qu'il a donné à un autre. Cette vision de l'échange permet d'avoir une vision beaucoup plus large du contrat, par rapport à la définition juridique traditionnelle.

⁹¹⁸ Comp. M. MAUSS, préc., note 883 et son triptyque « donner, recevoir, rendre ».

⁹¹⁹ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 697.

⁹²⁰ *Id.*, 700: « [t]o ensure that the foregoing is not misunderstood, particularly by anyone familiar with Marxist writings on exchange, let me emphasize that "exchange" as used here is most certainly not "measured reciprocal payment", a common usage of the term by both Marxist and non-Marxist writers. "Exchange" here encompasses much more. In particular it does not necessarily require measurement of reciprocity or individual consciousness of reciprocity or conscious desires to gain by exchange, all of which are patent or latent elements of "measured reciprocal payment". Nor is payment necessarily involved, if that word implies the use of money. Finally, as already noted, exchange need not to be bilateral or direct, but may be cyclical, a pattern likely to be not entirely in harmony with the term "measured reciprocal payment" ».

ii. La définition du consentement et de la conscience du temps

Pour Macneil, « *[t]he concept of some freedom to elect among a range of behaviors is one of the four primal roots of contract* »⁹²¹.

Pour lui, peu importe la réalité du consentement, à partir du moment où le contractant l'estimera réel. Ainsi, ce n'est pas l'existence d'un consentement libre qui semble important, mais le fait de se comporter comme s'il existait. Un choix effectué ou un consentement donné malgré de fortes contraintes n'apparaît pas être préjudiciable pour Macneil à la définition de contrat. En effet, les contractants peuvent subir des pressions notamment sociales, juridiques.

Ainsi, « *[t]he foregoing should not, of course, be taken to suggest that a highly coerced pattern is either the ideal prototype or current stereotype of contract. What is suggested is merely that inclusion of all choice situation, however truncated or twisted the choice may be, within the definition of contract may be useful in developing an understanding of the many futures of contracts. [...] To summarize, the second primal root of contract is the existence of a sense of choice and its exercise (apparent ou real) unfettered by recognized total physiological determinism, but irrespective of the degree of social control of the will* »⁹²².

En outre, Macneil estime que les échanges, et donc le fait de contracter, ne sont possibles qu'à partir du moment où les hommes ont conscience du temps, à savoir le passé, le présent et le futur. En effet, sans cette conscience, ils sont incapables de se projeter et de déterminer leurs besoins futurs. C'est grâce à ses trois éléments que le contrat peut s'introduire dans le milieu social.

iii. La définition du contrat

Macneil ne définit pas le contrat comme les instruments de droit américain le font, à savoir comme le *Restatement (Second) of Contract*. Pour lui, dans un premier temps, le contrat est « *the projection of exchange into the future, a projection emanating from a combining in a social matrix of the three contract roots just discussed* »⁹²³. Son analyse du contrat a évolué par la suite, dans le sens où cette définition ne permettait pas d'inclure les contrats à exécution instantanée, les contractants échangeant dans le futur.

⁹²¹ *Id.*, 701.

⁹²² I. R. MACNEIL, préc., note 28, 705.

⁹²³ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 712-713; I. R. MACNEIL, préc., note 96, p. 36 où il précise également, « *I defined the contract as « "the relation amongs parties of the process of projecting exchange into the future" ».*

Macneil a donc préféré retenir une définition tout aussi large du contrat⁹²⁴, mais qui prend dorénavant en compte les échanges instantanés. Pour lui, « *[c]ontract means relations among people who have exchanged, are exchanging, or expect to be exchanging in the future* »⁹²⁵. Cette définition du contrat est particulièrement large, dans le sens où elle englobe aussi bien les relations présentes, que celles passées ou futures, à partir du moment où il y a un échange⁹²⁶. La notion d'échange apparaît donc primordiale à la définition du contrat. La relation montre que le contrat va au-delà du simple échange et peut être le support d'une relation évoluant graduellement⁹²⁷.

La définition de Macneil ne précise pas la manière dont les parties sont engagées dans un contrat. Ce dernier, en droit civil, est généralement défini comme un engagement volontaire, ce qui suppose que les contractants aient émis la volonté de s'engager pour pouvoir être parties à un accord. Cependant, la norme de consentement, tel qu'il l'a développé, fait partie intégrante de tous les contrats, ce qui suppose que les parties ne sont engagées que dans la mesure où elles y ont consenti.

L'article 1101 nouveau du Code civil prévoit que le contrat est « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». La définition de Macneil semble donc bien loin de la définition du contrat en droit civil. Sa définition semble beaucoup plus — ou beaucoup trop — large pour pouvoir donner naissance à un régime juridique. Ceci ne dérange pourtant pas Macneil, qui estime que l'échange est la première chose à prendre en considération. En effet, « *[i]f we wish to*

⁹²⁴ Ian R. MACNEIL, « Relational contract theory as sociology: A reply to professors Lindenberg and de Vos », (1987) 143 *J. Institutional Theor. Econ.* 272, 273.

⁹²⁵ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 878 Voir également la note 6, dans laquelle il précise : « '*[c]ontract' refers to such relations, and the contract refers to a particular example of such relations. The definition in the text is literally broader than that specified in Ian R. Macneil, The New Social Contract 4 (1980) [hereinafter Macneil, New Social Contract]: 'By contract I mean no more and no less than the relations among parties to the process of projecting exchange into the future.' This reasonably has confused some readers, although I never meant to exclude either the past or present from the concept. Indeed, I do not believe it to be possible for a present exchange to occur without projecting it into the future, since the exchange has at least this future: 'Hands off! This is mine now' ».*

⁹²⁶ La difficulté du droit civil actuel, de qualifier la période pré et post-contractuelle montre bien que la définition du contrat est trop restrictive et qu'elle ne peut, à elle seule, englober toutes les évolutions. La relation des parties avant et après la conclusion du contrat est d'ailleurs écartée du domaine contractuel alors pourtant qu'un contrat existera ou a déjà existé. Voir, à cet effet, Denis MAZEAUD, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », dans *Etudes offertes à Jacques Ghestin: Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 637 La définition du contrat de Macneil sous-entend donc qu'il va au-delà du contrat à proprement parlé pour définir la relation contractuelle, le contrat passant au second plan. En effet, il apparaît difficile de définir le contrat avant même l'échange des consentements qui est la base de l'engagement. La définition de contrat de Macneil est donc, malgré le vocabulaire utilisé, une définition de la relation contractuelle.

⁹²⁷ L. ROLLAND, préc., note 155 à la page 598.

understand contract, and indeed if we wish to understand contract law, we must think about exchange and such thing first, and law second »⁹²⁸.

Après avoir critiqué la théorie classique du contrat, et déterminé ce qu'il entendait par contrat, il est nécessaire de comprendre le fondement de sa théorie des contrats relationnels. Pour ce faire, il apparaît important de prendre en considération les normes comportementales communes sur lesquelles il s'est fondé.

2. Des normes comportementales communes

Afin de développer sa théorie des contrats relationnels, ou plutôt les critères permettant de qualifier un contrat de relationnel, Macneil a cherché à déterminer quels étaient les comportements adoptés par tous les contractants⁹²⁹. C'est ainsi qu'après une certaine évolution du nombre de normes⁹³⁰, il a déterminé que le comportement des parties pouvait être classé en dix normes, soit dix comportements⁹³¹ qu'il définit comme étant « *[a] principle of right action, binding upon members of a group and serving to guide, control, or regulate proper and acceptable behaviors* »⁹³². Ces dix normes sont communes, que le contrat soit relationnel ou transactionnel. On peut remarquer, cependant, que certaines de ces normes peuvent, avec plus ou moins de variante et de biais, se retrouver dans la théorie classique (a), alors que d'autres y sont, plus ou moins, ajoutées (b).

Les dix normes développées par Macneil correspondent à l'utilité que peut avoir le contrat pour les partenaires. Ces normes ont été développées afin de démontrer que la théorie classique, ainsi que l'analyse économique, ne pouvait pas prendre pour acquis que les contractants cherchaient, principalement, voire exclusivement, la maximisation de leur propre richesse⁹³³.

⁹²⁸ I. R. MACNEIL, préc., note 96, p. 5.

⁹²⁹ Les normes communes de Macneil ne correspondent pas aux devoirs comportementaux développés par la doctrine francophone. Voir, L. CADIET, préc., note 224 à la page 177.

⁹³⁰ I. R. MACNEIL, préc., note 28, n. 20 : « *[w]hen I first set them out, there were five behavioral categories [...]. Then, there were six [...] Then, there were nine [...]. Finally, there were ten [...]. These categories are not intended to be exhaustive in the sense of constituting an all-inclusive social theory* ».

⁹³¹ Ian R. MACNEIL, « Relational contract theory: unanswered questions », 94 *Northwest. Univ. Law Rev.* 2000, 878 où l'auteur fait synonyme les termes de normes et de comportements communs en précisant, « *[s]ince repeated human behavior invariably create norms* ».

⁹³² I. R. MACNEIL, préc., note 96, p. 38; M. MANDARD, préc., note 904, 8 (version électronique).

⁹³³ I. R. MACNEIL, préc., note 908, 577, précisant que « *[i]t is thus a mistake to think of "net utilitarian advantage" in its outside-of-society context involving fictional maximizers of individual utility immersed in relations creating*

a. Des normes comportementales traditionnelles

Macneil a mis en lumière six normes communes ou comportements communs aux contractants qui sont pris en compte, également, dans la théorie classique.

i. Effectuation of consent

La première norme développée est l'« *effectuation of consent* », qui correspond à l'accord de volonté, tel que défini dans le droit classique des contrats⁹³⁴. Il s'agit d'une norme commune, car le consentement est nécessaire à l'engagement. Nul ne peut être contractuellement engagé sans y avoir consenti.

Toutefois, Macneil ne considère pas que le consentement doive être libre et éclairé pour engager⁹³⁵. Un consentement forcé, qu'il le soit par une personne en particulier ou par certaines circonstances sera donc valide⁹³⁶, comme indiqué dans les traits caractéristiques de l'échange et du contrat. En effet, « *I believe that such understanding is aided by encompassing within the scope of contract even heavily coerced choice* »⁹³⁷.

Il l'explique en considération de diverses raisons. Pour lui, les pressions sociales ne sont jamais assez fortes pour obliger un individu à contracter, d'autant plus que tout individu subit plus ou moins de pression, qu'elle qu'en soit la nature. En outre, étant donné qu'il existe plusieurs types de pressions, il apparaît difficile de déterminer celles qui exercent réellement une forme de coercition de celles qui relèvent de pressions normales.

Cette norme concernant le consentement est particulièrement développée dans les contrats transactionnels, car les parties doivent avoir accepté d'être engagées, mais également parce qu'elles ne seront engagées que dans la mesure de leur engagement, c'est-à-dire les obligations expressément prévues. Pour Macneil, cette norme est moins importante dans les contrats relationnels, car les partenaires s'engagent seulement sur le principe de la relation.

countless countermotives. Exchange is virtually always relational exchange, that is, exchange carried on within relations having significant impact on its goals, conduct and effect ».

⁹³⁴ I. R. MACNEIL, préc., note 96, p. 47; I. R. MACNEIL et P. J. GUEDEL, préc., note 873, p. 21: « *[t]his is the idea of consent, the exercise of a choice to bind oneself to do or not to do something in the future* ».

⁹³⁵ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 703 où l'auteur affirme que « *I believe that such understanding is aided by encompassing within the scope of contract even heavily coerced choice* ».

⁹³⁶ I. R. MACNEIL, préc., note 907, 369: « *One example of how sovereignty prevention of the common contracts norms destroys contract is the generally conceded inefficiency of slave labor camps; the levels of reciprocity in such camps are simply too low for effective contractual relations to exist* ».

⁹³⁷ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 703.

ii. Implementation of planning

La deuxième norme développée par Macneil est « *implementation of planning* »⁹³⁸, qui prend en compte les prévisions des parties, et plus précisément la façon dont le cocontractant va exécuter son obligation contractuelle. Cette prévision des parties s'effectue lors de la conclusion du contrat, lors de la détermination claire et précise de l'objet du contrat accompagnée des questions accessoires relatives à l'objet⁹³⁹. Les parties peuvent également simplement prévoir la structure dans laquelle la relation va évoluer ainsi que l'objectif à atteindre⁹⁴⁰. C'est en effet principalement dans les contrats relationnels où l'objet du contrat ne peut être déterminé avec précision⁹⁴¹, que ce dernier type de planification se rencontrera.

Cette norme sera limitée à la formation du contrat dans les accords transactionnels alors qu'elle pourra se poursuivre pendant la phase d'exécution dans les accords relationnels. Ces lacunes dans la planification et les prévisions nécessitent des réaménagements tout au long de l'exécution du contrat, qui pourront être implicites ou explicites⁹⁴². En outre, Macneil montre que le fait que les présuppositions des contractants, c'est-à-dire les éléments restés silencieux, mais que les parties ont estimé connus de l'autre, soient intégrées et appliqués au sein de la

⁹³⁸ I. R. MACNEIL, préc., note 96, p. 47; I. R. MACNEIL et P. J. GUEDEL, préc., note 873, p. 20: « *[c]ontractual behavior always involves some planning for the future, which in turn requires some sense that the planning is not altogether fruitless, that it is likely to be worthwhile following the plans subsequently* ». Voir également, la partie II de son ouvrage consacré spécifiquement à "*Planning contractual relations*"; I. R. MACNEIL, « Economic analysis of contractual relations: its shortfalls and the need for a rich classificatory apparatus », (1980) 75 *Nw UL Rev* 1018, 1029 et s.

⁹³⁹ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 758.

⁹⁴⁰ I. R. MACNEIL, préc., note 96, p. 47: « *[p]lanning how to do things and how to structure operating relations rather than simply defining what is to be exchanged has come to dominate a great deal of modern contract* ».

⁹⁴¹ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 758 et suiv. où il est précisé que « *[i]n transactions, since the whole object is the exchange of specific and identified goods and services, planning inevitably focuses on the definition of the substance of the exchange-price on the one hand (including not only amount, but time and other factors, such as various risks, affecting the real price), and the goods or services on the other. Process planning, too, may occur in connection with such transactions, but the process is intended to deal with troubles in the transaction* » puis, « *To the extent that the relation cannot be or is not transactionized at the time of planning there will be no sharp focus on the substance of the exchange to occur under the relation. This does not mean that the remainder of the relation will necessarily be unplanned. Rather, planning is likely to focus on the manner in which the relation is to operate; such planning is thus constitutional and procedural rather than substantive. This kind of planning provides frameworks for further planning and mutual agreement as needed in the future* ».

⁹⁴² *Id.*, 774 où l'auteur expose que « *[u]nlike transactions, relations are characterized by extensive post-commencement planning, the fundamental source of which is the on-going operation of the relations themselves. Such planning may range from very precise and considered to highly inadvertent, muddling if you will. The only justification in the latter instance for the label "Planning" is the existence of a vague recognition that present actions will indeed have impact on the future. In such instances planning is by default, but it is no less significant on that account in terms of future impact. In contract relations relatively inadvertent planning is important not only for itself, but because it is on this sea of day-to-day »ongoingness« that the explicit planning, if any, sails. In a relation explicit planning always takes place within the constraints of the relation itself, and can be understood only in the contexts of the relation* ».

relation, fait penché le contrat du côté relationnel de l'axe⁹⁴³. Ces deux premières normes renvoient spécifiquement aux parties elles-mêmes. Elles dépendent donc de la volonté des contractants, elles leur sont internes⁹⁴⁴.

iii. Role integrity

La troisième norme développée par Macneil est « *role integrity* »⁹⁴⁵. Il s'agit de prendre en considération les attentes comportementales d'un contractant, à savoir le comportement souhaité⁹⁴⁶. En effet, « chaque contractant doit répondre positivement aux attentes légitimes de l'autre partie et s'abstenir de nuire à ses intérêts légitimes »⁹⁴⁷. Cette norme réfère donc à une exécution utile des obligations contractuelles pour le partenaire, mais également .

Elle réfère également à la cohérence du comportement de chacun des partenaires. En effet, « *[t]he very nature of roles calls for internal consistency* »⁹⁴⁸. En outre, elle démontre également les divers conflits inhérents à la volonté de maximisation des gains à court terme avec celui de la maximisation des gains grâce à la solidarité et à la coopération entre les partenaires. Macneil estime alors que « *[t]he principe is that as a limited order, of leaving areas for conflict to be played out in struggle and compromise, but within limits confining its scope and intensity* »⁹⁴⁹.

⁹⁴³ *Id.*

⁹⁴⁴ P. J. GUEDEL, préc., note 187, 783, citant Macneil, « Bureaucracy and and Contracts of Adhesion », (1984) 22 OSGOOD HALL LJ 5, à la p 20 - 21: « *[l]iberal society has always recognized numerous legitimate relations into which entry is by consent, but the content of which is largely unknown at the time the consent was given. This is the idea of joining a relation. We can join a law firm or a university faculty [...]; we can join the army; we can join a corporation by buying its shares; we can join in holy matrimony. In each instance we can do so in spite of largescale ignorance about the restraints we are accepting. In spite of our ignorance liberal society will bind us to those unknown restraints* ».

⁹⁴⁵ I. R. MACNEIL, préc., note 96, p. 40.

⁹⁴⁶ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 809 où il est précisé que « *[a] role is "the pattern of behavior expected of the incumbent of a given social position when interacting with the incumbent of other given position". Specialization of labor is, of course, the prime producer of role effectuation reflects the desirability of achieving such goals as the maintenance of consistency of role behavior and of harmonization inconsistent of conflicting roles* ».

⁹⁴⁷ L. ROLLAND, préc., note 155 à la page 601.

⁹⁴⁸ I. R. MACNEIL, préc., note 96, p. 41.

⁹⁴⁹ *Id.*, p. 44.

iv. Creation and restraint of power

La quatrième norme développée par Macneil est « *creation and restraint of power* »⁹⁵⁰, qui correspond à la création et de la limitation du pouvoir des contractants, que ce pouvoir soit unilatéral ou bilatéral⁹⁵¹.

Le pouvoir unilatéral correspond à « *any capacity a person has to subject another to some particular effect without the other's consent* »⁹⁵². Il s'agit alors de la possibilité de contraindre le consentement ou les actions de son partenaire. Cette norme correspondrait au pouvoir de détermination unilatéral du prix, par exemple, car l'un des contractants a la possibilité d'imposer sa volonté à son cocontractant.

Par contre, lorsque les deux parties ont cette faculté, le pouvoir sera considéré comme bilatéral, ce qui correspond à la vision de la théorie classique⁹⁵³. « *Bilateral power arises when the possibility of exchange exists by which two parties can release each other from some of the restraints imposed by their respective unilateral powers* »⁹⁵⁴.

Dans les contrats où l'échange des prestations n'est pas instantané, la partie n'ayant pas exécuté conserve un pouvoir unilatéral sur son cocontractant, à savoir celui de ne pas exécuter. C'est la raison pour laquelle le droit a admis un pouvoir de sanction afin d'obliger ou d'encourager le cocontractant à exécuter.

« The interplay of unilateral and bilateral power in contracts is far from simple. In a simple exchange of existing items, such as Illustration A (500 tons of coal for cash on the spot market), the exercise of bilateral power results in a simple reciprocal rearrangement of property rights, of unilateral power. When, however, exchange is projected into the future, that is, when everything does not occur simultaneously with the deal, something happens beyond a simple swapping of unilateral powers applicable against the world. For example, the extension of credit in Illustration B results in Seller's having power to use legal process to try to collect the debt should Smelter fail to pay. To the extent that such remedies are effective, Seller has new unilateral power [...] »⁹⁵⁵.

⁹⁵⁰ I. R. MACNEIL, préc., note 96; I. R. MACNEIL et P. J. GUEDEL, préc., note 873, p. 21 : « *[r]elations among humans are impossible without the exercise of power by those in the relations. At the same time, human relations which confer unlimited power upon any participant cannot long survive* ».

⁹⁵¹ I. R. MACNEIL, préc., note 938, 1036 : « *[p]ower is here defined as the ability to impose one's will on others irrespective of their wishes. Two kinds of power, unilateral and bilateral, may usefull be distinguished in analyzing contract and the economic model* ».

⁹⁵² *Id.*

⁹⁵³ *Id.*

⁹⁵⁴ *Id.*

⁹⁵⁵ *Id.*, 1036 et s..

Macneil considère que les relations contractuelles vont engendrer des changements de pouvoirs. Cela est particulièrement vrai dans les relations complexes, où la position de chaque partie, sur le long terme, va moduler, à des points de temps précis, les forces en présence⁹⁵⁶.

v. Reciprocity

La cinquième norme est celle de « *reciprocity* », qui signifie que chaque partie doit recevoir quelque chose en échange de ce qu'elle a donné, le contrat étant profitable pour les deux contractants⁹⁵⁷. Dans les contrats transactionnels, chaque partie recevra ce qui aura été prévu au contrat, les bénéfices ou les pertes étant divisés, alors que dans les contrats relationnels, ils sont partagés⁹⁵⁸.

vi. Property of means

La sixième norme décrite par Macneil est la norme de « *property of means* », qui correspond à un devoir de loyauté entre les contractants. Il s'agit de l'attente des contractants d'être traité de façon loyale dans leur relation. Cette norme est réellement une norme commune dans le sens où elle sera applicable que le contrat soit transactionnel ou relationnel. « Dans les contrats impersonnels, les parties ne communiquent pas et ont peu de relation, la bonne exécution de l'obligation peut donc s'apparenter à un traitement loyal du cocontractant »⁹⁵⁹.

À ces normes de comportement qui ne diffèrent que peu de la théorie classique, il est nécessaire d'ajouter les trois comportements communs qui ne sont pas pris en compte de manière systématique.

b. Des normes comportementales additionnelles

Quatre normes supplémentaires sont prises en considération dans la théorie du contrat relationnel.

⁹⁵⁶ *Id.*, 1038 et s..

⁹⁵⁷ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 809 où l'auteur précise que « [*reciprocity recognizes as fundamental the idea that exchange is a process of mutual, not unilateral benefit* »; I. R. MACNEIL, préc., note 907, 347 où il est également précisé que "*reciprocity (simply stated as the principle of getting something back for something given)*"; I. R. MACNEIL, préc., note 96, p. 44 où l'auteur parle de norme de « *mutuality* », c'est-à-dire que chaque partie échange dans le but de faire un gain (« *they exchange only when an exchange-surplus is possible* »).

⁹⁵⁸ I. R. MACNEIL, préc., note 938, 1031.

⁹⁵⁹ C. BOISMAIN, préc., note 28, p. 122.

i. Flexibility

La septième norme développée par Macneil est la norme de «*flexibility*». Cette norme est l'une des plus importantes dans la classification de Macneil, car elle permet aux contractants de modifier le contenu du contrat au cours de son exécution⁹⁶⁰. L'imprévision se trouve donc contenue dans cette norme, de manière non exclusive puisque Macneil a une vision large de la flexibilité dans le sens où elle comprend toutes les modifications apportées aux obligations contractuelles.

La flexibilité est une norme complémentaire à celle de planification, dans le sens où plus un contrat aura fait l'objet d'une planification par les contractants, moins la norme de flexibilité interviendra⁹⁶¹. De la même manière, elle doit être liée à la durée du contrat, le contrat relationnel se réinventant à chaque instant⁹⁶². Cette norme est importante lorsque la planification des parties n'est pas exhaustive, c'est-à-dire dans la plupart des contrats. Cependant, les contrats relationnels sont plus enclins à l'utilisation de cette norme.

En outre, cette norme est également en corrélation avec l'information limitée des contractants et leur incapacité prévisionnelle⁹⁶³. En effet, entre la volonté des parties et les termes utilisés dans l'accord écrit, il peut y avoir un certain décalage, la volonté des parties n'étant pas correctement indiquée.

Enfin, la modification du contrat peut apparaître nécessaire à cause de l'évolution du monde socio-économique ou juridique, ce qui renvoie à la notion d'imprévision. Ainsi les parties devront modifier leur engagement⁹⁶⁴.

⁹⁶⁰ Stewart MACAULAY, « An empirical view of contract », *Wis Rev* 1985.465, 468, où l'auteur précise que « [p]eople often renegotiate deals that have turned out badly for one or both sides. They recognize a range of excuses much broader than those accepted in most legal systems ».

⁹⁶¹ I. R. MACNEIL, préc., note 96, p. 51.

⁹⁶² Robert A. HILLMAN, « Court Adjustment of Long-Term Contracts: an Analysis under Modern Contract Law », *Duke Law J.* 1987.1, 793 précisant que « Ian Macneil stresses that relational contracts usually are not created all at once. They grow and change as the parties perform over time. It is one thing to make temporary concessions to keep a relationship alive. [...] I think that a key point is the value of communication and the reasonableness of the reliance on the agent's words and deeds ».

⁹⁶³ I. R. MACNEIL, préc., note 96, p. 50: « [t]he need for flexibility arises partly because of bounded rationality - the limits of the human mind to focus on available information, and partly because of limited availability of information, and partly because the socioeconomic world is in a constant state of flux ».

⁹⁶⁴ *Id.*, p. 51: « in a discrete transaction such as a properly drafted short-term commercial loan, very precise planning respecting payment, lender's remedies for breach, and the like; however the world may change, the planning and consent norms will govern the transaction. But the norm of flexibility will govern everything outside, the winds of change themselves being ultimate in flexibility ».

Un certain conflit peut donc apparaître entre les termes de l'accord et l'évolution des circonstances. Dans les contrats transactionnels, en cas de décalage entre le contrat et l'environnement, ce sont les termes de l'accord qui vont prévaloir. L'adaptation du contrat n'est pas l'un des traits principaux de ces accords, les parties étant indépendantes l'une de l'autre, il n'y a pas de relation à préserver⁹⁶⁵.

« Messieurs Goldbert et Erickson concluent, à partir des contrats de longue durée qu'ils ont étudiés, qu'il est nécessaire que les contrats soient flexibles afin qu'ils puissent s'adapter aux changements de circonstances. L'enquête montre que 90 % des contrats prévoyaient un ajustement du prix en cas de changement de circonstances. R.J. Weintraub a réalisé une enquête dans laquelle il indique à la question : "à la suite d'un changement dans le prix d'un produit, un de vos fournisseurs ou un de vos clients vous demande une modification du prix fixé dans le contrat. Dans ce cas, est-ce que votre compagnie insiste toujours pour que le contrat soit exécuté conformément à ses termes ?", 95,1 % des industriels interrogés ont répondu non. Plus précisément, 79,5 % des personnes ont répondu qu'elles accepteraient plus facilement une modification du prix si la relation avec le fournisseur ou le client a été longue et satisfaisante. Une autre enquête réalisée par W.C. Whitford, concernant les garanties automobiles, conduit à la même conclusion. Il montre que, dans certaines situations, les garagistes font bénéficier certains de leurs consommateurs de la garantie automobile, alors que le délai de garantie est dépassé ou que la réparation est expressément exclue »⁹⁶⁶.

ii. Contractual solidarity

La huitième norme évoquée par Macneil est « *contractual solidarity* »⁹⁶⁷. Ce type de solidarité est envisagé dans son sens individuel, c'est-à-dire conformément à la division du travail. Les personnes étant interdépendantes, elles sont obligées d'échanger et la forme principale de l'échange étant la convention, elles sont obligées de contracter. Macneil fonde la solidarité sur la psychologie et non sur l'économie, la politique ou la loi, ni même sur la force. Il est simplement nécessaire que les parties souhaitent continuer le contrat, sans autre condition.

En effet, « *[i]t may be noted that organic solidarity is pinned on psychology – not on sociology, economics, law, politics, or force, but on psychology. Such solidarity beliefs exists as long as each person in a relation can give an affirmative answer to the following question : Do I think conditions will continue to exist whereby each of us will desire to and be able to depend on the other ? To the extent that an affirmative answer cannot be given organic solidarity disappears. If the answer is affirmative it matters not at all whether the belief is well-founded or based on the flimsiest of grounds, or even on nothing at all, organic solidarity exists. [...] Moreover, in any practical sense, organic solidarity does not stop with the psychological belief. For it to last and have effect requires another essential element, the ability and willingness to cooperate now* »⁹⁶⁸.

⁹⁶⁵ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 861.

⁹⁶⁶ C. BOISMAIN, préc., note 28, p. 117.

⁹⁶⁷ I. R. MACNEIL, préc., note 96, p. 52 : « *without this norm no exchange is possible* ».

⁹⁶⁸ *Id.*, p. 92. Il est possible de rapprocher la solidarité organique de Macneil des propos de Demogue, dans sont *Traité des obligation en général*, p.9 où il précise que « les contractants forment une sorte de microcosme [...],

La solidarité renvoie également à l'idée de confiance⁹⁶⁹. Conformément à sa distinction entre les relations primaires et les relations secondaires — entre les relations entre les personnes liées ou les relations avec des étrangers⁹⁷⁰ — la solidarité ou la confiance peut être liée à un facteur interne à la relation ou externe à celle-ci. Dans le premier cas, elle correspond à la confiance fondée dans le partenaire et dans le second, à la confiance placée dans l'institution.

« The source of such trust may be internal to the relation, e.g. experience with the other participants or knowledge that their self-interest will very likely yield what one expects, or external, e.g. an effective law of property or one enforcing promises, or both »⁹⁷¹.

iii. The linking norms : restitution, reliance, and expectation interests

La neuvième norme développée par Macneil est celle de « *the linking norms* »⁹⁷², qui correspond aux sanctions contractuelles, qui peuvent être légales, judiciaires ou d'une autre nature. En effet, à côté de l'aspect juridique, il existe dans les relations humaines des aspects religieux ou sociaux qui peuvent également servir de sanction à un contrat. Les atteintes à la réputation lors d'une inexécution peuvent constituer l'un des exemples de la « *linking norm* ».

iv. Harmonization with the social matrix

Enfin, **la dernière norme** correspond à l'« *harmonization with the social matrix* », ce qui replace le contrat dans son contexte social⁹⁷³. Macneil intègre dans sa norme toutes les règles imposées à l'individu, et pas seulement les règles juridiques, c'est-à-dire qu'il estime que les usages ou les habitudes font partie de la matrice sociale. Les juges doivent alors prendre en considération les usages et les comportements qui se sont développés entre les contractants

une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale ».

⁹⁶⁹ I. R. MACNEIL, préc., note 938, 1034 : « [t]he essence of personal relations in the discrete transaction is what sociologists call nonprimary relations. These involve a very small part of personality, are very limited in scope and are nonunique; i.e. it does not matter who the other party to the relation is. [...] It is unnecessary to examine situations as relational as are mergers to find primary relations in which "the participants interact as unique and total individuals" responding to "many aspects of" each other's "character and background" ».

⁹⁷⁰ I. R. MACNEIL, préc., note 96, p. 13 : « [i]n relational contract personal relations are what the sociologists call primary relations. They involve the whole person, are unlimited in scope, are unique, and are nontransferable [...]. Discrete transactions on the other hand are nonprimary relations. They involve only a small part of the personality, are very limited in scope, are nonunique in personal terms, and hence can be transferred readily »; Voir, également, Giacomo GAVAZZI, « Norme primaire et norme secondaire », dans *Sur les notions du contrat.*, coll. Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 1968, p. 398.

⁹⁷¹ I. R. MACNEIL et P. J. GUEDEL, préc., note 873, p. 21.

⁹⁷² I. R. MACNEIL, préc., note 96, p. 52.

⁹⁷³ I. R. MACNEIL et P. J. GUEDEL, préc., note 873, p. 22 : « [a]ll contractual relations occur within larger societies »; I. R. MACNEIL, préc., note 96, p. 57 : « [t]he norm traces to the first primal root of contract [...]: society ».

tout au long de leur relation. La théorie classique accorde trop d'importance au terme écrit de l'accord et trop peu d'importance au contexte et à la relation des parties.

La réflexion sur la contextualisation du rapport contractuel a également été menée dans les pays civiliste. En effet, c'est la réflexion de Demogue, reprise depuis lors par le courant solidariste, qui estime que le contrat ne peut être interprété sans les éléments qui entourent l'exécution de ce dernier. Il peut ainsi apparaître nécessaire « d'en finir avec l'image irréaliste du contrat conçu comme une nature morte, figure abstraite déconnectée des réalités politiques, économiques et sociales, et qu'on l'envisage comme un organisme vivant et sensible à l'environnement qui l'entoure, susceptible comme tel d'évolutions et de modifications »⁹⁷⁴.

Cette norme apparaît être d'une importance cruciale dans les contrats relationnels à la différence des contrats transactionnels, car l'incomplétude et la flexibilité de ce premier type de contrat pourront influencer la mise en œuvre d'usages⁹⁷⁵. En outre, elle permet de comprendre le lien de réciprocité qui existe entre une entreprise d'une certaine importance et le contexte local et national dans lequel elle s'insère. C'est ce qu'a démontré le Professeur Belley dans son étude sur la société Alcan⁹⁷⁶. Pour ce dernier, « l'harmonisation des contrats avec les normes de la société régionale est moins la contrainte à laquelle l'entreprise n'a pas réussi à échapper que sa participation intéressée et active à la régulation de l'espace où se joue une partie de la destinée »⁹⁷⁷.

Les normes de comportements développés par Macneil montre bien qu'il existe un lien interpersonnel entre les contractants, qu'un contrat « *no longer stands alone as in the discrete transaction, but is part of a relational web* »⁹⁷⁸, que « *it is no longer possible to work with the assumptions of perfect discrete exchange, for they cannot plausibly be attributed to an economic actor* »⁹⁷⁹. Ces normes additionnelles, pour ne pas dire relationnelles, ont une « fonction de préservation de la relation à travers des oscillations du mouvement social, et en particulier, d'apaisement des conflits internes : et [Macneil] note qu'elles englobent des

⁹⁷⁴ D. MAZEAUD, préc., note 190, 8.

⁹⁷⁵ Ian R. MACNEIL, « A primer of contract planning », (1975) 48 *Cal Rev* 627, 627.

⁹⁷⁶ Voir, généralement, Jean-Guy BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société: étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 63 et s..

⁹⁷⁷ J.-G. BELLEY, préc., note 568 à la page 154.

⁹⁷⁸ I. R. MACNEIL, préc., note 96, 595.

⁹⁷⁹ D. CAMPBELL et D. HARRIS, préc., note 188, 182.

principes supra-contractuels, tels ceux de liberté et d'égalité, dont la compréhension excède les capacités du juriste traditionnel, les traits caractéristiques du contrat n'étant plus que des facteurs d'un organisme social total »⁹⁸⁰.

Ainsi, parmi les dix normes développées par Macneil, certaines seront intensifiées dans les contrats relationnels et dans les contrats transactionnels. En effet, dans les relations discrètes, *l'implementation of planning* et *l'effectuation of consent* prendront une place importante, alors que dans les contrats relationnels, se sont les normes de *role integrity*, de *contractual solidarity* et de *harmonization with the social matrix* qui auront de l'importance. En outre, le pôle relationnel influencera d'autres normes, et notamment la norme de flexibilité, qui interagira et contredira les normes relatives à la planification et au consentement⁹⁸¹.

Après avoir établi le socle de sa théorie, Macneil a déterminé des critères qui permettraient de la mettre en œuvre.

B. Les critères de qualification des contrats relationnels

Les critères développés par Macneil afin de permettre la qualification de contrat relationnel ont évolué au fil du temps, avec l'évolution des normes de comportement. L'auteur a ainsi élaboré douze critères devant permettre de différencier les contrats relationnels des contrats transactionnels⁹⁸². Cependant, il n'a jamais donné de définition du contrat relationnel, mais les place sur un axe allant de plus ou moins transactionnel à plus ou moins relationnel, ce qui

⁹⁸⁰ Georges ROUHETTE, « Compte-rendu de Ian Macneil. The new social contract. An inquiry into modern contractual relations », *J. Droit Int.* 1983.960, 962.

⁹⁸¹ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 896 et s.

⁹⁸² I. R. MACNEIL, préc., note 28, 738-741 précisant que « [t]he table on the following pages shows twelve of these axes (subdivided in several instances). The basic characteristics of the extreme transactional pole and of the extreme relational pole are summarized here. The remainder of this Article explores each of the axes set out on the table in more detail ». En outre, Macneil a également élaboré dix normes, qui se retrouvent dans tous les contrats. Il est fréquent que les auteurs francophones parlent de ces dix normes sans faire référence aux douze critères de qualification. Toutefois, les dix normes et les douze critères sont relativement semblables. Pour un résumé des douze critères développés par Macneil, voir R. E. SPEIDEL, préc., note 210, 827 et s.; Jean HAUSER et Yves LEQUETTE (dir.), « Retour sur le solidarisme: le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis : Dalloz, 2012, p. 879 qui estiment que parmi les douze critères développés par Macneil pour différencier les contrats transactionnels et les contrats relationnels, deux peuvent être utilisés; C. BOISMAIN, préc., note 28; Y.-M. LAITHIER, préc., note 28, 3 (version électronique); Voir, notamment, pour les auteurs qui parlent des dix normes sans mentionner les douze critères: L. ROLLAND, préc., note 46; M. A. GRÉGOIRE, préc., note 99, p. 191; J.-G. BELLEY, préc., note 568; J.-G. BELLEY, préc., note 976.

suppose que les critères sont cumulatifs et que leur addition permettra la qualification⁹⁸³. Il n'existe pas de critère à proprement parlé relationnel ou transactionnel, la plupart d'entre eux, en fonction de leur intensité, permettront de faire pencher la balance dans un sens ou dans l'autre. En outre, les dix normes communes à tous les contrats transparaissent aussi bien dans les contrats transactionnels que dans les contrats relationnels.

Il existe donc des critères qui peuvent être considérés comme liés à la relation elle-même (1), ainsi que des critères accessoires à cette relation (2).

1. Les critères liés à la détermination de la relation

Neuf critères sont directement liés à la relation elle-même. Ils peuvent être regroupés en deux catégories, à savoir les critères facilement déterminables (a) et les critères plus difficiles à mettre en œuvre (b).

a. Des critères explicites

Les critères formels correspondent aux critères facilement utilisables par le juge dans la détermination du type de contrat et correspondent à la monétarisation de l'objet du contrat (i), à sa formation et à son extinction (ii), à la planification (iii), au nombre de contractants (iv) et à la prise en compte de la globalité de la relation (v).

i. Measurability and actual measurement of exchange and other factors

Le **premier critère** développé par Macneil est celui de la « *measurability and actual measurement of exchange and other factors* »⁹⁸⁴. Ce critère concerne principalement la monétarisation de l'objet du contrat, à savoir la possibilité d'évaluer l'objet du contrat en argent⁹⁸⁵. Macneil estime que lorsque l'échange est monétarisable, le contrat tend à être

⁹⁸³ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 737 où l'auteur explique que « [t]his range of behavioral concepts can best be viewed, I think, along a series of axes. Each axis is a behavioral concept with a transactional pole and an opposite relational pole »; I. R. MACNEIL, préc., note 28, 859 où il précise, « [w]here no massive relational elements counterbalance this discreteness [...] sense is served by speaking of contract as discrete, even though the contract is inevitably less discrete than would be an equivalent present exchange ».

⁹⁸⁴ I. R. MACNEIL et P. J. GUEDEL, préc., note 873, p. 16; I. R. MACNEIL, préc., note 938, 1028.

⁹⁸⁵ I. R. MACNEIL et P. J. GUEDEL, préc., note 873, p. 16 : « [o]ne side of exchange is money, other side is easily monetized; both are actually measured; no other aspects ».

transactionnel⁹⁸⁶. Ainsi, les contrats de fourniture d'un bien à prix fixe sont considérés comme des contrats transactionnels dans la mesure où un bien est échangé contre de l'argent, et que le prix est déterminé ou déterminable lors de la conclusion de l'accord⁹⁸⁷, à la différence du contrat de travail à long terme qui ne permet pas de prédire le salaire reçu au bout de quelques années de travail ou encore les critères liés au prestige de l'emploi⁹⁸⁸.

ii. Commencement and termination

Le **deuxième critère** est celui du « *commencement and termination* »⁹⁸⁹. Il s'agit ici de prendre garde à la façon dont le contrat va débiter et dont il va se terminer. Dans les contrats transactionnels, le début et la fin du contrat sont précis et clairement définis, « *the boundaries between out and in at the beginning, and in and out at the end, are clear* »⁹⁹⁰, alors que dans le contrat relationnel, « *[c]ommencement and termination, if any, of relation likely to be gradual; individual entry into existing relation often gradual, as may be withdrawal; individual entry may be by birth, and withdrawal by death* »⁹⁹¹.

Macneil fait la distinction entre la participation individuelle à une relation et l'existence même de la relation. En effet, il est possible que la fin d'une participation personnelle à une relation n'entraîne pas la fin de la relation. Il y a donc une distinction entre la relation et la participation individuelle.

« In relations, however, it is necessary to distinguish between the commencement and termination of the relation itself and the individual's participation in the relation, the two very often not being the same. Relations tend to have gradual and indistinct beginnings, and, perhaps to a lesser extent, similarly diffused endings. Individuals may enter existing relations in a similar way, but may also enter them in a

⁹⁸⁶ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 174 précisant que « *[f]or a contract to lie near the extreme transactional pole the subjects of exchange must be money on one side and something easily monetized on the other. Thus must be true both at the time of planning and at the time of performance* ».

⁹⁸⁷ *Id.*, 745 précisant que « *[a]ll of these tests clearly are met in a fixed price contract for future delivery of a commodity for which there is a ready market both at the time of contracting and the time of delivery* ».

⁹⁸⁸ *Id.* précisant que « *[b]ut more important, the contract cannot rationally be viewed segmentally as a series of discrete weeks of employment. It can only rationally be seen as the beginning of what may be a long term relation. So viewed, a good deal happens to measurement and measurability. No longer is it possible to predict what will be exchanged, either the amount of money the employer will be paying, for example, five years hence, or the kinds and quality of services the engineer will then be rendering. When that time comes, of course, measurement will be possible, subject to the limitations mentioned concerning short segments of the relation, but the future will continue with its immeasurability* » [note omise].

⁹⁸⁹ I. R. MACNEIL, préc., note 938, 1027.

⁹⁹⁰ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 750.

⁹⁹¹ *Id.*, 738.

highly transactional and sharp manner, and individual departures from relations may also be gradual or sharp»⁹⁹².

iii. Planning

Le **troisième critère** de Macneil est celui du « *planning* », ce qui signifie que les contractants vont planifier, avec plus ou moins de précisions, leurs obligations et prestations. En effet, « *[e]xchange is a cooperative activity among interacting centers of self-interest, whether it occurs in transactions or relations* »⁹⁹³. Cependant, la planification est différente dans les contrats relationnels et dans les contrats transactionnels⁹⁹⁴.

La planification des contrats transactionnels s'effectue avant ou lors de la formation du contrat et est réalisée de manière précise et détaillée, ne nécessitant aucune adaptation pendant son exécution. Seuls les rares éléments ne pouvant pas être déterminés au moment de la conclusion de l'accord devront être complétés. Dans les contrats transactionnels, la planification s'effectue par les consentements, qui seront spécifiques en considération de l'objet et du prix. Les considérations tacites ne font pas partie du contrat transactionnel⁹⁹⁵. L'accord écrit est entièrement obligatoire, les parties doivent se conformer au plan défini.

Dans les contrats relationnels, c'est la relation elle-même qui sera planifiée, au-delà des obligations des contractants, à l'exception de celles nécessaires au début du contrat. Ainsi, la planification est réalisée pour partie lors de la conclusion du contrat, et continue tout au long de son exécution⁹⁹⁶. C'est la structure de la relation qui retiendra principalement l'attention. La dimension tacite et de non-dit est importante dans le contrat relationnel. C'est la poursuite de la relation qui déterminera les obligations des parties ou leurs aménagements⁹⁹⁷.

En effet, « *planning for relational contracts is often tentative rather than entirely binding and often involves not simply the substance of the exchange, as in discrete transactions, but also planning of structures and processes to govern the relation in the future. Like a purely discrete transaction, a purely relational contract is probably impossible. But toward the relational end of the exchange spectrum we*

⁹⁹² *Id.*, 753.

⁹⁹³ *Id.*, 754.

⁹⁹⁴ *Id.* précisant que « *[a]s will be seen, however, planning for a transaction and planning for a relation are in many respects quite different activities. Dealing with these differences is complicated by three factors* ».

⁹⁹⁵ I. R. MACNEIL et P. J. GUEDEL, préc., note 873, p. 16 - 17.

⁹⁹⁶ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 758 précisant que « *mutual transactional planning and relational planning may and do occur at different times; mutual transactional planning always occurs at or before commencement of the transaction, whereas relational planning occurs not only at those times, but also during the relation. When such post-commencement planning occurs it becomes an integral part of the rest of the relation, and can sensibly be considered only in that special context, a context absent from a pure transaction* ».

⁹⁹⁷ I. R. MACNEIL et P. J. GUEDEL, préc., note 873, p. 16 - 17.

find such things as franchise arrangements, long-term employment, professional partnerships, labor/management relations and, quintessentially, marriage»⁹⁹⁸.

Les contrats transactionnels sont donc des contrats complets⁹⁹⁹ alors que les contrats relationnels sont des contrats incomplets¹⁰⁰⁰, qui nécessitent des aménagements et une certaine coopération des parties¹⁰⁰¹ tout au long de son exécution¹⁰⁰².

iv. Number of participants

Le **quatrième critère** concerne le « *number of participants* », à savoir de nombre de participants au contrat. Un contrat purement transactionnel sera composé de deux contractants. Plus un contrat dispose d'un nombre de partenaires important¹⁰⁰³, plus il basculera vers l'axe relationnel¹⁰⁰⁴. Macneil établit que le principe de la relativité du contrat peut être remis en cause dans les contrats relationnels¹⁰⁰⁵, un nombre important de partenaires nécessitant un

⁹⁹⁸ P. J. GUEDEL, préc., note 187, 765.

⁹⁹⁹ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 761 précisant que « [w]here the focus is on definition of the substance of exchange, and that substance can be definitely ascertained, planning can be very specific and complete. In such circumstances the only things which cannot (practically speaking) be planned are contingencies so remote that the costs of planning for them outweigh the benefits of doing so, or so remote that they are not perceived at the time of planning. Complete and specific planning is therefore not only possible but virtually inescapable in any sensible handling of transactions » alors que « specific and complete substantive planning in relational contracts can occur only as to those portions significantly transactional at the time the planning occurs »; A. BÉLANGER et J. MANEKENG TAWALI, préc., note 123, 58.

¹⁰⁰⁰ S. MACAULAY, préc., note 204, 64, précisant que « [s]ome businessmen object that in such a carefully worked out relationship one gets performance only to the letter of the contract. Such planning indicate a lake of trust and blunts the demands of friendship, turning a cooperative venture into an antagonistic horse trade. Yet, the greater danger perceived by some businessmen is that one would have to perform his side of the bargain to its letter and thus lose what is called "flexibility". Businessmen may welcome a measure of vagueness in the obligations they assume so that they may negotiate matters in light of the actual circumstances ».

¹⁰⁰¹ A. BÉLANGER et J. MANEKENG TAWALI, préc., note 123, 57, précisant que « Macneil soutient que la coopération n'est possible entre les parties que si le contrat établit une communication et une coopération intense, profonde et illimitée ».

¹⁰⁰² I. R. MACNEIL, préc., note 28, 765 précisant que « [r]elations, unlike promise transactions, have internal capacities for growth and change, capacities absolutely essential for the successful completion of any enterprise not capable of specific and complete planning ab initio. The upshot of increasing complexity of technology was, therefore, the development of new relational vehicles in which both promise and market played significant, but no longer exclusive, roles. Of these the earliest were the techniques of joint ongoing relations which ultimately resulted in what we know today as the corporation. Nowadays such relational forms prevail throughout the economy ».

¹⁰⁰³ I. R. MACNEIL et P. J. GUEDEL, préc., note 873, p. 18 : « [m]ay be as few as two, but likely to be more than two and often large masses ».

¹⁰⁰⁴ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 792 précisant que « [s]o too, the presence of multiple poles of interest is likely to lead to increased planning of structures and processes at the expense of measured substantive planning of exchange. Without being more specific, it can nonetheless accurately be stated that the presence of large numbers of poles of interest in the form of additional participants tends to affect virtually every transactional-relational axis of behavior, pushing always in the direction of relation ».

¹⁰⁰⁵ A. BÉLANGER et J. MANEKENG TAWALI, préc., note 123, 57 et s. : « Macneil remet en cause le principe de la relativité du contrat. Par opposition à la transaction qui est impossible dans un rapport de plus de deux personnes, la relation présume un élargissement à d'autres personnes, même en l'absence de lien direct entre elles ».

minimum de planification afin de concilier et d'harmoniser les différents intérêts en présence.
En effet,

« [w]hile relational characteristics inevitably arise in the case of multiparty situations, it does not, of course, follow that two-party relations cannot exist; witness any childless marriage where children are no longer expected. Most of the characteristics of relations can and often do occur in dyads; about the only one which cannot is its existence before the birth of both parties and continuance after the death of one. Nevertheless, it may be true that in many circumstances the fact that there are only two parties tends to keep the relation more transactional than it would be if more parties were involved »¹⁰⁰⁶.

v. Overall relation type

Le **cinquième critère** développé par Macneil est « overall relation type »¹⁰⁰⁷, ce qui suppose de prendre en considération la globalité de la relation. Macneil précise que « relational contract involves primary relations, transactions do not »¹⁰⁰⁸. Ceci signifie que la relation doit être analysée dans son ensemble, afin de déterminer l'engagement réel des contractants, leur moyen de communication ou leur possibilité de trouver un autre partenaire.

Trois critères principaux permettent de prendre en considération l'intégralité de la relation.

Tout d'abord, il s'agit de déterminer si les contractants sont impliqués personnellement dans leur relation¹⁰⁰⁹. Du côté transactionnel de l'axe, la relation est segmentée, transférable, les parties pouvant changer de partenaire. La relation a une portée limitée. À l'opposé, du côté relationnel, les contractants sont impliqués personnellement, la relation n'étant pas facilement transférable¹⁰¹⁰.

Ensuite, il s'agit de déterminer le mode de communication entre les partenaires. S'il est formel, se fondant sur des communications linguistiques, le contrat pourra être qualifié d'impersonnel. À l'inverse, si la communication est extensive, prolongée, et n'est pas limitée aux aspects formels, le contrat pourra être qualifié de relationnel¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁶ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 793.

¹⁰⁰⁷ *Id.*, 744.

¹⁰⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁰⁹ I. R. MACNEIL, préc., note 938, 1034.

¹⁰¹⁰ I. R. MACNEIL et P. J. GUEDEL, préc., note 873, p. 16.

¹⁰¹¹ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 856.

Enfin, le dernier élément à prendre en considération est l'objet du contrat. En effet, comme indiqué précédemment, s'il est monétarisable, la relation pourra être qualifiée de transactionnelle¹⁰¹².

« Macneil's version of relational theory includes the possibility that norms internal to the parties' relationship but not clearly expressed by the agreement will become part of their obligation to each other. For example, he has identified norms that are necessary to hold the relationship together, such as solidarity, reciprocity, and role integrity, and other norms that may be generated by the relationship over time, such as those supporting cooperation, risk sharing, and preserving the relationship. These are norms internal to the relationship. The 'is' of actual behavior becomes the 'ought' by which the relationship is governed. These internal norms are reinforced when they can be harmonized with external norms, such as the 'oughts' generated by the behavior of other similarly situated, but they are not dependent upon harmonization »¹⁰¹³.

Ainsi, en plus des usages de la branche commerciale considérée et de la conduite raisonnable des parties, Macneil estime que les juges doivent prendre en considération les normes interpersonnelles de la relation qui se sont créées entre les partenaires au fil de la relation.

Macneil laisse également une place importante à la période de négociation, dans laquelle chaque contractant va pouvoir apprendre à connaître son partenaire et à tisser un lien. En outre, durant la période précontractuelle, les parties vont pouvoir commencer à fixer les règles qui régiront leur relation, leur compréhension conditionnant l'ajout futur de nouveaux partenaires¹⁰¹⁴.

À ces critères, il faut ajouter ceux qui sont moins facilement identifiables.

b. Des critères flous

Les critères plus difficilement utilisables sont au nombre de quatre, à savoir les raisons de l'exécution (i), la coopération future (ii), les sources des obligations (iii) et la perception de l'objet du contrat (iv).

i. Basic sources of socioeconomic support

Le **sixième critère** de Macneil correspond aux « *basic sources of socioeconomic support* », qui correspond aux motivations des contractants dans l'exécution de leur accord, c'est-à-dire les raisons qui les poussent à exécuter le contrat. En effet, « *[w]ith the partial exception of the*

¹⁰¹² C. BOISMAIN, préc., note 28, p. 143.

¹⁰¹³ R. E. SPEIDEL, préc., note 210, 827.

¹⁰¹⁴ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 751 et s.; A. BÉLANGER et J. MANEKENG TAWALI, préc., note 123, 58.

exchange-motivations themselves, the socioeconomic support of a transaction lies outside the exchange making up the transaction »¹⁰¹⁵.

Dans les contrats transactionnels, les contractants sont motivés à exécuter leur engagement en considération de la sanction légale. La motivation des contractants leur sera donc extérieure et proviendra du possible recours à la force publique. « *This support may be moral, economic, social, legal or otherwise, but in any event it is external to the parties* »¹⁰¹⁶. Même si cette aide socio-économique est présente dans les contrats relationnels, dans ces derniers, les contractants ne seront pas exclusivement motivés par la crainte de la sanction¹⁰¹⁷. Pour Macneil, la relation en elle-même est une motivation à l'exécution, dans l'objectif de la voir perdurer ou d'obtenir un gain futur¹⁰¹⁸. Les contractants, dans un contrat relationnel, chercheront donc à profiter des bénéfices que peut leur apporter la coopération¹⁰¹⁹.

« Il ne s'agit plus, par le contrat, de suppléer à l'absence de confiance en se ménageant une sanction en cas d'inexécution, mais d'établir, d'ajuster et d'explicitier le cadre normatif à l'intérieur duquel la relation pourra s'articuler »¹⁰²⁰.

Ainsi, la motivation sera aussi bien externe qu'interne à la relation, de même que l'échange se réalisera aussi bien dans le présent que dans le futur, par la continuation de la relation¹⁰²¹. Pour Macneil, ce critère est déterminant¹⁰²². En effet,

¹⁰¹⁵ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 746; I. R. MACNEIL et P. J. GUEDEL, préc., note 873, p. 16.

¹⁰¹⁶ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 746.

¹⁰¹⁷ Dans son étude empirique, Macaulay a mis en lumière que les hommes d'affaires ou encore les entreprises s'entendaient principalement sur l'objet et sur le prix et négligeait les autres aspects de l'accord. En outre, ils pouvaient même conclure des ententes qui ne peuvent être caractérisées de contrats et qui ne pourront recevoir de sanctions légales. Voir, S. MACAULAY, préc., note 204, 60, précisant que « *[s]even people interviewed reported that their firms regularly used requirements contracts in dealings in Wisconsin. None thought that the lack of legal sanction made any difference. Three of these people were house counsel who knew the Wisconsin law before being interviewed* ».

¹⁰¹⁸ S. MACAULAY, préc., note 960, 467 - 468, précisant que « *[p]eople perform disadvantageous contracts today because often this gains credit that they can draw on in the future* ».

¹⁰¹⁹ Victor P. GOLDBERG, « Price Adjustment in Long-Term Contracts », *Wis Rev* 1985.527, 531, précisant que « *they [business firms] enter into the agreements to achieve the benefits of cooperation* ».

¹⁰²⁰ A. ROY, préc., note 274, 862.

¹⁰²¹ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 747 précisant que « *[r]elations also exist in an external social matrix and hence enjoy external socioeconomic support; such support is commonly essential to their existence and effectiveness. But in addition they generate their own socioeconomic support, and relational exchange, both present and future, takes place in the framework of that internal support. Moreover, relational exchange itself, both present and future, is an integral and very significant factor in the generation of that internal support* ».

¹⁰²² *Id.*, 748 précisant que « *[t]he internal support which a relation establishes but which is lacking in a pure transaction is without question one of the most important distinctions between exchange transactions and exchange relations. It is a distinction affecting their every aspect, from day to day casual operations to major planning to various disasters to social reinforcement and control* ».

« l'aversion que Macneil décèle chez les contractants quant aux dispositions légales régulant les litiges dans la mesure où “the contract system does not provide planning for changes”. Toutefois, dans le but de poursuivre la relation, les parties préfèrent soit créer des procédés adaptés à leurs litiges, soit recourir aux codes internes connus et acceptés, ou encore se prémunir contre le risque à l'aide d'une assurance responsabilité »¹⁰²³.

ii. Future cooperation required in post-commencement planning and performance

Le **septième critère** développé par Macneil est la « *future cooperation required in post-commencement planning and performance* ». Il s'agit ici d'un critère purement relationnel, dans le sens où le succès d'un contrat transactionnel ne dépend pas de la coopération future des contractants après la conclusion du contrat ou après un commencement d'exécution¹⁰²⁴, et n'est pas présent¹⁰²⁵. Cependant, Macneil ne pense pas que cette absence totale de coopération soit réalisable, quel que soit le type de contrat, un minimum de coopération, même très limitée est nécessaire y compris dans les contrats transactionnels. En effet,

*« [e]ven in theory, however, I find it difficult-if not impossible-to envisage such a transaction if it involves any projection of exchange into the future. If something remains to be done by one side (and initially that is always the case except in a completely present exchange, a transaction outside the realm of contract as that term is used here) some future cooperation respecting performance is essential to the success of the transaction »*¹⁰²⁶.

Les contrats relationnels dépendent entièrement de la coopération future des contractants, pour toutes les activités réalisées au cours de la relation et pas seulement pour compléter ce qui a déjà été planifié concernant l'exécution¹⁰²⁷.

La coopération future des parties nécessite que les oppositions de points de vue ne soient pas considérées comme un litige, c'est-à-dire une opposition d'intérêts, qui doivent être tranchés par un juge, mais comme un conflit qui doit être résolu sur la base de coopération. Macneil a ainsi une préférence particulière pour l'arbitrage, c'est-à-dire la résolution d'un conflit par une

¹⁰²³ A. BÉLANGER et J. MANEKENG TAWALI, préc., note 123, 59.

¹⁰²⁴ S. MACAULAY, préc., note 204, 63, précisant que « *[b]oth business units involved in the exchange desire to continue successfully in business and will avoid conduct which might interfere with attaining this goal. One is concerned with both the reaction of the other party in the particular exchange and with its own general business reputation* ». Puis, à la p 64, « *Not only do the particular business units in a given exchange want to deal with each other again, they also want to deal with other business in the future. And the way one behaves in a particular transaction, or a series of transactions, will color his general business reputation* »; R. E. SPEIDEL, préc., note 210, 829.

¹⁰²⁵ I. R. MACNEIL et P. J. GUEDEL, préc., note 873, p. 18.

¹⁰²⁶ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 780 et 781.

¹⁰²⁷ *Id.*, 781.

personne tierce en collaboration avec les partenaires¹⁰²⁸. La solution négociée est donc particulièrement privilégiée par Macneil.

iii. Obligations undertaken

Le **huitième critère** concerne les « *obligations undertaken* », qui correspondent à la source du contenu des obligations des parties. Dans les contrats transactionnels, elle correspond à ce qui a été exprimé, communiquée et échangée entre les contractants¹⁰²⁹, à savoir la promesse de chacun telle qu'acceptée par l'autre¹⁰³⁰. La source des obligations est donc externe aux contractants, à l'exception de leur déclenchement qui provient de la rencontre des volontés. Les obligations et les sanctions sont spécifiques et contenues dans l'accord.

Par contre, pour Macneil, dans les contrats relationnels, l'échange de promesses communiquées et exprimées n'est pas, en soi, nécessaire, et leur présence renvoie aux contrats transactionnels¹⁰³¹. En outre, les contrats relationnels peuvent contenir des obligations non formellement explicitées par les parties, provenant de la relation même¹⁰³² et étant, par définition, imprécises¹⁰³³. Ainsi,

« specificity in planning of both transactions and relations tends to create specificity in the ultimate sanctions lying behind obligation, although this tendency may be reduced in the case of relations. As trouble occurs specific transactional obligation may temporarily become more diffuse and speculative, but as the ultimate sanction becomes more imminent specificity is restored, although in modified form. Diffuse relational obligation tends to become more specific as trouble occurs and the utilization of ultimate sanction becomes more imminent. But diffuse relational obligation, even in the face of serious trouble, often remains unspecific in terms of ultimate sanction, although processes (as distinct

¹⁰²⁸ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 892 où l'auteur parle de « *dispute resolver* ».

¹⁰²⁹ I. R. MACNEIL et P. J. GUEDEL, préc., note 873, p. 18.

¹⁰³⁰ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 783 précisant que « *[i]n a pure transaction the exclusive source of the content of obligation undertaken is to be found in genuinely expressed, communicated and exchanged promises of the parties. Such a transaction is, in a sense, unknown in the real world, since some of the content is the bindingness of the obligation, and some of the bindingness always comes from external sources residing in the social structure in which the transaction occurs* ».

¹⁰³¹ *Id.*, 784 précisant que « *[a]t the relational pole there may or may not be promises of the parties that can properly be called genuinely expressed, communicated and exchanged. If there are, obligation may arise from the promises in the same way as from promises in a transaction, subject always to the limits imposed by the balance of the relations in question* ».

¹⁰³² R. LIBCHABER, préc., note 106 à la page 233, qui précise que « *[c]e contrat relationnel est un idéal inatteignable, celui d'un accord de volonté si fondamental qu'il ne créerait pas d'obligations, le comportement spontané des parties en évinçant le besoin [...] un comportement en lieu et place de l'attachement à l'obligation* ».

¹⁰³³ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 785 précisant que « *[w]hen sufficiently explicit obligations are created by the ongoing processes of the relation they may be, subject to limitations discussed earlier, virtually indistinguishable from promises. But many obligations arising out of ongoing relations are not that specific (see below) and the content may therefore differ markedly from the content of promise, which in a transaction is the only source of content, other than the external impositions of obligation* ».

from substantive remedies) for continuing relations in spite of trouble may be quite specific in nature »¹⁰³⁴.

Les obligations des parties, dans un contrat relationnel, ont des sources diverses¹⁰³⁵. Elles peuvent être verticales et provenir de la loi de l'État ou encore du contrat. Mais les sources des obligations peuvent également être horizontales et provenir, dans ce cas, des coutumes ou des usages¹⁰³⁶. Les obligations proviendront donc de sources externes, mais également de sources internes à la relation.

iv. Participant views of the transaction or relation

Enfin, le dernier et **neuvième critère** relatif à la relation correspond à la « *participant views of the transaction or relation* ». Il s'agit de prendre en considération la vision qu'ont les contractants de leur accord ou de leur relation.

Dans les contrats transactionnels, les parties considèrent principalement le contrat comme un moyen d'échange de valeurs, comme un échange marchand. Les parties ne font pas preuve de coopération, et n'ont pas de comportements altruistes, ils estiment avoir contracté autant pour le présent que pour le futur.

Dans les contrats relationnels, la planification et la coopération ne permettent pas de penser l'accord comme un simple transfert de propriété. Les contractants auront une vision de leur contrat comme organisant une relation future, ce qui nécessitera coopération, voire des comportements altruistes¹⁰³⁷.

« The narrow focus of the nonprimary relation and of transactional planning, the monetization and measuring of what is exchanged, the minimum need for cooperation in planning and performance, the discreteness of the incidence of burdens and benefits, the specificity of obligation and the nature of

¹⁰³⁴ *Id.*, 789 et 790.

¹⁰³⁵ P. J. GUEDEL, préc., note 187, 770 qui précise que les obligations des parties peuvent avoir leur source au-delà du contrat entendu dans le sens classique du terme. En effet, « *an expectation arises out of on-going exchange relations that future exchanges will continue and will be "entirely free of all other coercion or ordering". This expectation emerges from and accounts for the fact that relationships characterized by ongoing exchange are often defined by particular traditions, customs, habits, status, kinship, command or religious obligations* ».

¹⁰³⁶ I. R. MACNEIL, préc., note 907, 367 et s précisant que « *it should be stressed that such values may originate not only in the positive law of the sovereign, but also from many other sources, of which only one source is conceptualizing about contract. Thus, an exhaustive examination of external social values would by no means be limited to the positive law of the sovereign and conceptualizing about contract. It would also have to include private law, such as that imposed [...] on businesses by trade associations [...]. Furthermore, it could not stop with relatively hierarchical or vertical impositions such as those listed. It also would have to deal with more horizontal imposition of external values, such as those arising from customs - not only those customs of closely related people or groups, such as customs of a trade, but also of broader origin, such as those of civilized intercourse in the particular society* ».

¹⁰³⁷ I. R. MACNEIL et P. J. GUEDEL, préc., note 873, p. 19.

potential sanctions, all go to guarantee the absence of room for anything but exchange and its motivations »¹⁰³⁸.

La vision des contractants concernant leur engagement présuppose aussi l'attitude qu'ils vont adopter face à des troubles d'exécution. Dans les contrats transactionnels, les parties n'ont pas prévu de difficultés dans l'exécution, et en cas de survenance de circonstances imprévisibles, ils régleront le problème par la voie judiciaire ou conformément aux clauses de l'accord¹⁰³⁹. Dans les contrats relationnels, au contraire, la survenance d'évènements imprévisibles fait partie des anticipations des parties et sera résolue par la coopération, leur accord n'étant pas scellé pour l'avenir¹⁰⁴⁰.

Outre ces critères qui vont permettre de déterminer la relation en tant que telle, d'autres ont pour objet d'appuyer la qualification.

2. Les critères accessoires à la relation

Trois critères principaux peuvent être considérés comme accessoire à la relation, dans le sens où ils ne se réfèrent pas au lien entre les parties, mais à des éléments particuliers de ce lien. Il s'agit de la durée (a), de la transférabilité (b) ainsi que de la répartition des charges et profits (c).

a. Duration

Le **premier critère** accessoire à la relation développé par Macneil correspond à la « *duration* ». Pour lui, les contrats transactionnels se caractérisent par une durée d'exécution très courte et s'effectuent avec un minimum de contact entre les parties, voire sans contact¹⁰⁴¹. Le contrat transactionnel type est donc le contrat à exécution instantanée, payé immédiatement et comptant, sans que l'exécution n'en soit différée¹⁰⁴². À la différence, dans les contrats

¹⁰³⁸ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 795.

¹⁰³⁹ *Id.*, 740 précisant que le « *trouble in performance or among the participants [is] none expected, except perhaps that planned for; if it occurs expected to be governed by specific rights* ».

¹⁰⁴⁰ *Id.* précisant que « *[p]ossibility of trouble anticipated as normal part of relation, to be dealt with by cooperation and other restorational techniques* »; I. R. MACNEIL et P. J. GUEDEL, préc., note 873, p. 19.

¹⁰⁴¹ I. R. MACNEIL et P. J. GUEDEL, préc., note 873, p. 16 : « *[s]hort agreement process; short time between agreement and performance; short time of performance* ».

¹⁰⁴² I. R. MACNEIL, préc., note 28, 748 précisant que « *[r]emoval of the goods from the seller's truck, their placement on buyer's platform, and the signing of a receipt by buyer, are typical of the contact between the parties during performance of a relatively pure transaction. Often no contact during performance occurs, as where a seller ships goods by a common carrier* ».

relationnels, le temps de l'engagement peut être long¹⁰⁴³, voire infini¹⁰⁴⁴. Les parties n'envisagent pas ab initio la fin de leur relation¹⁰⁴⁵. Ainsi, lorsque la relation s'inscrit dans la durée¹⁰⁴⁶, le qualificatif de transaction ne peut plus s'appliquer¹⁰⁴⁷.

« The exercise of choice [about contract content] is [...] an incremental process in which parties gather increasing information and gradually agree to more and more as they proceed. Indeed, the very process of exercising choice in such circumstances, such as through engineering studies, may entail major parts of the total costs of the whole project as finally agreed »¹⁰⁴⁸.

La durée de la relation est à différencier de la durée de l'engagement de chaque partie au sein de la relation¹⁰⁴⁹. En effet, un accord collectif, c'est-à-dire un accord comportant plus de deux personnes, pourra continuer malgré la perte de l'une d'entre elles.

b. Transferability

Le **deuxième critère** est celui de « *transferability* », c'est-à-dire la transférabilité du contrat. Les contrats transactionnels sont interchangeables dans tous leurs éléments¹⁰⁵⁰.

« Their discreteness as nonprimary relations, the subject matter of the exchanges, the careful measuring, the sharpness of commencement and termination, the completeness and specificity of bindingness and obligation in planning, the absence of need for extensive future cooperation, the absence of sharing of burdens and benefits, all mean that with one exception nothing in the nature of transactions stands in the way of complete transferability »¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴³ F. OST, préc., note 7 à la page 162 et s, précisant que le « temps "relationnel" qui se dégage de ces pratiques est à la fois continu et plus évolutif que le temps "transactionnel" de l'échange ponctuel ».

¹⁰⁴⁴ R. E. SPEIDEL, préc., note 210, 828, « [o]ne consequence of extended relationships is that the participants never intend or expect to see the whole future relationship presented at any single time. [...] Fixed terms over time allocate rather than share or divide the risk of change ».

¹⁰⁴⁵ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 749 précisant que « [d]uration of a relation, both of contact and non-contact facets, may be virtually infinite. [...] Moreover, at the extreme relational pole the relation never had any beginning, it has always existed ».

¹⁰⁴⁶ I. R. MACNEIL et P. J. GUEDEL, préc., note 873, p. 16 : « [l]ong term; no finite beginning; no end to either relation or performance, except perhaps upon death of parties ».

¹⁰⁴⁷ L. ROLLAND, préc., note 46, 907.

¹⁰⁴⁸ I. R. MACNEIL, préc., note 938, 720 et s.; Voir également, W. C. WHITFORD, préc., note 211, 546.

¹⁰⁴⁹ R. E. SPEIDEL, préc., note 210, 828, précisant que, « [r]elational contracts continue over an extended period of time. The exchange relationship may consist of a series of "spot" contracts between the same parties over an indefinite period, or it may be expressed as, say, a twenty-year contract for the supply of goods. The extended relationship may also involve third persons, such as suppliers, sureties, customers, banks, and others who rely upon the extended relationship. In short, patterns of interaction and expectation develop that involve more than two people and transcend the boundaries of the traditional discrete bargain ».

¹⁰⁵⁰ I. R. MACNEIL et P. J. GUEDEL, préc., note 873, p. 18.

¹⁰⁵¹ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 791.

Cette transférabilité s'explique par le fait que l'identité des parties est peu importante, seule l'identité du débiteur est nécessaire, quelle qu'elle soit¹⁰⁵². Les contrats relationnels sont, quant à eux, à l'opposé des contrats transactionnels en termes de transférabilité. L'identité des parties apparaissant primordiale et les obligations pouvant être imprécises, le contrat relationnel ne sera pas facilement transférable¹⁰⁵³.

c. Incidence of benefits and burdens

Enfin, **le dernier critère** concerne l'« *incidence of benefits and burdens* ». La répartition des charges et des bénéfices variera en fonction de la nature du contrat. Dans les contrats transactionnels, il n'y a pas de répartition. Les bénéfices et les charges resteront entre les mains d'un seul contractant¹⁰⁵⁴. L'analyse est différente dans les contrats relationnels où les avantages et charges sont répartis entre les contractants¹⁰⁵⁵. Il n'y a donc pas d'échange, mais une distribution des pertes et des bénéfices entre les contractants.

Pour conclure, il est possible de remarquer que Macneil n'a pas déterminé deux types de critères distincts permettant de distinguer d'un côté les contrats relationnels et de l'autre côté, les contrats transactionnels, aucun critère ne permettant seul de qualifier le contrat. Une analyse de chacun d'entre eux est nécessaire pour déterminer de quel côté va pencher la balance et qualifier ainsi l'accord des parties, Macneil ayant pour ambition de décrire les comportements des contractants dans tout type de transactions.

¹⁰⁵² *Id.* précisant que « [t]he one exception to full transferability of transactions arises from the importance of the identity of the obligor. "Who is it that owes me?" is a question so important to the value of a transactional right that completely free transferability of all duties by the obligor is never feasible ».

¹⁰⁵³ *Id.* précisant que « [p]rimary relations, depending as they do heavily on the identity of participants, tend to be non-transferable, at least by simple exchange. The absence of measurability and actual measurement in pure relations makes exchange transfers difficult, as do the absence of finiteness and clarity of commencement and termination of relations. Similarly, both the length of relations and the nature of limitations on relational planning make simple transfers of relations difficult to achieve. The possibility of future planning altering relations, the absence of bindingness of planning, and the great need for future cooperation and relational development of future obligations all make simple exchange transfer of relations an anomalous concept, particularly since burdens and benefits tend to be shared rather than divided and parceled out. Finally, the elements of trust demanded by participant views of relations make identity important, and simple transfer therefore unlikely ».

¹⁰⁵⁴ *Id.*, 782 précisant que « [t]he very function of a transaction is the shifting or assignment of the entire incidence of particular benefits and burdens to one party ».

¹⁰⁵⁵ R. E. SPEIDEL, préc., note 210, 829 et s., précisant que « the parties to a relational contract may, at the time of contracting, agree to a price that tracks a changing market, provide for "output" or "requirements" to follow changing quantity, or agree to make short-term adjustment to alleviate the burden of changed circumstances. Under these agreements, the relationship is preserved by the agreed handshake of cooperation rather than fragmented by the invisible hand of self interest. Put differently, provisions or incentives for flexibility and adjustment reduce the opportunity for strategic or opportunistic behavior by one party and tend to preserve the relationship ».

« Upon strating down the road leading to, among many things [...], it did not occur to me consciously that I might be developing a theory. Rather, I was simply exploring and trying to make sense of reality, the reality of what people are actually doing in the real-life world of exchange »¹⁰⁵⁶.

Cependant, Macneil montre que le droit des contrats ne peut être conçu comme étant soit tout blanc soit tout noir, mais qu'il doit y avoir des nuances de gris, et qu'à l'intérieur de ces nuances, il est possible de déterminer un régime différent, plus ou moins contraignant en termes de coopération¹⁰⁵⁷. Ainsi, il n'existe pas deux types différents de convention, mais des contrats, au sens juridique du terme, qui se développe en fonction d'un axe qui en détermine un régime différent, plus ou moins poussé, en fonction de ses caractères plus ou moins impersonnels ou plus ou moins relationnels¹⁰⁵⁸. Même si les deux types de contrats représentent un échange économique, seulement le contrat relationnel a un réel aspect coopératif.

« I would like initially distinguish contract transactions from contractual relations by noting that although both involve economic exchange, only the latter include whole person relations, relatively deep and extensive communication by a variety of modes, and significant elements of non-economic personal satisfaction »¹⁰⁵⁹.

Cependant, Macneil n'estime pas que la préservation de la relation soit une fin en soi. Lorsque le contrat penche encore du côté relationnel de l'axe, et malgré les difficultés rencontrées par les partenaires, la pérennité du contrat passera par des accommodements¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁶ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 879.

¹⁰⁵⁷ *Id.*, 894 : « [p]robably the most recognized aspect of my work in contract is the use of a spectrum of contractual behavior and norms with poles, labeled relational and discrete, respectively. As with the broader arena, this spectrum too reflects both descriptions of contract behavior and norms and is the basis for a theory emanating from those descriptions ».

¹⁰⁵⁸ *Id.*, 898 et s. : « [f]his observation means that, irrespective of whether one likes or does not like any particular relational contract law, analysis of contracts sujet to it cannot safely ignore that law. This observation does not mean that relational contracts can never be dealt with by relatively discrete contract law. Indeed, the discrete contract law can never be the beginning and the end of the law applicable to relational contracts. Nor does the observation mean that the applicable relational contract law should necessarily always track closely the behavior and norms of the exchange relations in question ».

¹⁰⁵⁹ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 723.

¹⁰⁶⁰ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 899 : « [f]inally, this observation does not mean that relational contract law sshould always aim to preserve relations, or even should have some presumption that such an ai mis the starting point. As noted in the initial discussion of essential contract theory, it contains no such postulate. [Note, however, that essential contract theory does not postulate that excahnge relations should never fall apart. Whether they do or not depends upon whether common behavior and norms continue with sufficient strength, not on whether they should or should not continue for some reason or other]. Whether contractual relations continue or fall apart depends upon whether the common behavior and norms continue with sufficient strength. Where they do not, relational contract law may or may not appropriately step in ».

<u>Critère du contrat relationnel</u>	<u>Application pratique en fonction de la relation commerciale établie</u>
Globalité de la relation	Analyse de l'activité et du contenu (contrat à durée indéterminée ou à durée déterminée, contrat successif ayant le même objet ou entre les mêmes partenaires, continuité d'activité)
Monétarisation de l'échange	Fourniture de biens ou de service, prestations intellectuelles, civiles
Sources des obligations	Contrat, usages, comportements...
Durée	Durée de la relation ou durée du contrat
Commencement et fin	Relation contractuelle et extracontractuelle
Planification	Appel d'offres, pérennité, investissements réalisés
Coopération future	Clause d'exclusivité, accord-cadre, garantie de chiffre d'affaires, investissements réalisés
Répartition des bénéfices et des pertes	État de dépendance, clause d'exclusivité
Interchangeabilité	Poursuite de la relation malgré un changement de forme, de partenaires...
Objet du contrat du point de vue des parties	Attentes légitimes, croyance légitime
Raisons de l'exécution	Pas de prise en compte

Le contrat relationnel tente ainsi d'insérer certains contrats dans un contexte plus large, l'accord n'apparaissant plus autosuffisant, isolé de son contexte, prévoyant mécaniquement sa fin et contenant l'intégralité des stipulations juridiques régissant la relation des contractants. « L'approche relationnelle ne nie pas la survivance d'opérations contractuelles répondant à la vision classique de la "discrete transaction" »¹⁰⁶¹. La relation contractuelle, ou contrat relationnel, est plus évolutive, débutant lors des négociations et se développant au cours du contrat¹⁰⁶². Afin d'obtenir la satisfaction de leurs intérêts, les parties vont devoir collaborer et compléter leur accord, afin d'en combler les lacunes. La relation ne prendra pas fin à l'échéance prévue par le contrat initial, mais perdura à travers la collaboration des parties, notamment par l'insertion de diverses clauses contractuelles comme les clauses de non-concurrence.

Section 2 — Fonctions de la notion de relation contractuelle

Macneil, lorsqu'il a développé la théorie des contrats relationnels, n'a pas indiqué le régime qui devait s'y appliquer. En effet, il a pris appui sur la réalité empirique et n'a pas cherché à créer une nouvelle catégorie de contrats, mais à démontrer que la théorie classique n'était pas conforme à la réalité de certaines pratiques contractuelles, voire extracontractuelles.

« La notion de contrat relationnel ne définit donc pas une nouvelle catégorie de contrats. Elle invite à considérer différemment le régime applicable au contrat. Ce régime n'est plus le seul produit des conventions initiales. Ce régime n'est plus le seul produit des conventions initiales. Il tient doublement compte du contexte. Il se forme et se développe au fil des relations que les parties ont commencé à entretenir dès avant la conclusion de l'accord et qui vont se poursuivre et évoluer dans l'avenir en fonction des circonstances. Il est conditionné par des interventions extérieures du système juridique, juge et législateur »¹⁰⁶³.

¹⁰⁶¹ Marcel FONTAINE, « Bonne foi, contrats de longue durée, contrats relationnels », dans Walter VAN GERVEN et Herman COUSY, *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, p. 541 à la page 549.

¹⁰⁶² A. PUELINCKX, préc., note 383, 53 : « [*ijn a long-term gas or oil supply contract for example, the execution is spread over ten or even thirty years. Hence, the contract becomes a lifetime experience rather than a written document. Certainly, the prevailing law cannot deal with such written agreements, because basically, economic circumstances change and the initial value of assets varies. Currencies loose their value. Still the contract remains imperative because the law is not familiar with changing situations* ».

¹⁰⁶³ M. FONTAINE, préc., note 1061 à la page 550 et s.

Concernant la relation commerciale établie, c'est la rupture brutale de celle-ci qui est sanctionnée. Le régime apparaît protecteur de la relation en imposant le respect d'un préavis. Il n'apparaît donc pas qu'un régime général puisse être dégagé.

En effet, « la dimension relationnelle se faisant incontestablement sentir dans toutes sortes de contrats, sans que l'on puisse proposer de celles-ci un critère juridique opérationnel, il faut renoncer à définir un régime dérogatoire, propre à certains contrats. C'est un jugement sur le droit des contrats dans son ensemble qui doit être porté »¹⁰⁶⁴.

Le lien contractuel est souvent utilisé dans les écrits juridiques sans qu'une définition ne puisse être déterminée. Pourtant, la reconnaissance de la relation contractuelle imposerait une reconnaissance de la dualité du contrat, en expliquant les nouveaux devoirs imposés aux contractants autrement qu'en terme obligationnel, renvoyant systématiquement à une prestation. La relation contractuelle permet alors une lecture plurielle des principes directeurs. Cependant, la notion de relation, prise sous l'angle des contrats relationnels, a fait l'objet de diverses critiques, participant de son absence de reconnaissance. Qu'il s'agisse de critique doctrinale ou encore de la difficulté à en déterminer un critère de qualification, ces critiques ne semblant pas insurmontables (Paragraphe 1).

Suzanne Lequette a permis de mettre en exergue que la relation contractuelle supposait un devoir de coopération particulièrement exigeant et une certaine adaptabilité de l'accord. Ces particularités du contrat-coopération renvoient aux fonctions de la relation contractuelle (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Critiques de la notion de relation contractuelle

La notion de relation contractuelle a subi de nombreuses critiques, notamment liée à une potentielle valeur normative et à la difficulté d'en déterminer un critère systématique de qualification (A). Cependant, elle permet d'expliquer l'interprétation qui est faite par les juges dans l'imposition de nouveaux devoirs comportementaux. Elle aurait donc une valeur interprétative non négligeable et particulièrement réaliste (B).

¹⁰⁶⁴ H. MUIR WATT, préc., note 97 à la page 176.

A. Inconvénients de la notion de relation

La notion de relation a fait l'objet de diverses critiques, principalement dues à la complexité de la notion telle que développée par Macneil. Cependant, il est possible de se demander si la simplification de la notion est possible et surtout souhaitable. En effet, la relation pourrait, même sans définition précise (1) ou sans critère de détermination unique (2) servir à l'interprétation des engagements des partenaires, que ceux-ci relèvent du domaine contractuel ou extracontractuel.

1. La complexité de la notion de relation

La relation contractuelle n'a pas été définie. Certains considèrent que cette lacune rend la notion inapplicable en droit. En effet, qu'il s'agisse de Macneil, ou du législateur français, aucun n'a pris le risque de définir précisément la notion de relation. Cette absence de définition a été perçue comme nuisible, ne permettant pas son utilisation. Il ne pourrait alors s'agir que d'un concept sociologique ou économique, ne pouvant être transféré dans le milieu juridique¹⁰⁶⁵. Cette lacune rendrait la notion imprécise, ce qui ne permettrait pas de la rendre opérationnelle.

Cependant, certaines définitions ont été proposées. Tout d'abord, il a été tenté de définir la relation par son contraire, à savoir l'absence de relation. Un contrat sera considéré comme transactionnel s'il n'existe pas de relation interpersonnelle suffisante entre les contractants. Cette définition reste très imprécise et n'apporte pas suffisamment d'éléments pour distinguer les deux situations¹⁰⁶⁶. Elle a également l'inconvénient de rendre l'absence de relation inexistante, aucun contrat ne pouvant être considéré totalement transactionnel. Cette définition ne quantifie donc pas le lien pour en déterminer le régime.

Une seconde définition a été proposée, s'appuyant cette fois sur l'incomplétude du contrat. En effet, à partir du moment où le contrat est incomplet, la relation contractuelle devrait être prise

¹⁰⁶⁵ M. A. EISENBERG, préc., note 200, 813 précisant que « [t]o begin with, it is impossible to locate, in the relational contracts literature, a definition that adequately distinguishes relational and nonrelational contracts in a legally operational way – that is, in a way that carves out a set of special and well-specified relational contracts for treatment under a body of special and well-specified rules » et poursuivant, p. 814 que « [a] spectrum approach is certainly acceptable if we view relational contracts only from sociological and economic perspective. However, the enterprise of contract law entails the formulation of rules, and a spectrum approach is inadequate to the enterprise, because it cannot be operationalized »; Y.-M. LAITHIER, préc., note 28.

¹⁰⁶⁶ Randy E BARNETT, « Conflicting visions: A critique of Ian Macneil's relational theory of contract », (1992) 78-5 Va. Law Rev. 1175, 1177.

en compte afin de le compléter¹⁰⁶⁷. Cependant, cette définition a l'inconvénient de ne pas définir la relation contractuelle et de faire reposer son régime sur une notion tout aussi difficile à mettre en œuvre, à savoir l'incomplétude. En outre, il peut être difficile de déterminer les obligations principales desquelles découle le critère de l'incomplétude¹⁰⁶⁸.

Il semble alors préférable de déterminer les critères de qualification du lien contractuel dans les rapports que le contrat entretient avec la société¹⁰⁶⁹. Le contrat relationnel peut être défini comme « celui qui établit les normes d'une coopération étroite que les parties souhaitent maintenir à long terme ». Pour l'auteur, cette « définition générique laisse entrevoir une diversité des buts d'ordre affectif, intellectuel, communautaire, économique ou politique qui suscitent des projets de coopération »¹⁰⁷⁰. D'autres estiment que le contrat relationnel « *may be defined as an agreement of an ongoing nature between two or more parties that is typically adapted to changing circumstances and unique situations as they arise* »¹⁰⁷¹. Ainsi, la relationnalité du contrat permettra de déterminer si le lien existant entre les partenaires contractuels est suffisamment fort pour parfaire à son incomplétude en cas de bouleversement des circonstances¹⁰⁷².

Malgré l'absence de définition parfaite de la relation contractuelle¹⁰⁷³, la plupart des auteurs s'accordent sur le fait qu'elle contient trois caractéristiques spécifiques. Tout d'abord, la relation contractuelle doit perdurer dans le temps, ne s'agissant pas d'un simple échange

¹⁰⁶⁷ Charles J. GOETZ et Robert E. SCOTT, « Principles of relational contracts », (1981) 67 *Va Rev* 1089, 1091; Y.-M. LAITHIER, préc., note 28, 3 (version électronique) : « un contrat est relationnel lorsque les parties sont dans l'incapacité d'énoncer de façon précise leurs principaux engagements, soit parce qu'il est impossible d'identifier certains événements futurs, soit parce que, même en les identifiant, il est impossible de prévoir un mécanisme adéquat d'adaptation ».

¹⁰⁶⁸ Jean Baptiste SEUBE, « Le juge ne peut ni porter atteinte à la substance des droits et obligations des parties, ni s'affranchir des dispositions impératives », *RDC* 2010.2.666 qui estime que la distinction entre les « prérogatives contractuelles » et la « substance des droits et obligations » permettant au juge d'intervenir dans le contrat pour les premières et ne le permettant pas pour les secondes, est particulièrement délicate.

¹⁰⁶⁹ J.-G. BELLEY, préc., note 565, 104.

¹⁰⁷⁰ J.-G. BELLEY, préc., note 568 à la page 139.

¹⁰⁷¹ D. J. SMYTHE, préc., note 167, 230.

¹⁰⁷² C. J. GOETZ et R. E. SCOTT, préc., note 1067, 1092 : « *relational contracts create unique, interdependent relationships, wherein unknown contingencies or the intricacy of the required responses may prevent the specification of precise performance standards* ».

¹⁰⁷³ R. A. HILLMAN, préc., note 962, 801 : « *Macneil's work demands that anyone who thinks seriously about contract doctrine confront the reality of long-term continuing relations. These relations can involve trust and joint effort for common, or at least consistent goals. These relationships can also involve power and exploitation where the dominated party continues in the relationship because it is the best of a bad set of options open. But one thing is clear: if we are concerned with real expectations, that is, with reasonable reliance and good faith, then we cannot be satisfied with only formal written documents* ».

instantané entre deux contractants n'ayant jamais eu de relation préalable. Ensuite, une partie des termes de l'accord ne pourront être précisément définis lors de l'échange des consentements, étant donné la durée de la relation, ce qui implique des procédures de résolution amiable des différends ainsi qu'une certaine discrétion des partenaires dans la bonne exécution de l'accord. Enfin, l'interdépendance économique des parties lors de l'échange des consentements se transformera par la suite en interrelation sociale et ira au-delà du simple échange¹⁰⁷⁴.

L'absence de définition générique et universelle de la relation contractuelle ne semble pas insurmontable. Elle s'explique par la grande variété des relations contractuelles¹⁰⁷⁵, la prise en compte de l'identité des partenaires et du contexte dans lequel évolue leur rapport¹⁰⁷⁶. La relation apparaît comme une notion qualitative ou fonctionnelle¹⁰⁷⁷ qui ne pourra être mise à jour que dans l'application que les parties en feront.

La détermination de la relation contractuelle repose sur un nombre considérable de critères, qui apparaissent, au moins dans la théorie des contrats relationnels, comme étant d'application cumulative¹⁰⁷⁸. Cette multiplication des indicateurs à prendre en considération rend la détermination de la notion complexe, même si elle a le mérite de prendre en considération l'intégralité de la relation. Certains critères seraient ainsi inadéquats, d'autres trop vagues et certains trop complexes. Par exemple, le critère de la perception des partenaires de leur relation apparaît particulièrement difficile à déterminer¹⁰⁷⁹. En outre, certains critères sont communs, que la relation contractuelle soit importante ou non, ne permettant pas de distinguer les deux situations.

¹⁰⁷⁴ R. E. SPEIDEL, préc., note 210, 823 et s.

¹⁰⁷⁵ *Id.*, 826 : « [r]elational theory has an empirical component with a complex twist. Macneil, like the realists, recognized that every transaction is embedded in complex relation and that the transaction cannot be understood without understanding those relations. But he asserts: »A surer and more rapid understanding of any transaction is achieved by contemporaneous examination of those relations than by focusing initial inquiry on the transaction itself ».

¹⁰⁷⁶ L. ROLLAND, préc., note 46.

¹⁰⁷⁷ H. MUIR WATT, préc., note 97 à la page 175; C. J. GOETZ et R. E. SCOTT, préc., note 1067, 1091.

¹⁰⁷⁸ W. C. WHITFORD, préc., note 211, 556 : « [a] second objection to Macneil's work, sometimes deemed stylistic, is that his work is too complex, in the sense that he describes more different characteristics of relational contracts than we can easily master. His work has been implicitly criticized for its « rich classificatory apparatus ». A little reflection will indicate that this is not stylistic criticism. The question is whether Macneil's numerous category of describing features of relation contracts are useful and needed in terms of some end in view. If they are, the messenger (Macneil) should not be blamed for the bad news ». M. A. EISENBERG, préc., note 200, 813; R. A. HILLMAN, préc., note 962, 783.

¹⁰⁷⁹ Y.-M. LAITHIER, préc., note 28, 3 (version électronique).

Cependant, la notion de relation contractuelle ou commerciale met en exergue l'intégration, la reconnaissance des éléments juridiques et extrajuridiques entourant le contrat et le lien unissant les partenaires. Il pourra tout autant s'agir des termes de l'accord, des habitudes des parties ou encore de la durée de la relation¹⁰⁸⁰. S'agissant d'un fait juridique, la relation contractuelle peut être prouvée par tous moyens, et ces éléments peuvent et doivent être pris en considération.

Pour Macneil, le contrat transactionnel prévoit nécessairement et mécaniquement sa fin. Il s'agit d'un « anéantissement programmé du concept contractuel voulu par les parties »¹⁰⁸¹, sans possibilité de rédemption. À la différence, le contrat relationnel permet une réintégration du temps dans le contrat, qu'il s'agisse du passé, du présent ou du futur. Il doit offrir tous les mécanismes possibles afin de pérenniser et de préserver l'avenir de la relation, indépendamment des bouleversements pouvant survenir dans le futur. Ainsi, il sera nécessaire de mettre des mécanismes d'adaptation des devoirs et obligations des partenaires afin que ces derniers puissent parvenir à préserver leur relation et obtenir un bénéfice mutuel. C'est seulement dans ce cas que le contrat pourra être considéré comme utile¹⁰⁸².

Cependant, en considérant que tous les critères ne sont que des indices permettant d'aboutir à la qualification de relation, ils n'apparaissent pas comme des grilles d'un tableau à cocher, mais plutôt comme des éléments pouvant être pris en considération en fonction de chaque cas d'espèce afin de déterminer si, en dehors de la volonté des parties, celles-ci ont abouti à la création d'une véritable relation laissant présumer la poursuite et l'adaptation du contrat. C'est ce que fait la Cour de cassation lorsqu'elle qualifie une relation commerciale d'établie, ne prenant en compte que les éléments pertinents à la qualification. Malgré tout, certains auteurs ont tenté de trouver un critère unique de qualification de la relation contractuelle.

¹⁰⁸⁰ J.-G. BELLEY, préc., note 565, 113 : « [J]es types de droit interindividuel ne se ramène pas à un seul modèle [...]. Les éléments non juridiques qui participent directement à la vie du droit ou du contrat doivent y être pris en compte. Or, ils sont eux aussi essentiellement multiples : [...] les systèmes plus ou moins élaborés d'organisation des échanges économiques [...] ».

¹⁰⁸¹ *Id.*, 112.

¹⁰⁸² I. R. MACNEIL, préc., note 96, p. 59 et s. ; I. R. MACNEIL, préc., note 28, 750 et s. ; J.-G. BELLEY, préc., note 565, 112.

2. L'inadaptation d'un critère unique rigide

Pour une grande majorité des auteurs, les critères de qualification de la relation doivent être limités¹⁰⁸³, sous peine de voir leur régime impraticable. En effet, « [l]a notion de contrat relationnel n'est opératoire que si ses contours peuvent être définis avec un minimum de précision, sans quoi il est impossible de procéder à une qualification et d'y rattacher un régime »¹⁰⁸⁴.

Pour de nombreux auteurs, le critère de distinction entre les contrats relationnels et les contrats transactionnels résiderait dans la durée du contrat¹⁰⁸⁵.

En effet « [c]e qui peut éventuellement justifier l'application d'un régime spécifique, ce n'est pas le caractère plus ou moins étroit des relations, mais la longue durée, car c'est elle, et elle seule, qui rend plus aléatoires les prévisions, l'appréciation des risques et, en définitive, la défense par chaque contractant de ses propres intérêts »¹⁰⁸⁶.

De plus, dans une relation de longue durée, les contractants auront pu obtenir certains avantages, non contractuellement définis, qu'il sera particulièrement difficile d'obtenir d'un nouveau partenaire au début de la relation¹⁰⁸⁷. Enfin, il a été démontré que les partenaires, au fur et à mesure de leur relation, allaient développer des habitudes et un langage commun, qui peuvent tout autant concerner des règles techniques, des règles contractuelles ou encore un processus de fabrication ainsi que les produits objet du contrat¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸³ M. A. EISENBERG, préc., note 200, 814 précisant que « *[i]f there is to be a body of contract-law rules to govern relational contracts, it is imperative to establish a definition of relational contracts that centers on one or more characteristics that meaningfully distinguished relational and discrete contracts* ».

¹⁰⁸⁴ Y.-M. LAITHIER, préc., note 28, 2 (version électronique).

¹⁰⁸⁵ C. J. GOETZ et R. E. SCOTT, préc., note 1067, 1091 : « *[a]lthough a certain ambiguity has always existed, there has been a tendency to adequate the term "relational contract" with long-term contractual involvements* »; Muriel FABRE-MAGNAN, « Réforme du droit des contrats: "Un très bon projet" », (2008) I-43 J.C.P. G. 199, 7 (version électronique) : « il y a un essor des contrats de longue durée, que l'on qualifie parfois de "relationnels" ».

¹⁰⁸⁶ Y.-M. LAITHIER, préc., note 28, 3 (version électronique); M. A. EISENBERG, préc., note 200, 814 : « *[a]lthough long duration is not a defining characteristic of relational contracts, it might be treated as an independent variable in contract law, so that there would be a special rules for all long-term contracts, regardless of whether they are relational* ».

¹⁰⁸⁷ R. J. WEINTRAUB, préc., note 717, 18 et s. démontre que les parties peuvent obtenir des avantages dans les relations à long terme, Après enquête, il est apparu les résultats suivants: « *[i]f, because of a shift in market price, one of your suppliers or customers requested a modification of the contracted-for-price, would you company always insist on compliance with the contract? Not always: 95,1%; 6- If your company would sometimes agree to a modification of the contracted-for price, which of the following factors would be relevant to the decision? [...] A. The request was reasonable under trade practice: 75,6% [...]; Relation with the company making the request have been long and satisfactory: 79,5%* » [Seules les réponses ayant obtenu plus de 50% ont été citées].

¹⁰⁸⁸ R. E KRANTON, « The Formation of Cooperative Relationships », (1996) 12-1 J. Law Econ. Organ. 214, 226.

Cependant, même si, *a priori*, plus le contrat est long et plus les parties vont se lier, il n'est pas exact d'affirmer qu'il s'agit d'une vérité absolue. Il est difficilement imaginable qu'une relation entre les abonnés d'un service quelconque, tel que les abonnements à l'électricité ou à un magazine, existe et permettent la renégociation des termes de l'accord¹⁰⁸⁹.

En outre, la durée nécessaire à la qualification sera également soumise à interprétation, quant à son quantum. Le Code civil a reconnu la durée à travers ses modes d'exécution en distinguant les contrats à exécution instantanée des contrats à exécution successive. Par exemple, un contrat de vente, contrat instantané, dont la chose vendue doit être fabriquée introduit de la durée et une hausse subite des prix aura une répercussion sur l'équilibre contractuel, sans que l'adaptation du contrat soit forcément bénéfique aux parties.

La distinction fondée sur la durée est donc insuffisante pour justifier les conséquences qui en sont tirées, et notamment l'adaptation des contrats de longue durée aux changements de circonstances¹⁰⁹⁰. La qualification de relation semble renvoyer à la qualité du lien entre les parties. La durée est un indice de l'intensité de ce lien. Cependant, à elle seule, elle n'est ni suffisante, ni forcément nécessaire et peut apparaître comme réductrice¹⁰⁹¹.

Un second critère a été proposé afin de déterminer un critère objectif de détermination de la relation contractuelle. Une auteure a estimé qu'un contrat pourra être qualifié de contrat relationnel à partir du moment où « il serait difficile pour au moins un contractant de trouver un partenaire équivalent »¹⁰⁹². Les objectifs de ce critère sont de prendre en considération la difficulté que peuvent rencontrer les partenaires à se défaire d'une relation, notamment eu égard aux avantages obtenus. Il s'agit également de reconnaître que tous les contractants ne sont pas égaux face au contrat et que des intérêts égoïstes peuvent surgir et entraîner des comportements opportunistes. Le critère proposé cherche à protéger les contractants de manière individuelle dans leur relation collective.

Certaines raisons pourraient justifier qu'au moins l'un des partenaires ait des difficultés à trouver un partenaire équivalent. Tout d'abord, la faiblesse de l'offre, mais également les situations de monopole, ne permet pas au contractant d'être totalement libre de changer de

¹⁰⁸⁹ C. BOISMAIN, préc., note 28; Y.-M. LAITHIER, préc., note 28, 3 (version électronique).

¹⁰⁹⁰ J. ROCHFELD, préc., note 96, par. 12.

¹⁰⁹¹ H. MUIR WATT, préc., note 97 à la page 174.

¹⁰⁹² C. BOISMAIN, préc., note 28, p. 167 et s.

partenaire ou de contracter avec le partenaire de leur choix. De surcroît, lors de l'exécution du contrat, des coûts de transaction élevés ou la réalisation d'investissement non encore amortie ne permettent pas de trouver facilement un nouveau partenaire. En effet, dans un contrat relationnel, un changement de contractant aura pour conséquence d'augmenter les coûts de transaction, les parties ayant vocation à coopérer ou encore la spécificité des actifs ne permet de les réutiliser pour un objet différent.

Ce critère pose la difficulté de déterminer ce que signifie le terme équivalent. Dans le critère exprimé, il s'agit de l'équivalence de la teneur de la relation entretenue par les partenaires, à savoir les avantages reçus ou encore la sécurité engendrée par le fait de traiter avec le même partenaire. Cette équivalence renvoie bien à un lien privilégié, poussant les contractants à poursuivre leur relation même en cas de difficultés d'exécution. La difficulté à rompre le lien se fait donc sentir.

Cependant, il s'agit d'un critère qui peut sembler conjoncturel, dans le sens où la situation économique actuelle peut entraîner une difficulté à trouver un partenaire équivalent malgré l'absence de réelle relation entre les partenaires¹⁰⁹³. La relation contractuelle ne doit pas avoir pour motivation première la peur et ne peut conduire à des comportements opportunistes de la part du contractant en situation de domination. L'utilité de la reconnaissance du lien contractuel est de démontrer la complémentarité des contractants, il désigne un rapport de « confiance réciproque qui croit au fur et à mesure que les liens se renforcent »¹⁰⁹⁴. La relation ne peut se fonder sur la crainte de perdre une source de revenus ou un emploi.

Ainsi, il apparaît que la relation contractuelle ne peut se manifester au travers de ces propositions et doit rester une notion fonctionnelle. Ce sont l'ensemble des facteurs entourant les partenaires qui devront être pris en compte afin de permettre de déterminer la relation. Cette détermination aura alors vocation à permettre l'interprétation de l'engagement.

¹⁰⁹³ *Id.*, p. 181 où l'auteur le précise elle-même: « [é]tant donné la situation économique actuelle, il est logique de considérer qu'un employé licencié ou dont le contrat à durée déterminée ne sera pas renouvelé ne retrouvera pas facilement un nouvel employeur » ou encore, p. 183: « parce qu'il est difficile pour un franchisé et pour un concessionnaire de retrouver un nouveau franchiseur ou un nouveau concédant. Les contrats de concession et de franchise sont des contrats relationnels principalement parce que l'offre est faible ».

¹⁰⁹⁴ Y.-M. LAITHIER, préc., note 28.

B. Avantages de la notion de relation

La relation contractuelle, comme principe interprétatif, permettrait alors de comprendre les différences d'intensité existant entre les divers devoirs relatifs à la bonne foi. Elle serait le critère permettant à la bonne foi de donner son plein potentiel, en expliquant et justifiant le retour à telle ou telle norme de comportement. Pourquoi certains contrats imposent une obligation de renégocier les termes de l'engagement alors que d'autres ne l'imposent pas ? (1) Elle aurait donc force obligatoire¹⁰⁹⁵, en permettant la sanction d'exigences de comportement (2).

1. Des devoirs comportementaux sans prestation

Le contrat est généralement conçu comme un acte créateur d'obligation. La force obligatoire qui en découle renvoie également aux obligations¹⁰⁹⁶, alors que la notion de relation contractuelle aurait une valeur explicative et interprétative. Elle permettrait de comprendre l'intensité des devoirs imposés aux contractants, ainsi que leur modulation. « Autrement dit, [...] ce qu'on appelle force obligatoire du contrat ne se réduit pas à son contenu obligationnel »¹⁰⁹⁷.

« La bonne foi est, comme on le sait, une notion difficile. Elle demande d'apprécier une conduite par rapport à un ensemble souvent complexe de circonstances qui ne sont jamais les mêmes d'une cause à l'autre. Elle exige de tenir compte de la nature et de la qualité des rapports entre les contractants, du type de convention, de l'expertise des parties en la matière et du déroulement factuel de leurs relations, entre autres choses »¹⁰⁹⁸.

La distinction entre la notion d'obligation contractuelle et celle de devoir relationnel s'explique par la définition même de l'obligation qui nécessite une prestation¹⁰⁹⁹. La notion

¹⁰⁹⁵ P. ANCEL, préc., note 114, par. 4 : « [i]l est vrai, sans doute, qu'une obligation contractuelle est complètement configurée par le contrat qui l'a fait naître, qu'elle est complètement sous la dépendance de sa source. Mais on ne saurait en déduire à l'inverse que le contrat (la source) se ramène entièrement aux obligations qu'il fait naître ».

¹⁰⁹⁶ *Id.*, par. 8 : « [l]e droit apparaît comme un réseau d'obligations, d'interdictions et de permissions - les interdictions et les permissions pouvant d'ailleurs sans mal être ramenées à des obligations. De ce point de vue, dire que le contrat est un acte créateur de normes peut sembler équivaloir à affirmer qu'il crée des obligations pour les parties, et la conception normativiste ne semble pas avoir de "débouché" particulier sur le terrain de la dogmatique juridique, quant à la manière de rendre compte de la notion de force obligatoire ».

¹⁰⁹⁷ *Id.*, par. 4.

¹⁰⁹⁸ *Société de récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec c. Gestion Grand Remous Inc.*, R.E.J.B. 1999-12452, par. 40 ((C.A.)).

¹⁰⁹⁹ Marianne FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle: contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 112 et s. : « [d]ans l'obligation, l'accent est mis sur le rapport unissant un individu (créancier) à une autre (débiteur) et sur la finalité du devoir qu'il contient, tout centré sur la réalisation du droit d'autrui. Dans le devoir "non-obligation", il n'y a aucune relation entre individus déterminés,

d'obligation est une notion centrale en droit des contrats, qui permet de le définir. Au contraire, la relation ou le lien n'apparaît qu'à travers l'obligation. C'est ainsi que la notion de relation serait consubstantielle à tout contrat¹¹⁰⁰, dans le sens où, dans tous contrats, une certaine relation existe entre les contractants à travers l'obligation¹¹⁰¹. Macneil confirme cette remarque en précisant qu'il n'existe pas de contrat transactionnel, seulement des contrats penchant du côté transactionnel de l'axe.

Cependant, il peut apparaître une certaine confusion entre lien interpersonnel et rapport obligationnel, excluant toute compréhension globale de l'acte¹¹⁰². Malgré le fait que les diverses définitions doctrinales du terme obligation renvoient aussi bien au lien qu'à la prestation¹¹⁰³, ce lien semble par la suite oublié au seul profit de l'obligation¹¹⁰⁴, n'ayant alors aucun effet juridique. Certaines définitions ne font nullement référence au lien interpersonnel unissant les contractants, d'autres mentionnent bien le lien, mais ne tirent aucune conséquence de ce rapport. Il semble donc que le contrat ne soit considéré que comme créateur d'obligations, au sens de prestation/contreprestation¹¹⁰⁵, ce qui rend cette définition

mais seulement le respect de tout un chacun envers les droits de tous les autres. En définitive, le critère de distinction de devoir et de l'obligation juridique se situe dans l'existence ou non d'un créancier déterminé ».

¹¹⁰⁰ D. CAMPBELL, H. COLLINS et J. WIGHTMAN, préc., note 316, p. 82 et s. ; H. MUIR WATT, préc., note 97 à la page 172 : « on lui reproche de ne pas voir que la dimension relationnelle est consubstantielle à tout contrat » ; S. C. HACKETT, préc., note 890, 360.

¹¹⁰¹ M. A. EISENBERG, préc., note 200, 817 : « [t]here can be no special law of relational contracts, because relational contracts and contracts are virtually one and the same » ; Y.-M. LAITHIER, préc., note 28, 5 (version électronique) : « [...] même en admettant que le contrat emporte d'autres effets que la production d'obligations, ce qui ne va pas de soi au regard de la définition du contrat, mais correspond à une réalité (la création d'un groupement est une illustration), la distinction entre contenu obligationnel et contenu relationnel n'est pas opératoire, La raison tient tout simplement à l'existence d'un phénomène d'absorption des effets normatifs de la relation par l'obligation contractuelle. De sorte que tantôt la relation digne de considération crée une obligation nouvelle, tantôt la relation digne de considération modifie l'exécution d'une obligation existante. Il n'est nul besoin de recourir à l'artifice d'une volonté tacite pour expliquer ce phénomène. Il suffit de souligner que la relation, telle qu'elle est établie et telle qu'elle évolue, suscite une confiance qui, si elle est légitime, commande son caractère obligatoire. Bref, c'est la force obligatoire du contrat fondée sur la confiance qui justifie le phénomène d'absorption des effets normatifs de la relation par l'obligation contractuelle. En définitive, la seconde hypothèse émise échoue et rejoint la première: la distinction entre relation et obligation, intellectuellement concevable, n'est pas tenable juridiquement parce que la relation ne produit pas d'effets juridiques qui ne soient pas ceux de l'obligation »).

¹¹⁰² Yves PICOD, « Obligations », dans Répertoire de droit civil, Paris, Dalloz précisant que le « code civil n'a pas donné de définition de la notion d'obligation, se contentant d'en indiquer l'objet dans la définition du contrat », définition de l'article 1101 du Code civil.

¹¹⁰³ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 54, p. 14 et s.

¹¹⁰⁴ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, préc., note 5, par. 5 et s. où l'auteure précise qu'originellement, la définition du terme obligation englobait l'idée de lien, même si elle ne semble plus l'exprimer ; P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 791, p. 150 : « on relève que le contrat apparaît comme une construction d'obligations. À chaque droit (créance) que les parties détiennent, à chaque pouvoir qu'elles se sont reconnues la possibilité d'exercer à l'encontre de l'autre, correspond une dette corrélatrice, l'ensemble du rapport étant dénommé obligation ».

¹¹⁰⁵ P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 791, p. 155 précisant que « [d]ans la langue du droit, il semble que l'obligation contractuelle renvoie au registre d'une prestation économique ».

particulièrement réductrice¹¹⁰⁶. En outre, le lien interpersonnel est parfois qualifié de « pécuniaire », ce qui exclut toute la dimension non pécuniaire de la relation¹¹⁰⁷. La notion d'obligation a donc subi une sorte de dénaturation¹¹⁰⁸, une confusion entre l'objet de l'obligation et l'obligation elle-même, l'aspect personnel ayant été oublié au profit du seul aspect matériel¹¹⁰⁹. L'objet de l'obligation devient le centre de gravité autour duquel gravite le contrat¹¹¹⁰. L'individualisation au sein de l'obligation disparaît au profit de la prestation¹¹¹¹, l'objet semblant plus important que le sujet¹¹¹².

Les classifications les plus récentes du contrat apportent une approche différente de celle initialement retenue — contrat à exécution instantanée ou successive, portant sur une chose ou sur un service... – prenant en compte l'individualité ou la qualité des parties contractantes — contrat de consommation, contrat de dépendance, contrat institution, contrat organisation¹¹¹³. Ces diverses classifications tentent de s'approcher au plus près de la réalité sociale, en adoptant une vision globale du contrat et ne limite donc pas la notion d'obligation aux seules prestations économiques. Le droit des contrats utilise le terme obligation pour qualifier certaines notions, telles que la loyauté ou l'exécution de bonne foi des prestations.

¹¹⁰⁶ Ce que regrette P. ANCEL, préc., note 114, par. 1 : « dans la présentation qui en est habituellement donnée, elle se dissout très vite dans l'appréhension des obligations qui lient les contractants : pour la plupart des auteurs, dire que le contrat a force obligatoire, c'est dire que les parties sont tenues d'exécuter les obligations nées du contrat ».

¹¹⁰⁷ Nous pensons ici à la réputation, aux arrangements hors contrat ou encore aux habitudes prises par les partenaires, qui ne peuvent être qualifiés de pécuniaires.

¹¹⁰⁸ Voir, de manière générale, Jean GAUDEMET, « Naissance d'une notion juridique. Les débuts de l'"obligation" dans le droit de la Rome antique », dans *L'obligation*, Archives de philosophie du droit, Paris, Dalloz, 2000, p. 19; René-Marie RAMPÉLBERG, « L'obligation romaine: perspective sur une évolution », dans *L'obligation*, Archives de philosophie du droit, Paris, Dalloz, 2000, p. 51; Rodolfo SACCO, « À la recherche de l'origine de l'obligation », dans *L'obligation*, Archives de philosophie du droit, Paris, Dalloz, 2000, p. 33.

¹¹⁰⁹ Olivia FLIPO-BOUCHAARA, *Le lien contractuel*, Thèse de doctorat en droit, Université d'Orléans, 2001.

¹¹¹⁰ Christian LARROUMET, *Droit civil, Tome III*, Paris, Economica, 2003, par. 30 : « le centre de gravité de l'obligation [est] non pas dans le lien entre deux personnes, mais dans l'objet de l'obligation, c'est-à-dire la prestation qui doit être accomplie, sauf s'il y a intuitu personae ».

¹¹¹¹ Eugène GAUDEMET, Jean GAUDEMET et Henri DESBOIS, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1965, p. 13 précisant que l'évolution de la notion d'obligation « ne veut pas dire que l'obligation cesse d'être un rapport entre personnes, mais simplement que l'individualité de ses personnes est désormais indifférente pour l'existence du rapport que le créancier et le débiteur peut changer sans que la créance ou la dette soient éteintes ou modifiées » ; Voir également, Philippe MOZAS, *La notion de dette en droit privé*, Thèse de doctorat en droit, Bordeaux, Université Montesquieu, 1995 qui estime « déceler actuellement une tendance vers une plus grande prise en compte de son aspect patrimonial et un recentrage de la notion sur le devoir d'accomplir une prestation, abstraction faite de la responsabilité du débiteur ».

¹¹¹² L. ROLLAND, préc., note 46.

¹¹¹³ *Id.*

Pour certain, il apparaît bien compliqué de qualifier les exigences comportementales d'obligation¹¹¹⁴. Estimer qu'un contractant à l'obligation d'agir de bonne foi signifierait qu'il existe une prestation correspondant à l'idée de bonne foi. Il est toutefois difficile de déterminer ladite prestation. En effet, lorsque les juges sanctionnent le manquement à la bonne foi, ils ne déterminent pas toujours l'obligation qui a été violée. Ce fut le cas dans l'arrêt du 24 mars 2004, la Cour renvoie à une obligation plus générale, celle d'exécuter le contrat de bonne foi¹¹¹⁵. La prestation attachée à la bonne foi semble alors difficilement déterminable préalablement. Dans d'autres cas, cette obligation est clairement identifiée. Par exemple, dans l'arrêt Huard¹¹¹⁶, le juge a obligé les parties à renégocier les termes de leur accord en se fondant sur l'obligation de loyauté. La bonne foi désignant ici la loyauté, elle apparaît être l'objet de l'obligation¹¹¹⁷.

Certains auteurs ont alors considéré que les « obligations » découlant de la bonne foi doivent être considérées comme des devoirs comportementaux, comme l'attitude que doivent avoir les partenaires en considération de l'intensité du lien personnel qui les unit, comme un devoir social général¹¹¹⁸. En effet, en considérant que le contrat, en plus d'être un acte matériel, demeure un engagement personnel, les devoirs comportementaux n'apparaissent plus comme des obligations ajoutées à l'accord conclu, mais comme l'attitude que doivent avoir les partenaires¹¹¹⁹.

¹¹¹⁴ P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 791, p. 139 : « [f]orgée par des préoccupations de civilité, d'une portée indiscutablement générale, la bonne foi ne serait mentionnée dans l'Article 1134 alinéa 3 du Code civil qu'à titre indicatif, dans le but de souligner que le monde clos que créent les contractants ne peut exclure cet impératif élémentaire de la vie en société, et non dans celui de proclamer une obligation spécifiquement contractuelle ».

¹¹¹⁵ Civ 1, 24 mars 2004, pourvoi n° 01-15804, *Bull. civ.* I.n° 86; D. 2004.204 (obs. D. MAZEAUD); J.C.P. E. 2004.I.737 (obs. O. RENARD-PAYEN); RTD civ. 2004.290 (obs. J. MESTRE et B. FAGES), 1.

¹¹¹⁶ Cass. Com., 3 novembre 1992, préc., note 22.

¹¹¹⁷ P. ANCEL, préc., note 336, 100.

¹¹¹⁸ P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 791, p. 272; D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 54, p. 853 : « [c]ette création – ou, plus exactement, cette résurrection – de l'exigence d'une conduite empreinte de bonne foi dans la vie contractuelle ne fondait cependant pas une prestation précise, comme l'obligation de sécurité, mais un devoir général de la nature d'une attitude, prescrivant aux parties d'agir de bonne foi dans l'exécution des prestations contractuelles »; Daniel GARDNER et Benoît MOORE, « La responsabilité contractuelle dans la tourmente », (2007) 48-4 *C. de D.* 543, 560 : « La difficulté réelle de frontière entre le contrat et le non-contrat semble découler de l'absorption, dans le contrat, de devoirs qui sont hissés, de manière quelque peu péremptoire, au statut d'obligation contractuelle. L'analyse de ces "obligations" permet pourtant de les écarter du contenu du contrat parce qu'elles ne s'imposent pas aux parties en tant que contractant: ces normes préexistent pour tous »; B. LEFEBVRE, préc., note 286.

¹¹¹⁹ M. FAURE-ABBAD, préc., note 1099, p. 113 : « [l]es devoirs contractuels se situent en quelque sorte à mi-chemin des devoirs généraux de vie en société et de l'obligation contractuelle. Ils se distinguent des premiers en ce qu'ils naissent de la relation entre des personnes déterminées - les contractants - mais ils s'en rapprochent en

Dans l'arrêt Houle¹¹²⁰, la Cour a estimé qu'une analyse subjective de la notion d'abus de droit — absence d'intention malveillante — n'était pas suffisante et y a ajouté un critère objectif, celui de « l'exercice raisonnable du droit ».

En effet, « [c]onformément à l'évolution doctrinale et jurisprudentielle qui s'est faite au Québec sur cette question, il est maintenant temps d'affirmer que la malice ou encore l'absence de bonne foi ne devrait plus être le critère exclusif pour apprécier s'il y a eu abus d'un droit contractuel. Une revue tant des fondements théoriques des récents courants en responsabilité civile que de l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence au Québec conduit inévitablement à la conclusion qu'il ne saurait plus faire aucun doute en droit québécois que le critère moins rigoureux de "l'exercice raisonnable" d'un droit, la conduite de l'individu prudent et diligent, par opposition au critère exigeant de la malice et de l'absence de bonne foi, peut également servir de fondement à la responsabilité résultant de l'abus d'un droit contractuel. Cette norme de l'"exercice raisonnable" est compatible avec les sources de la responsabilité en droit civil, tel l'art. 1053 C.c.B.Œ. De plus, tout contrat comporte pour les parties l'obligation implicite d'exercer leurs droits conformément aux règles de l'équité et de la loyauté (art. 1024 C.c.B.Œ.) »¹¹²¹.

Il ne s'agit pas forcément d'obligation, mais bien d'exigences de comportement qui dépendent de l'obligation, mais qui, en même temps, viennent la préciser. Dans l'arrêt Provigo, la Cour est également interpellée sur le devoir de bonne foi, et précise que le franchiseur doit faire bénéficier à son franchisé de son assistance technique, donc que les partenaires doivent collaborer¹¹²². La Cour impose alors un comportement actif aux contractants, dans l'objectif de leur collaboration.

Leur contenu étant incertain, la bonne foi a pu être qualifiée de notion floue, à caractère variable, voire de notion fourre-tout. Ces devoirs pourront alors être considérés comme les suites de l'obligation, sans pour autant être obligation elle-même¹¹²³, puisque sans contenu

ce qu'ils constituent des normes de comportements: être loyal, être fidèle, être de bonne foi. Ils se distinguent ensuite de la seconde en ce qu'ils constituent les pièces d'un code de bonne conduite contractuelle, alors que l'obligation contractuelle tend à la réalisation matérielle de l'opération économique voulue ».

¹¹²⁰ Houle c. Banque canadienne nationale, préc., note 343.

¹¹²¹ Id., 154 et s.

¹¹²² Provigo Distribution Inc. c. Supermarché A.R.G. Inc, préc., note 322 : « l'une des obligations fondamentales du franchiseur à l'endroit du franchisé est celle d'assistance technique et commerciale, comprise dans cette perspective de partenariat, donc de collaboration. Le franchiseur possède, en effet, le savoir-faire et l'expertise dans le secteur commercial particulier où il oeuvre et c'est en partie ce qu'il vend à son franchisé. Ce faisant, il doit, bien évidemment et d'ailleurs dans son propre intérêt, suivre l'évolution du marché et adapter ses méthodes et ses techniques aux nouvelles réalités. Il doit cependant aussi, en raison de l'obligation de bonne foi et de loyauté qu'il assume à l'égard de son franchisé, faire bénéficier celui-ci de son assistance technique, de sa collaboration donc de ses nouveaux outils ou, au moins, trouver d'autres moyens de maintenir la pertinence du contrat qui le lie pour que les considérations motivant l'affiliation ne soient pas rendues caduques ou inopérantes ».

¹¹²³ Bertrand FAGES, *Le comportement du contractant*, Aix-en-Provence, PUAM, 1997; J.-P. CHAZAL, préc., note 66.

précis préalablement déterminé¹¹²⁴ ou comme des normes de comportements. En outre, ces exigences ne peuvent faire l'objet d'un aménagement conventionnel, ce qui les distingue encore de l'obligation.

« Je parle ici d'obligation ou de devoir parce que les exigences comportementales liées à la bonne foi paraissent être à la frontière entre ces deux notions, qu'il est du reste bien difficile de distinguer avec précision. Dans une vue approximative des choses, les devoirs paraissent avoir un contenu plus général, plus flou, moins précis que les obligations stricto sensu ; surtout, alors que l'obligation relie deux personnes déterminées, un créancier et un débiteur, entre lesquels existe une relation préétablie, les devoirs, qui correspondent à des règles de conduite générales de la vie en société, s'imposent a priori à toute personne, et envers quiconque avec qui elle peut entrer en relation. De prime abord, de ces deux points de vue, les exigences relatives à la bonne foi, exigences à contenu largement indéterminé et qui pèsent sur toute personne, semblent plutôt rentrer dans la catégorie des devoirs généraux de la vie en société »¹¹²⁵.

Cependant, tous les auteurs ne font pas la distinction entre devoirs comportementaux et obligation. Pour ces derniers, « l'interprète et le cas échéant les tribunaux se voient ainsi imposer, par une œuvre délicate de qualification, la mission "d'ausculter" le contrat pour y déceler les obligations qui doivent, au même titre et avec la même force obligatoire que les stipulations expresses, en faire partie »¹¹²⁶.

En outre, les devoirs comportementaux ne peuvent parfois être que difficilement distingués des obligations elles-mêmes, voire ne peuvent pas l'être¹¹²⁷. En effet, une telle distinction peut apparaître contestable dans le sens où les devoirs comportementaux, particulièrement dans les contrats où la relation contractuelle apparaît primordiale à la réalisation de l'opération envisagée, sont absorbés par le contrat. Le débiteur doit alors agir positivement à la bonne réalisation de l'objectif contractuel, ce qui inclut les exigences de bonne foi¹¹²⁸. Les devoirs

¹¹²⁴ D. GARDNER et B. MOORE, préc., note 1118, 561.

¹¹²⁵ P. ANCEL, préc., note 336, 96 même si l'auteur précise, p. 104, que la qualification d'obligation est « la moins mauvaise qualification » ; M. A. GRÉGOIRE, préc., note 99, p. 179 : « [a]insi, nul besoin d'être de mauvaise foi pour contrevenir aux exigences de la bonne foi. Dans une analyse qui ressemble, pour ne pas dire est identique, à celle de la perpétration d'une faute civile, le principal critère d'un manquement à l'exigence d'agir selon les préceptes de la bonne foi est celui de la personne raisonnable ayant un comportement acceptable, selon les circonstances et les standards de notre société (ou du moins, ceux du juge). Il s'agit d'un critère basé sur les agissements jugés acceptables ou inacceptables en fonction des valeurs sociales plutôt que sur une étude de l'intention subjective (*mens rea*) de celui dont le comportement est analysé. En ce sens, il s'agit d'un phénomène normatif qui prescrit un comportement satisfaisant socialement » ; P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 791, par. 53 et s.

¹¹²⁶ P.-A. CRÉPEAU, préc., note 141, 752 qui estime que les devoirs comportementaux et les obligations ne sont qu'une même notion.

¹¹²⁷ Yves-Marie LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 123 et s.

¹¹²⁸ T. GENICON, préc., note 130, par. 284 : « [i]l apparaît que l'opposition entre la promesse d'un avantage déterminé et le comportement du débiteur est difficilement tenable. Celui-ci n'étant que la mise à exécution de celle-là, il est le plus souvent impossible de dissocier, du point de vue de l'exécution du contrat, ce qui en réalité forme un tout. On est bien forcé d'observer qu'un débiteur précis déploie son activité d'une certaine façon et que,

comportementaux, tels que la coopération, viennent prolonger les obligations des partenaires, en les déterminant et les précisant. La bonne foi « accompagne, oriente, rapproche et ajuste les obligations afin de garantir l'effectivité du rapport de complémentarité qui les unit »¹¹²⁹. C'est donc la relation contractuelle qui permettra de déterminer l'intensité des devoirs comportementaux, conformément à l'objectif contractuel voulu par les partenaires¹¹³⁰.

2. Exigence comportementale et force obligatoire

Considérer différemment obligation contractuelle et devoirs comportementaux entraîne certaines conséquences. En effet, comment expliquer la sanction des devoirs comportementaux sur le fondement de la responsabilité contractuelle ? Les exigences de comportement seraient alors intégrées à la force obligatoire du contrat, permettant leur sanction sur le fondement de l'inexécution des obligations. Il apparaît que le contrat, « l'acte contractuel n'est pas seulement producteur de droits, mais que, plus fondamentalement, il est d'abord producteur de droit, de règles juridiques »¹¹³¹.

Le problème que posent ces exigences comportementales renvoie plus spécifiquement au contenu obligationnel du contrat¹¹³². Est-ce que seules les obligations contractuelles doivent être sanctionnées ou les exigences de comportements doivent-elles l'être également ? Pourquoi seules les premières mériteraient d'être protégées ? Quelles seraient les sanctions de ces devoirs ?

Lors de l'exécution du contrat, c'est le principe de la force obligatoire qui dicte les préceptes à suivre. Cependant, il est possible de remarquer qu'il est fait indistinctement référence à l'exécution des obligations contractuelles et à l'exécution du contrat, ce qui a pour conséquence d'entraîner un amalgame entre force obligatoire du contrat et force obligatoire de

dans la plupart des cas, la manière dont il s'exécute joue un rôle décisif sur le point de savoir si l'avantage promis a bien été ou non obtenu. Tant et si bien qu'en réalité, le comportement du débiteur participe de la définition de la prestation elle-même et la compose pour une part, parfois considérable ».

¹¹²⁹ S. LEQUETTE, préc., note 37, p. 348.

¹¹³⁰ T. GENICON, préc., note 130, par. 288 : « [e]n effet, ce qui est imposé au débiteur n'est plus seulement de bien se comporter envers autrui, c'est très précisément de bien se comporter envers son cocontractant de façon à permettre la bonne fin du contrat, ce qui imprime déjà une certaine spécificité à l'obligation contractuelle de bonne foi ».

¹¹³¹ P. ANCEL, préc., note 114, par. 7.

¹¹³² D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 54, p. 853 : « [c]omme le devoir général de bonne foi ne constitue pas une prestation à proprement parlé, mais un esprit qui doit guider la conduite des contractants, l'« obligation de bonne foi » ne concerne pas vraiment le secteur des obligations implicites, mais plutôt celui du caractère obligatoire des contrats ».

l'obligation. Les auteurs estiment généralement que la force obligatoire du contrat signifie que les contractants doivent exécuter leurs obligations telles qu'elles ont été initialement prévues¹¹³³. À cet égard, il serait donc préférable de parler de force obligatoire des obligations contractuelles et non de celle du contrat, sauf à estimer que le contrat ne crée que des obligations contractuelles, sans référence au lien interpersonnel¹¹³⁴.

Il est possible de s'interroger sur le fait de savoir si les nombreuses atteintes portées à la force obligatoire des obligations — notamment la réglementation des clauses abusives ou l'octroi de délai de grâce, l'obligation de loyauté... — remettent en cause la force obligatoire du contrat, les obligations n'étant plus strictement conformes à ce qui avait été envisagé par les partenaires ? En effet, en cas de modification des modalités d'exécution des obligations, l'objectif contractuel initial perdure, seule leur mise en œuvre est modifiée. Il n'y a donc pas atteinte à la force obligatoire du contrat, mais atteinte aux modalités d'exécution prévues par les parties.

« L'article 1134 alinéa 3 fonctionne ici comme une règle d'interprétation de la norme contractuelle : c'est non pas seulement au regard de la lettre du contrat, mais au regard de la notion de bonne foi qu'on peut dire quelle est exactement l'étendue des prérogatives du créancier, ce qu'il peut faire ou ne pas faire à l'encontre du débiteur. En conséquence, 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, il méconnaît la force obligatoire de la même manière que le prêteur qui réclame la restitution avant le terme convenu, ou le créancier qui demande à la caution plus que ce qu'elle ne doit. Cette approche, sur laquelle nous ne pouvons guère nous étendre ici, aboutirait à repenser complètement les sanctions du comportement déloyal ou abusif »¹¹³⁵.

Prenant en compte le fait que le contrat se compose d'un aspect matériel — l'obligation — et d'un aspect relationnel — le lien interpersonnel ou la bonne foi — il serait alors possible de penser que les atteintes aux obligations ne remettraient pas en cause la force obligatoire du contrat¹¹³⁶, car il s'agit simplement de modifier les modalités d'exécution ou d'imposer un

¹¹³³ Voir partie 1.

¹¹³⁴ Voir section 1, chapitre 1, titre 2, partie 1. P. ANCEL, préc., note 114, par. 11 : « les normes non productrices d'obligations n'auraient de sens que par rapport aux obligations qu'elles contribueraient à façonner ou à configurer. Il n'en est rien dans la mesure où des effets non obligationnels peuvent, à eux seuls, et sans qu'aucune obligation ne soit stipulée par ailleurs, faire l'objet d'une convention obligatoire ».

¹¹³⁵ *Id.*, par. 39.

¹¹³⁶ Dimitri HOUTCIEFF, « Limites du pouvoir de sanction du juge au cas d'usage déloyal d'une prérogative contractuelle », (2007) II-38 *J.C.P. G.* 10154, 5 (version électronique) : « [s]uivant M. Ancel, la bonne foi relèverait de la force obligatoire du contrat, de son « cadre général ». L'article 1134, alinéa 3 du Code civil serait assimilable à une règle d'interprétation de la norme contractuelle permettant de déterminer l'étendue des prérogatives du créancier : « en conséquence, 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, il méconnaît la force obligatoire ».

comportement particulier, sans remettre en cause l'essence de l'engagement des parties¹¹³⁷. Ceci s'applique également lorsque le juge complète le contenu du contrat par des devoirs comportementaux.

Toutefois, admettre l'adaptabilité des obligations ne signifie pas renoncer à l'intangibilité du contrat. En effet, le contrat liant les parties, le créancier, en adaptant les termes de l'accord, ne renonce pas à l'exécution. L'intangibilité ne porte pas sur les obligations en tant que telles, mais bien sur le contrat, lien entre les partenaires dans l'objectif d'obtenir la satisfaction minimale de leurs intérêts qui passe par la réalisation d'un intérêt commun. L'objectif contractuel doit être maintenu à partir du moment où il y a une relation suffisante entre les parties, l'adaptabilité ne pouvant s'appliquer en l'absence de relation. La stabilité formelle de la norme contractuelle en l'absence de lien suffisant laisse place à une stabilité réelle de cette dernière en cas de relation contractuelle importante¹¹³⁸.

Ainsi, dans les contrats transactionnels, où la relation contractuelle est minimale, la force obligatoire du contrat nécessitera un strict respect des obligations contractuelles, ce qui garantira en même temps la sécurité juridique. Par contre, dans les contrats relationnels, où la relation interpersonnelle est importante, la force obligatoire du contrat nécessitera le respect du lien et potentiellement l'adaptation des termes de l'engagement, afin d'aboutir à la pérennité de la relation, la nécessaire sécurité juridique renvoyant ici à la notion d'efficacité.

En admettant que les termes de l'accord puissent devenir évolutifs, le centre de gravité du contrat ne se trouverait plus dans l'accord des parties. Le référentiel se trouverait alors dans la relation ou le marché. La « promesse s'en trouve désacralisée, puisqu'elle ne forme en fin de compte aucun droit acquis à l'exécution »¹¹³⁹, « [l]e fruit de l'échange des volontés disparaît au profit des actions de l'une et de l'autre partie »¹¹⁴⁰. La place laissée au consentement apparaît donc moindre.

¹¹³⁷ P. ANCEL, préc., note 114.

¹¹³⁸ F. DIESSE, préc., note 148, 259 précisant qu'il s'agit d'une « regrettable confusion entre le besoin de chacune des parties et le moyen de la satisfaire ».

¹¹³⁹ O. PENIN, préc., note 107, p. 341.

¹¹⁴⁰ *Id.*, p. 345.

La volonté initiale des partenaires n'apparaît pas comme une priorité¹¹⁴¹, intangible tout au long du processus contractuel¹¹⁴², mais comme le moyen d'entrer dans le contrat et d'établir la relation future des contractants. Les parties pourront, par la suite, venir modifier leur accord en fonction de leur comportement, des habitudes prises ou encore en renégociant les termes de leur engagement, à savoir en considération de « la moralité interne du contrat [qui] s'est développée conformément à la dynamique organique et immanente de leur rapport d'échange »¹¹⁴³, l'incomplétude étant inhérente au contrat relationnel, le consentement ne peut être parfait¹¹⁴⁴. Ainsi, les normes sociales, environnementales et comportementales peuvent être aussi normatives que le consentement dans le contrat¹¹⁴⁵, à des stades différents.

Les contractants se voient soumis par les juridictions à des devoirs pour lesquels aucun consentement n'a été émis, apparaissant difficile à systématiser¹¹⁴⁶. La qualité de la relation dépendra du comportement réciproque des parties, ce qui permet de distinguer ce qui est assimilé aux obligations. Elle justifie un ajustement des exigences de qualité en considération de l'intensité du lien entre les partenaires, pouvant aller à l'encontre ou compléter les termes initiaux de l'accord. Les devoirs comportementaux ont des répercussions sur les effets et l'exécution des obligations. Ainsi, « le contrat relationnel aboutit à une situation complexe et évolutive, autonome par rapport à son créateur »¹¹⁴⁷, faisant du contrat un « fait juridique ou

¹¹⁴¹ R. E. BARNETT, préc., note 1066, 1182 précisant que « he [Macneil] views the binding quality of consent as potentially choice-restricting, even choice-destroying ».

¹¹⁴² Jacques GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *Rev. d'économie Ind.* 2000.81-100, 91 : « [o]n rejoint ici la confiance légitime du créancier dont Gorla, en Italie, M. Atiyah, en Grande Bretagne, avec la notion de detrimental reliance, et dernièrement le doyen Dieux, en Belgique, avec celle d'attente légitime, ont fait le fondement de la force obligatoire du contrat ».

¹¹⁴³ J.-G. BELLEY, préc., note 568 à la page 150; J.-G. BELLEY, préc., note 565, 65 auxquels il est possible de rajouter les « coutumes du milieu, les normes morales ou de bienséance, les réglementations privées des groupes, les normes que la relation des contractants produit elle-même inévitablement », entraînant un « pluralisme normatif [qui] définit l'espace social véritable du contrat ».

¹¹⁴⁴ I. R. MACNEIL, préc., note 28, 883 : « *the limited extent to which it is possible for people to consent to all the terms of a transaction, even a relatively simple and very discrete one, soon forces the development of legal fictions expanding the scope of "consent" far beyond anything remotely close to what the parties ever had in mind* ».

¹¹⁴⁵ J.-G. BELLEY, préc., note 565, 108 : « [d]ans l'Europe des années 30 et dans l'Amérique des années 60, le social enseigne plus clairement que jamais auparavant qu'il y a autre chose dans la production du droit et du contrat que la volonté consciente de l'individu et de l'État, autre chose dans la manifestation du droit que ce qui s'exprime par l'écrit et même le verbal »; A. BÉLANGER et J. MANEKENG TAWALI, préc., note 123, 56; I. R. MACNEIL, préc., note 28, 731.

¹¹⁴⁶ J.-G. BELLEY, préc., note 565, 108; I. R. MACNEIL, préc., note 28, 814.

¹¹⁴⁷ H. MUIR WATT, préc., note 97 à la page 175.

social»¹¹⁴⁸, pouvant évoluer vers la reconnaissance des «responsabilités volontairement assumées»¹¹⁴⁹.

La relation apparaît donc comme source de régulation, mais évolue dans un certain milieu, ce dernier intervenant comme norme dans le contrat. La règle de droit permet de créer le support de la relation, en intégrant les obligations minimales que les parties doivent respecter, mais c'est la relation qui créera les règles, notamment comportementales, entre les partenaires¹¹⁵⁰. La relation contractuelle se crée au fur et à mesure du temps et apparaît indépendamment de la volonté exprimée initialement. C'est alors la force obligatoire qui est prise en compte, la relation contractuelle dans son ensemble, à la fois les aspects relationnels et les aspects obligationnels.

Même si ces devoirs relationnels sont, par ailleurs, des devoirs comportementaux généraux, des règles de bonne civilité, elles peuvent également, dans un contexte contractuel, être sanctionnées au même titre que les avantages économiques¹¹⁵¹. La distinction entre obligations contractuelles à valeur économique et devoir comportementaux sans valeur économique — car sans protection juridique — ne tient plus. Autant les obligations contractuelles que les devoirs relationnels ont une valeur économique¹¹⁵², elles doivent donc, toutes deux, être protégées par les mécanismes contractuels liés à l'inexécution des obligations¹¹⁵³.

De la même manière, « les sanctions [du manquement à la bonne foi] « s'inscrivent dans une logique obligationnel : l'exigence de bonne foi est traitée comme une obligation (ou, au moins comme un

¹¹⁴⁸ *Id.* à la page 176; O. FLIPO-BOUCHAARA, préc., note 1109, p. 389 précisant que la relation contractuelle peut être considérée comme un fait juridique, dans le sens où elle « regroupe des événements volontaires et involontaires auxquels la loi attache des effets de droit qui n'ont été recherchés par personne ».

¹¹⁴⁹ P. J. GUEL, préc., note 187, 774 : « [t]his conclusion, however, requires an understanding that the discrete notions of "promise" and "bargain" do not exhaust the definition of "voluntarily assumed responsibilities" ».

¹¹⁵⁰ J. GHESTIN, préc., note 1142, 95 : « les contrats de type relationnel imposent la prise en compte des incertitudes économique du futur et conduisent à une incomplétude de leur contenu facilitant leur adaptation dynamique ultérieure, incomplétude que tend à corriger, d'une part, la solidarité objective d'intérêts au moins partiellement et durablement communs, et, d'autre part, la confiance particulière liée aux habitudes communes et à la reconnaissance réciproque des parties ».

¹¹⁵¹ Didier LUELLES, « La bonne foi dans l'exécution des contrats et la problématique des sanctions », (2004) 83 *R. du B. can.* 181, 195 : « [f]ondé sur des considérations éthiques, le devoir de bonne foi n'en est pas moins un devoir d'ordre juridique, et donc de nature contraignante ».

¹¹⁵² La question de la responsabilité des devoirs comportementaux peut être mise en parallèle avec la divergence existant quant à la qualification de la responsabilité – délictuelle ou contractuelle – de la brutalité de la rupture de la relation commerciale établie. Certains souhaitent que cette responsabilité dépende de la forme de la relation – contractuelle en cas de contrat et délictuelle en son absence ; d'autres trouvent la distinction entre ces deux formes de responsabilité inopérante. D. MAINGUY, préc., note 786; D. GARDNER et B. MOORE, préc., note 1118.

¹¹⁵³ P. ANCEL, préc., note 336, 104 précisant que la notion d'obligation est « la moins mauvaise qualification ».

devoir), ou comme une source d'obligation ou des devoirs à contenu plus spécifique, et celui qui y a manqué encourra les sanctions qui s'attachent ordinairement à l'inexécution des obligations »¹¹⁵⁴.

Le manquement à la bonne foi¹¹⁵⁵ entraîne la responsabilité de son auteur, qui sera sanctionné par l'octroi de dommages-intérêts à son partenaire, mais également par toutes les sanctions reconnues aux obligations, à l'exception, peut être, de l'exécution en nature¹¹⁵⁶. L'arrêt Proviso vient confirmer que les obligations implicites font partie du contenu obligationnel et peuvent donc être sanctionnées comme tel.

« [L]a stabilité des relations contractuelles est une valeur importante dans les relations commerciales et les parties doivent pouvoir s'y engager avec confiance les unes envers les autres. C'est pourquoi il est important de s'assurer que les obligations implicites que l'on demande aux tribunaux de sanctionner découlent bien du contenu obligationnel d'un contrat et ne sont pas un droit ou un avantage que l'on a oublié de demander ou qui ont été refusés »¹¹⁵⁷.

La sanction de l'exécution de bonne foi des conventions conformément aux sanctions des obligations contractuelles peut apparaître difficile à mettre en œuvre.

En effet, « dans le prolongement de la définition fonctionnelle de l'obligation contractuelle se trouve les remèdes à leur transgression : une obligation contractuelle s'identifie également par la possibilité d'appliquer à sa violation la résolution du contrat, l'exception d'inexécution, l'exécution forcée en nature ou par équivalent. Or nous avons montré que ces remèdes n'étaient pas envisageables lorsque la violation d'un devoir contractuel ne s'accompagnait pas de l'inexécution d'une obligation contractuelle *stricto sensu*. Les devoirs contractuels décrivent les diligences qui s'imposent aux contractants afin de faciliter l'exécution de leurs obligations contractuelles ; ces diligences constituent des normes de comportements qui ne seront sanctionnées sur le terrain contractuel que lorsque leur non-respect se sera traduit par l'inexécution d'une obligation contractuelle et, par conséquent, par la non-réalisation de l'objectif des parties »¹¹⁵⁸.

Cependant, c'est la relation contractuelle qui déterminera le degré d'intensité de la bonne foi. En effet, « la distinction entre force obligatoire et contenu obligationnel du contrat peut

¹¹⁵⁴ *Id.*, 95.

¹¹⁵⁵ Richard DESGORCES, *La bonne foi dans le droit des contrats: rôle actuel et perspectives*, Thèse, Paris, Paris 2, 1992, p. 56 où l'auteur précise que l'équité permet au juge de « déterminer l'étendue des obligations des contractants, alors que la bonne foi est déjà dans le contenu du contrat et s'impose aux contractants »; Christophe ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, coll. Bibliothèque de droit privé, n°329, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 309 qui précise que le juge ne peut pas, sous couvert d'équité, modifier une disposition contractuelle claire.

¹¹⁵⁶ Cass. Com., 27 mars 2007, préc., note 298; *Houle c. Banque canadienne nationale*, préc., note 343, 167 : « [e]n somme, bien que la responsabilité tant contractuelle que délictuelle puisse coexister même en présence d'un contrat, il faut, pour qu'il y ait responsabilité délictuelle, que celle-ci coexiste indépendamment des obligations contractuelles et que se rencontrent tous les éléments requis pour y donner naissance. Dans le cadre de l'exercice abusif des droits contractuels, ce sont les droits résultant du contrat lui-même qui sont exercés, droits que seules possèdent les parties contractantes, tout comme l'obligation corrélative de les exercer raisonnablement. Cette obligation dérive exclusivement du contrat. Par conséquent, lorsque la faute alléguée découle strictement de l'abus d'un droit contractuel, la responsabilité ne peut alors prendre sa source que dans le contrat ».

¹¹⁵⁷ *Supermarché A.R.G. Inc. c. Proviso Distribution Inc.*, préc., note 239, 505.

¹¹⁵⁸ M. FAURE-ABBAD, préc., note 1099, p. 134.

constituer une grille de lecture pertinente pour rendre compte de la diversité des manquements à la bonne foi, tout au moins en droit français»¹¹⁵⁹. Réfléchir en termes de contenu obligationnel plutôt qu'en termes de force obligatoire permet de prendre en compte l'intégralité de la relation¹¹⁶⁰. En effet, « ni les parties ni le juge ne peuvent lire le contrat à la lettre, en faisant abstraction de cette exigence générale de comportement ». À la différence, le contrat relationnel permet une réintégration du temps et des comportements dans le contrat. Il doit offrir tous les mécanismes possibles afin de pérenniser et de préserver l'avenir de la relation, indépendamment des bouleversements pouvant survenir dans le futur. Ainsi, il sera nécessaire de mettre des mécanismes d'adaptation des obligations des partenaires afin que ces derniers puissent parvenir à préserver leur relation et obtenir un bénéfice mutuel. C'est seulement dans ce cas que le contrat pourra être considéré comme utile¹¹⁶¹. Il ne s'agit pas de réprimander un comportement fautif de l'un des partenaires, mais bien d'imposer des devoirs comportementaux en fonction de la relation des partenaires et des circonstances entourant leur engagement, afin de permettre la réalisation de l'objectif contractuel.

Afin d'être respectés, ces devoirs devront faire l'objet d'un contrôle du juge, qui devrait pouvoir intervenir dans le contrat. En effet, « le recours à la bonne foi comme principe d'intervention judiciaire au contrat est conforme aux dispositions du Code civil »¹¹⁶². Le nouveau droit civil français octroie même au juge le pouvoir de réviser l'engagement des parties.

La bonne foi représente alors le cœur de l'analyse de la relation. Elle permet aux juges d'accroître les devoirs de chacun des partenaires, et devrait également lui permettre de faire perdurer la relation.

¹¹⁵⁹ P. ANCEL, préc., note 336, 95.

¹¹⁶⁰ Voir, de manière générale, P. ANCEL, préc., note 114.

¹¹⁶¹ I. R. MACNEIL, préc., note 96, p. 59 et s.; I. R. MACNEIL, préc., note 28, 750 et s. ; J.-G. BELLEY, préc., note 565, 112.

¹¹⁶² M. A. GRÉGOIRE, préc., note 99, p. 184.

Paragraphe 2 - Les fonctions de la relation contractuelle

La relation contractuelle exige des partenaires certains comportements qui doivent pouvoir être sanctionnés par le juge en cas de non-respect, ces sanctions ne pouvant se limiter aux seules sanctions de droit commun. Ainsi, la relation contractuelle suppose un accroissement de la coopération (A) et une plus grande adaptabilité (B).

A. La fonction régulatrice de la relation

La reconnaissance de la relation contractuelle nécessite d'instaurer un climat coopératif entre les partenaires. En effet, c'est grâce à la coopération que les contractants obtiendront satisfaction de leurs intérêts. Cependant, il n'est pas dire que la coopération suppose altruisme et absence de conflit¹¹⁶³. Il n'est pas dire non plus qu'elle est spontanée et unanimement reconnue. De ce fait, la coopération, dans les contrats où la relation importe à la satisfaction des intérêts, doit pouvoir être imposée (1). La coopération est nécessaire au maintien de la relation. En effet, elle permet à chaque partenaire d'obtenir les avantages escomptés dans l'opération économique envisagée, ce qui lui donne une valeur économique et symbolique, même s'ils ont des intérêts divergents. Elle ne peut cependant pas être de même intensité dans tous les contrats (2).

1. Coopération spontanée et coopération imposée

Les apports de la théorie maussienne sur le don agonistique démontrent que la coopération est un devoir réciproque, puisqu'il y a alternance entre les partenaires bénéficiant du don. Ainsi, plus la coopération est importante et plus la relation l'est également, ce qui nécessite le maintien du lien contractuel. En outre, il apporte une vision plus réaliste de la coopération,

¹¹⁶³ *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, préc., note 91, par. 139 et s. où la Cour estime que le devoir de loyauté et de coopération ne nécessite pas que l'une des parties s'appauvrisse pour aider son partenaire. En effet, « [s]il existe en théorie moderne des obligations une telle chose que le devoir positif de bienveillance réciproque [...], et la chose formulée est incertaine, le droit positif en vigueur au Québec ne lui confère pas une telle portée [...] Or, malgré la durée certes fort longue du contrat d'énergie entre les parties, rien ne permet d'y déceler une composante "relationnelle" qui justifierait que l'on y introduise formellement une obligation de coopération du genre de celle mentionnée aux articles 2149 ou 2186 C.c.Q., et en vertu de laquelle l'intimée ici serait tenue de s'appauvrir pour enrichir l'appelante. Ce n'est pas en ce sens que l'intimée a un devoir de coopération découlant des exigences de la bonne foi. Elle doit se garder de l'induire en erreur et de lui nuire dans l'exécution de ses prestations, mais elle n'est pas tenue de se montrer prodigue à son endroit, ni d'amorcer des négociations dans ce but ».

puisqu'il apparaît que cette dernière ne reflète pas une relation fraternelle et solidaire, mais qu'elle peut sous-tendre une vision conflictuelle.

Carbonnier précisait déjà que « le contrat est une forme de “coopération antagoniste” où chacun des contractants cherche à atteindre des fins propres [...] »¹¹⁶⁴. Ainsi, la coopération ne représente pas toujours une alliance harmonieuse de partenaires voués à la satisfaction des intérêts de l'autre. En effet, la coopération peut apparaître nécessaire à la satisfaction des intérêts propres de chacun, par la mise en place de moyens communs. La coopération ne signifie pas qu'il n'existe pas de conflit entre les partenaires, mais plutôt que chacun a besoin de l'autre afin d'assurer sa propre satisfaction.

Le rapport conflictuel existant au sein même de la coopération a été mis en lumière par Marcel Mauss dans son étude sur l'origine du contrat et de l'échange. Ce dernier, en étudiant les sociétés archaïques, a pu mettre en avant la notion de don agonistique. Il a permis de montrer que dans chaque contrat, il y a toujours plus que ce qui y est formellement inscrit¹¹⁶⁵. Il démontre que le contrat peut être un pari sur l'avenir, et donc sur l'exécution, si l'on considère l'acteur égoïste et individualiste, mais qu'il peut également être un pari sur la confiance, à travers la logique du don/contre-don¹¹⁶⁶. Il affirme, en effet, que dans les sociétés archaïques, « les échanges et les contrats se font sous la forme de cadeaux, en théorie volontaires, en réalité obligatoirement faits et rendus » et ajoute que « cette morale et cette économie fonctionnent encore dans nos sociétés de façon constante et pour ainsi dire sous-jacente »¹¹⁶⁷.

Marcel Mauss, dans son *Essai sur le don*, ne fait état que des « prestations totales de type agonistique »¹¹⁶⁸, ce qui signifie qu'il n'évoque le don/échange qu'entre rivaux ou ayant une dimension d'agressivité. En outre, cette forme de don doit être distinguée de la « charité » et

¹¹⁶⁴ Jean CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, 21^e éd., coll. Thémis, Paris, PUF, 1998, p. 214.

¹¹⁶⁵ Marcel Mauss est dans la lignée de Durkheim en considérant que tout n'est pas contractuel dans le contrat. Voir, à cet effet, Émile DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, PUF, 2013.

¹¹⁶⁶ Elena PULCINI, « Le don à l'âge de la mondialisation », (2010) 36-2 *Rev. MAUSS* 308-316, 313 et s. : « [l]e don [...] oppose aux dérives d'une idéologie de la fraternité - qui abolit la distance et oblige à des appartenances données et forcées [Arendt, 1958] - la valeur et la pratique de la solidarité. Ainsi réapparaît le moment du libre choix et de la décision autonome, dans la reconnaissance de la dépendance et du lien ».

¹¹⁶⁷ M. MAUSS, préc., note 883.

¹¹⁶⁸ Voir, de manière générale, Bruno KARSENTI, *Marcel Mauss: le fait social total*, Paris, PUF, 1994. Voir, également, Camille TAROT, « Du fait social de Durkheim au fait social total de Mauss: un changement de paradigme? », *Mauss Hier Aujourd'hui 12 Colloq. Annu. Groupe Etude Prat. Soc. Théories Actes*, Édités Par G Berthoud et G Busino, 1996.

du « désintéressement »¹¹⁶⁹. Ce type de prestation semble aisément répondre aux postulats contractuels, où chaque contractant doit défendre son propre intérêt¹¹⁷⁰. Le solidarisme contractuel a d'ailleurs été critiqué¹¹⁷¹, car il transformait le contrat en acte de fraternité¹¹⁷². Il démontre ainsi que la coopération ne peut aller jusqu'à négliger les intérêts du partenaire obligé à coopérer. La coopération est alors intéressée.

Pour illustrer son propos, il fait référence à différents types de dons, dont le plus spectaculaire est le potlatch, pratiqué par les Indiens Tlingit, Haïda, Tsimshian et Kwakiutl en Colombie-Britannique au Canada. Le Potlatch se pratique lors de toute occasion prétexte à fête, qu'il s'agisse d'une naissance, d'un mariage ou encore de l'arrivée des baleines. Lors de ces occasions, des luttes de générosité et de richesse ont lieu, dans lesquelles le gagnant sera la personne ayant le plus donné ou encore celui qui aura détruit ses richesses et accepté de perdre volontairement le jeu. Deux principes sont alors mis en avant dans ce bal de générosité, à savoir l'honneur et le crédit¹¹⁷³. En effet, celui qui donne gagne en honneur, en « transform[ant] en obligés ceux qui vous ont obligés ». De la même manière, le potlatch permet à certaines personnes de gagner et à d'autres de perdre que parce qu'il y a alternance des potlatches échangés, ce qui met en lumière la notion de crédit, car le contre-don doit être

¹¹⁶⁹ Alain CAILLÉ, « De l'idée de contrat - Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement) », dans Christophe JAMIN, Denis MAZEAUD et Pascal ANCEL, *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 27 à la page 44 : « [l]e don qui donne forme aux échanges et aux contrats, cette forme sociale première qui existe avant l'échange et le contrat, n'a rien à voir avec la charité et le désintéressement. Il est don agonistique, précise Mauss, manière de rivaliser pour afficher sa générosité, et apparaître le plus fort, le plus riche, le plus chanceux ; guerre de générosité et par la générosité publiquement affichée. Précisons encore. Non seulement le don archaïque n'est pas la charité, l'altruisme, mais il n'est pas seulement le don. Il s'organise en fait selon ce que Mauss appelle une triple obligation de donner, recevoir, rendre ».

¹¹⁷⁰ M. MAUSS, préc., note 883, p. 271 précisait que « [l]e mot même d'intérêt est récent, d'origine technique comptable: interest, latin, qu'on écrivait sur les livres de comptes, en face des rentes à percevoir. [...] Il a fallu la victoire du rationalisme et de mercantilisme pour que soient mises en vigueur, et élevées à la hauteur de principes, les notions de profit et d'individu [...]. Ce sont nos sociétés d'Occident qui ont, très récemment, fait de l'homme un "animal économique" ».

¹¹⁷¹ *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, préc., note 91, par. 140 : « en droit civil québécois, dans un rapport contractuel entre parties aguerries et bien conseillées qui ont négocié pied à pied pendant de longs mois un contrat complexe aux enjeux financiers considérables, rien n'oblige une partie, qui qu'elle soit, à « veiller en priorité aux intérêts de l'autre partie contractante ». Un contrat comme celui-ci n'est pas un mariage, même de simple raison. Une telle forme de « solidarisme contractuel », presque absolue, excéderait de beaucoup ce à quoi les exigences de la bonne foi astreignent une part ».

¹¹⁷² M. A. GRÉGOIRE, préc., note 99, p. 185 : « [p]ourtant, parce qu'ils rattachent la notion de bonne foi à l'expression de valeurs morales, plusieurs juristes décrivent les exigences qu'impose la bonne foi en les apparentant à celle prescrite par des liens fondés sur la solidarité ou la fraternité entre les individus. Nous croyons avoir démontré qu'une telle théorie contredit les principes de liberté, responsabilité et coexistence paisible des droits et intérêts en plus de modifier la nature intrinsèque de la notion de droit subjectif ».

¹¹⁷³ Alain CAILLÉ et Jean-Édouard GRÉSY, *La révolution du don: le management repensé à la lumière de l'anthropologie*, Paris, Éd. du Seuil, 2014, p. 51.

différé dans le temps afin d'éviter toute confusion avec le troc, et plus le temps d'attente sera long, plus l'intérêt ou taux d'usure sera élevé.

Il y a donc trois traits fondamentaux dans le don archaïque. Tout d'abord, il est obligatoire, dans ce sens qu'il n'est pas possible de ne pas organiser de potlatch ni refuser d'y aller ou encore d'accepter les dons, ce qui entraîne l'obligation de rendre. La seconde caractéristique mise en avant est la corrélation entre le don et l'honneur. Enfin, le dernier trait du don est « le caractère structurel de la dette »¹¹⁷⁴, chacun devant rester perpétuellement en dette, ce qui permet de le différencier de l'échange marchand dans lequel la dette est immédiatement payée ou acquittée plus tard par le paiement.

Même s'il s'agit de don agonistique, il est possible de tirer de l'exemple du potlatch¹¹⁷⁵ qu'il existe une logique d'alliance ou de défiance dans les échanges de don. Ici, tous les partenaires se retrouvent, à un moment ou à un autre, dans l'une des quadruples obligations de la théorie du don, celle de demander, de donner, de recevoir ou de rendre¹¹⁷⁶. Parce que le don met en scène différents acteurs et parce qu'il n'y a pas équivalence mathématique entre le don et le contre don, le don fait état du lien entre partenaires, et met en avant la nécessaire coopération devant prendre place.

Le don/contre-don montre des cycles de réciprocité. Il s'agit d'un acte de confiance dans la capacité du partenaire à rendre après avoir reçu, d'un « pari sur la confiance »¹¹⁷⁷. En effet, en

¹¹⁷⁴ *Id.*, p. 53.

¹¹⁷⁵ C'est également le cas du second exemple décrit par Marcel Mauss, la Kula, qui se pratique cette fois de manière multilatérale entre les différentes îles d'Entrecasteaux en Nouvelle-Guinée.

¹¹⁷⁶ Marcel Mauss fait état d'une dynamique en trois temps du don, composer du « donner - recevoir - rendre ». Voir, à cet effet, M. MAUSS, préc., note 883; C'est Alain Caillé qui ajoute un quatrième temps à la dynamique du don/contre-don. Voir, à cet effet, A. CAILLÉ, préc., note 883; La logique inverse du « demander, donner, recevoir, rendre » serait alors « ignorer, prendre, refuser, garder ». Voir, à cet effet, A. CAILLÉ et J.-É. GRÉSY, préc., note 1173, p. 59 qui précise qu'en effet, au-delà de l'intérêt, mais pas sans lui, « [l]e don met en scène un désintéressement, mais il est en réalité tout autant intéressé. Ou réciproquement. Par ailleurs, il met en scène une spontanéité, une liberté [...], mais il obéit en fait à une obligation sociale. Ou réciproquement. Dire qu'il « met en scène » ne signifie pas que ce qu'il met en scène n'aurait pas de réalité et se dissoudrait dans son opposé : le désintéressement dans l'intérêt et la liberté dans l'obligation. C'est même plutôt le contraire. Il faut que l'obligation se transforme en liberté, et l'intérêt en désintéressement. Et réciproquement. Mais une telle transformation n'est possible que parce que les dimensions du désintéressement et de la liberté sont elles aussi présentes dès l'origine en chaque sujet humain. [...] Dans tous nos actes, il entre une part d'intérêt pour soi, d'intérêt instrumental, mais aussi une part d'intérêt pour autrui, tout aussi originel que l'intérêt pour soi et irréductible à lui ».

¹¹⁷⁷ A. CAILLÉ et J.-É. GRÉSY, préc., note 1173, p. 95 et s. : « [l]e don agonistique décrit par Marcel Mauss évoque une situation du type de celle du dilemme du prisonnier. Dans le cycle des guerres et des vengeances où tous les torts sont imputés à l'autre, il n'existe aucune raison "rationnelle" de croire en une paix possible. Et pourtant, si on veut en sortir, il faut commencer par s'extraire du cercle de la seule rationalité instrumentale à court terme, et

donnant, sans forcément attendre de retour, ou en prenant le risque de ne rien recevoir, le don ne se caractérise pas par son utilité, il a valeur de lien plutôt que valeur de bien¹¹⁷⁸. À partir du moment où les partenaires sont entrés en relation, chacun peut demander à l'autre quelque chose, sachant qu'il peut s'exposer à un refus, mais sachant également que s'il y a retour, ce dernier sera fait librement¹¹⁷⁹.

« Accepter d'être le débiteur de quelqu'un, au-delà du transfert de biens, c'est essentiellement se lier à lui, s'engager à le revoir pour lui rendre en retour. Plus il y a de dons et de contre-dons dans une relation, plus la relation dure longtemps ; plus cet "investissement" est lourd, plus il devient coûteux d'y mettre fin »¹¹⁸⁰.

Plus la relation est importante entre les partenaires et plus elle apparaît efficiente¹¹⁸¹. « La puissance et le niveau d'engagement, eux, relèvent pour l'essentiel du don et contre-don »¹¹⁸².

L'intensité du devoir de loyauté varie en fonction du type de relation entretenue par les contractants. En effet, le degré exigé n'est pas le même dans une relation de confiance, une relation conflictuelle ou encore une relation de méfiance¹¹⁸³. Toutefois, les devoirs de loyauté sont surtout utilisés et mis en œuvre dans les relations de confiance¹¹⁸⁴, avec comme corolaire, une obligation pouvant aller jusqu'à imposer aux parties une certaine coopération.

prendre l'initiative d'un don en faisant le pari que l'autre saura le recevoir et le rendre. Le don est un pari de confiance, un pari sur la confiance. Mais c'est un pari précaire et incertain, qui explique l'atmosphère de tension et d'hostilité, si caractéristique des dons agonistiques. C'est qu'à tout moment, on peut rebasculer dans la vraie guerre ».

¹¹⁷⁸ E. PULCINI, préc., note 1166, 313 : « il rompt la voracité du consommateur, non seulement parce qu'il oppose la logique de la gratuité à celle de l'acquisition, mais aussi parce qu'il privilégie la relation avec les personnes au détriment des choses. Le sujet qui donne redécouvre dans la relation à l'autre, et non pas dans l'assujettissement au fétichisme des choses, le fondement et le sens même de sa propre identité ».

¹¹⁷⁹ Jacques GODBOUT, « Le don au-delà de la dette », (2006) 27-1 *Rev. MAUSS* 91, 91 : « [l]e contrat vise à définir à l'avance les conditions dans lesquelles les choses vont circuler, indépendamment du lien entre les personnes. Le contrat transforme tout ce qui circule en objet en détachant ce qui circule de la relation. [...] Cette définition rejoint celle introduite dans la dernière version du Dictionnaire de sociologie publiée par Boudon et alii : "C'est le juridique qui permet de distinguer les deux phénomènes [le don et l'échange] : le droit d'exiger une contrepartie caractérise l'échange et manque dans le don. Donner, c'est donc se priver du droit de réclamer quelque chose en retour" ».

¹¹⁸⁰ A. CAILLÉ et J.-É. GRÉSY, préc., note 1173, p. 82.

¹¹⁸¹ Nous retrouvons ici la théorie des contrats relationnels développée par Macneil, ainsi que l'interprétation de la notion de relation commerciale établie par la cour de cassation.

¹¹⁸² A. CAILLÉ et J.-É. GRÉSY, préc., note 1173, p. 127.

¹¹⁸³ Voir, de manière générale, Laurent AYNÈS, « L'obligation de loyauté », (2000) 44 *Archives de philosophie du droit* 195, et spécialement p 203, précisant que « le contenu de cette obligation varie-t-il d'une obligation à l'autre ; la prestation est hétérogène ».

¹¹⁸⁴ G. LECLERC, préc., note 107 à la page 268, précisant qu'une « analyse détaillée de la jurisprudence révèle cependant que l'obligation de loyauté est surtout appliquée dans le cadre de contrats mettant en œuvre une relation de confiance entre les contractants » ; L. AYNÈS, préc., note 1183, 203.

De la même manière que la relation et la confiance ont une intensité variable, la coopération entre les partenaires ne sera pas de même intensité dans tous les contrats. La durée de la relation aura une forte incidence sur la relation, tout comme les situations de dépendance ou encore les qualités de chacune des parties.

Ce qui différencie le don de la négociation, ou le contractuel du relationnel, est l'obligation de rendre. En effet, dans la négociation, et dans le contrat comme acte créateur d'obligations, la contrepartie est définie préalablement au fait de donner, voire rendue immédiatement. Elle est mesurable et mesurée au travers des termes de l'accord. Dans le don, et dans la relation, un certain délai dans la remise de la contrepartie est nécessaire, et n'est pas mesurable a priori. La mesure de l'obligation de rendre ne pourra se réaliser qu'une fois le contre-don remis, déterminera la valeur du lien entre les partenaires et permettra à un nouveau cycle de don/contre-don de voir le jour ou à la relation de se clore. Il ne s'agit donc pas de rendre l'équivalent de ce qui a été donné, mais de rendre quelque chose ou donner à son tour. Le fait de donner plus que ce qui a été reçu permet la réciprocité du don et entraîne alors un nouveau cycle de don¹¹⁸⁵. Il s'agit d'une « dette mutuelle positive »¹¹⁸⁶. Suivra, à cette inconditionnalité du don, le calcul et donc le contrat. La conditionnalité arrivera par la suite, afin de faire les comptes, et le registre du contrat réapparaîtra¹¹⁸⁷.

Le don agonistique démontre que, malgré la rivalité pouvant exister entre contractants, une certaine part d'inconditionnalité est nécessaire. La coopération primordiale à la réalisation du don suppose alors une réciprocité entre les partenaires. Dans un contexte d'incertitude, c'est la relation qui est mise en œuvre. La coopération, au sein du contrat, doit pouvoir être imposée lorsque le partenaire refuse de rendre le don qui lui a été remis. Lorsque les partenaires ont

¹¹⁸⁵ Jacques GOUBOUT, *Le don, la dette et l'identité: homo donator versus homo oeconomicus*, Paris, Éd. la Découverte : MAUSS, 2000, p. 148 : « [i]l faut rejeter la réciprocité comme norme principale des systèmes de don. C'est ce qui ressort de l'analyse du don fait à des inconnus et du don dans les réseaux de parenté. Ces systèmes ne sont pas fondés sur la réciprocité même s'il y a retour, souvent plus important que le don initial d'ailleurs. Se contenter de distinguer entre retour immédiat et retour différé n'est pas suffisant. La réciprocité existe bien sûr, et dans les faits il y a retour. Mais le don, fondamentalement, n'est pas un modèle d'équivalence, pas même à long terme. (Cela peut se produire, mais ce n'est pas le modèle.) ».

¹¹⁸⁶ *Id.*, p. 149 : « [o]n peut dire qu'on atteint un état de dette positif lorsque le désir de donner (ou la gratitude) que chaque partenaire ressent vis-à-vis de l'autre s'adresse à ce qu'il est au lieu de se rapporter uniquement à ce qu'il a reçu de l'autre. [...] Lorsque cette conscience existe chez les deux partenaires, on est en présence de la dette mutuelle positive »; J. GOUBOUT et A. CAILLÉ, préc., note 883.

¹¹⁸⁷ A. CAILLÉ et J.-É. GRÉSY, préc., note 1173, p. 221 : « [d]ans le cadre de cette inconditionnalité conditionnelle propre au don maussien, règne ce que le sociologue canadien Jacques T. Godbout appelle un "endettement mutuel positif", une situation dans laquelle chacun a le sentiment de recevoir plus des autres que ce qu'il ne leur donne, et où tout le monde se sent donc gagnant ».

initié la coopération, en cherchant alors la satisfaction de leur propre intérêt, ils ne peuvent plus, par la suite, stopper cette pratique, en empêchant le cocontractant d'obtenir la satisfaction des siens. Les partenaires sont alors dans une relation de coopération réciproque, où chacun coopérera à un moment donné, sachant qu'il pourra dans l'avenir, compter sur la coopération de l'autre.

Le don agonistique, décrit par Marcel Mauss, permet de rendre compte d'une certaine coopération agonistique, basée sur la relation. En effet, sauf dans les échanges instantanés où tout se fait immédiatement — l'obligation et le paiement — il ne peut y avoir de contrat sans un minimum de coopération. Chaque contractant doit avoir foi en l'exécution de l'engagement de l'autre et en son propre engagement, ce qui suppose une croyance en la bonne foi des partenaires. Cette croyance ne peut découler seulement du contrat, mais adopte certains traits du registre du don où les contractants vont estimer que chacun donne en considération de son intérêt particulier, mais également dans l'objectif de voir la relation se pérenniser¹¹⁸⁸.

« [À]u gré des évolutions on voit comment cette notion d'échange oscille elle-même constamment entre deux pôles. Nous avons déjà rencontré le premier avec la théorie économique standard, il est celui de l'achat et de la vente. Le second, qui se profile peu à peu lorsqu'on introduit la temporalité et l'obligation de confiance, est celui du don »¹¹⁸⁹.

En outre, le don agonistique ne se réduit pas au simple échange ou au contrat. Il sert ainsi à créer des relations par la générosité et l'alliance. Le but premier n'est pas l'utilité de l'échange, mais bien la construction d'un lien, lien qui apparaît pouvoir avoir plus de valeur. Se retrouve alors l'inconditionnalité conditionnelle, dans le sens où la relation peut devenir plus importante, ou aussi importante que l'intérêt marchand de l'échange¹¹⁹⁰ puisqu'elle permettra de réaliser le projet. Le don agonistique montre que la coopération est primordiale à la relation.

« Or, comme le démontre parfaitement le dilemme du prisonnier, archétype des problèmes abordés par la théorie des jeux non coopératifs, rien ne peut convaincre rationnellement un *homo oeconomicus* ou un contractant "rationnel", c'est-à-dire "égoïste", qu'il doit coopérer et qu'il peut faire confiance à son coopérateur également rationnel et égoïste par hypothèse. Le problème central que doivent résoudre

¹¹⁸⁸ A. CAILLÉ, préc., note 1169 à la page 41.

¹¹⁸⁹ *Id.* à la page 37 précisant, à la note 19, que l'on « retrouve ici la distinction classique depuis Ian Macneil entre les contrats transactionnels et les contrats relationnels, qui suppose une certaine durée ».

¹¹⁹⁰ *Id.* à la page 44 : « [m]ais il ne parvient à le faire qu'en affirmant que la construction du lien social et amical vaut par elle-même, qu'elle constitue le véritable but premier qui l'emporte sur toutes les finalités utilitaires de l'alliance, et notamment de l'échange utilitaire ».

toutes les sociétés... est de savoir comment susciter une confiance partagée qui est la condition sine qua non de la coopération »¹¹⁹¹.

À travers le don agonistique, la coopération apparaît comme l'unique moyen de la conditionnalité, et donc de l'échange. Sans cette coopération, les partenaires ne pourront, sauf rare exception, réussir à obtenir l'intérêt pour lequel ils ont contracté. Marcel Mauss démontre que le contrat, en plus de créer des obligations matérielles, participe de la création d'un lien, même si, dans le don, il provient de la communauté alors que dans le contrat, il provient de la société. Cette création de lien ne fonctionne que parce qu'il y a un retour libre, mais obligatoire à la coopération, qui doit nécessairement être réciproque pour la création de la relation¹¹⁹². Il en ressort que c'est l'intensité de la relation qui scelle l'alliance et permet de déterminer l'intensité des obligations et des devoirs, et réciproquement.

Une fois la coopération engagée entre les partenaires, il semble être obligatoire de rendre, même si cette remise est différée dans le temps. Il doit y avoir alternance entre les partenaires bénéficiant de la coopération, la réciprocité apparaissant primordiale, puisque chacun doit rester perpétuellement en dette. Plus il y a de coopération entre les partenaires, plus la relation est importante et doit être maintenue.

En droit des contrats, l'obligation de coopération est une innovation jurisprudentielle récente¹¹⁹³, imposée par les juges au débiteur¹¹⁹⁴. Cependant « beaucoup plus remarquables ont

¹¹⁹¹ *Id.* à la page 46.

¹¹⁹² *Id.* à la page 48 : « [c]'est cet enracinement dans un principe commun que signalait Durkheim en s'attachant aux dimensions non contractuelles du contrat et que Mauss identifiait comme ressortissant du domaine du don. C'est que l'un comme l'autre ont pour vocation la fabrique du rapport social, l'a(d)sociation, même si l'un, le don, le fabrique « en communauté » et l'autre, le contrat, "en société". [Le don/contre-don], malgré son affirmation d'une dimension première d'inconditionnalité, ne fonctionne que parce qu'il y a du retour quasi contractuel, de la conditionnalité dans l'inconditionnalité. Mais, à l'inverse, le contrat ne peut se passer du don et de l'inconditionnalité. Le seul inconditionnel qu'il proclame est apparemment celui de la conditionnalité généralisée (je ne te donne ceci que si tu me donnes cela). Mais la conditionnalité pure, la conditionnalité inconditionnelle est autodestructrice, comme l'atteste le dilemme du prisonnier répété autant de fois que l'on voudra. Pour la vitalité des contrats comme pour celle du don, il faut qu'à un moment les partenaires abandonnent la terre ferme du calcul rationaliste et utilitariste étroit pour basculer dans le pari incertain de la confiance mutuelle ».

¹¹⁹³ Les deux termes étant synonyme dans le dictionnaire courant, et seul l'un d'entre eux apparaissant dans le vocabulaire juridique Cornu, nous ne pensons pas que la distinction entre ces deux termes soit ici pertinente. Seul compte, en effet, l'évolution juridique qui apparaît à travers ce devoir, à savoir le fait pour les contractants d'agir conjointement. Voir, pour les définitions, *Le petit Larousse illustré grand format 2008: en couleurs*, Paris, Larousse, 2007, v° « collaborer »: « Travailler avec d'autres à une oeuvre commune »; *Id.*, v° « coopérer »: « Agir conjointement avec qq »; Pour une distinction entre ces deux termes, et leur possible application juridique, voir, C. LEBRUN, préc., note 355.

¹¹⁹⁴ L'article 5.1.3 (devoir de coopération) des Principes d'Unidroit 2010 prévoit un devoir de coopération entre les parties (depuis 1994, article 5.3 version 94), INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, préc., note 353; G. ROUHETTE, I. de LAMBERTERIE, D. TALLON et C. WITZ, préc., note 71, article 1.202.

été les premières décisions jurisprudentielles imposant de tels comportements au créancier»¹¹⁹⁵. La coopération est donc un devoir réciproque, mais le conflit entre les partenaires peut rester sous-jacent à cette coopération. Plus exigeante que le simple devoir d'agir de bonne foi¹¹⁹⁶, le devoir de coopération suppose alors un comportement positif de la part des parties¹¹⁹⁷, dans l'objectif d'assurer l'utilité économique du contrat. Il ne s'agit pas seulement de s'abstenir d'agir de mauvaise foi¹¹⁹⁸, mais d'être proactif dans la réalisation du contrat¹¹⁹⁹. Les parties doivent exécuter leur contrat d'une manière qui puisse être considéré comme utile pour leur partenaire¹²⁰⁰.

« Entre parties également est privilégié désormais l'esprit de collaboration, sorte d'*affectio contractus* ou volonté de coopérer à la réussite d'une œuvre commune, qui implique le souci de maintenir le lien contractuel et de l'exécuter de bonne foi. Comportements déloyaux et volonté abusive de se retrancher derrière la lettre de l'accord pour se soustraire à l'obligation de renégocier un contrat devenu insupportable pour le débiteur pourront désormais être sanctionnés »¹²⁰¹.

À travers le devoir de coopération, des obligations plus importantes sont imposées aux contractants. Le devoir de coopération nécessite que les parties œuvrent à la réalisation de l'intérêt commun du contrat, et peut nécessiter d'aménager les moyens d'y parvenir¹²⁰². Le devoir de coopération est « le point de rencontre entre la prestation promise par le débiteur et l'attente légitime du créancier »¹²⁰³. Ainsi, la jurisprudence a, parfois, imposé une obligation de renégociation des termes de l'engagement.

¹¹⁹⁵ A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 27, p. 133; Voir, également, MESTRE, *obs. sous Cass. Com, 20 octobre 1998*: « [e]n cours d'exécution [...], la lettre du contrat ne saurait constituer pour le créancier un socle intangible sur lequel il pourrait puiser une sorte de droit à la passivité ». ; Cass. Com., 3 novembre 1992, préc., note 22.

¹¹⁹⁶ Pour les applications de la bonne foi en droit québécois, voir, de manière générale, Louise ROLLAND, « La bonne foi dans le Code civil du Québec: du général au particulier », *R.D.U.S.* 1996.377.

¹¹⁹⁷ J. MESTRE, préc., note 626.

¹¹⁹⁸ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 54, p. 1134, par. 1997; Y. PICOD, préc., note 353, p. 312, par. 87; M. A. GRÉGOIRE, préc., note 99, p. 181.

¹¹⁹⁹ C. MASSE, préc., note 107 à la page 223.

¹²⁰⁰ Y. PICOD, préc., note 353, p. 104, par. 87: « [l']obligation de coopération peut s'entendre de deux façons selon qu'on l'envisage du côté du créancier ou du débiteur. Tout d'abord, le débiteur est tenu d'exécuter sa prestation en lui donnant le maximum d'utilité. En collaborant avec le créancier, il lui procurera une exécution plus complète. Son devoir de loyauté l'oblige à dépasser le cadre d'une simple exécution fidèle des prévisions contractuelles. Ensuite, le créancier doit faciliter à son débiteur l'exécution de ses obligations en lui offrant toute l'Aide nécessaire. En coopérant, le créancier exécutera à son tour utilement. [...] Par contre, l'obligation de coopération engage le contractant à participer, à intervenir plus activement dans le contrat afin de faciliter la tâche de l'autre partie ».

¹²⁰¹ F. OST, préc., note 7 à la page 151.

¹²⁰² H. BOUTHINON-DUMAS, préc., note 28, 358: « [l]es moyens que les parties envisagent et qui consistent en obligations particulières, plus ou moins précises (de donner, de faire ou de ne pas faire) sont subordonnés à la recherche de ce but à atteindre ».

¹²⁰³ Vincent EDEL, *La confiance en droit des contrats*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier 1, 2006, p. 250.

Il a donc pu être admis que le devoir de coopération devait être respecté dans les contrats de longue durée¹²⁰⁴, dans les contrats incomplets¹²⁰⁵ ou encore dans les contrats nécessitant des compétences techniques particulières¹²⁰⁶ ou impliquant un rapport inégalitaire, l'intensité de la coopération variant en fonction du type de relation. En outre, il ne s'applique qu'au déséquilibre structurel se réalisant en cours d'exécution du contrat, en vertu du principe de responsabilité¹²⁰⁷.

Ce devoir de coopération a été critiqué, notamment en raison de sa contravention avec le principe de responsabilité en matière contractuelle. En effet, le contrat étant un moyen de satisfaire ses intérêts privés¹²⁰⁸, il pourrait apparaître difficile d'admettre que l'un des contractants doit agir dans l'objectif de veiller aux intérêts d'autrui, au détriment de ses propres intérêts. Il ne faudrait pas, alors, passer d'un extrême à l'autre, c'est-à-dire de l'extrême volontariste à l'extrême solidariste¹²⁰⁹. « Il conviendrait de prendre garde à ne pas faire de la “bonne foi”, la “bonne à tout faire” de l'exécution du contrat, qui dispense de toute analyse de la convention des parties »¹²¹⁰. Se définissant comme un « devoir incombant à chaque partie de travailler ensemble et activement à la réalisation de la prestation prévue par le contrat »¹²¹¹, les contractants doivent alors rechercher la réalisation du but commun, même si le contractant n'a pas à prendre en charge l'intérêt du partenaire ou de mettre de côté son propre intérêt au contrat¹²¹².

« Il n'y a contrat en effet que parce que les contractants attendent de leur coopération antagoniste des bénéfices communs. Or, si chacun pense que l'autre partie ne contracte qu'en vue de son intérêt propre, alors il est logique et “rationnel” de la soupçonner de vouloir tricher et retirer à elle seule tous les bénéfices de la coopération. Par peur de devoir coopérer tout seul, on doit donc s'abstenir soi-même de

¹²⁰⁴ M. A. GRÉGOIRE, préc., note 99, p. 236.

¹²⁰⁵ S. MARTIN, préc., note 8; C. JAMIN, préc., note 56; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, préc., note 5; P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 14; Y. PICOD, préc., note 353; J.-P. CHAZAL, préc., note 66; Du point de vue de la loyauté, voir D. MAZEAUD, préc., note 27; J. MESTRE, préc., note 322.

¹²⁰⁶ V. EDEL, préc., note 1203, p. 256.

¹²⁰⁷ D. MAZEAUD, préc., note 358.

¹²⁰⁸ *Banque de Montréal c. Bail Itée*, préc., note 642.

¹²⁰⁹ M. A. GRÉGOIRE, préc., note 99, p. 94 et s.

¹²¹⁰ J.-L. AUBERT, préc., note 342.

¹²¹¹ C. LEBRUN, préc., note 355, p. 16.

¹²¹² J.-G. BELLEY, préc., note 568; B. LEFEBVRE, préc., note 286; J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 14, p. 540, par. 446: le devoir de coopération « vise à ce que chaque partie réalise ses objectifs légitimes de façon raisonnable et, en même temps, à ce que l'exécution du contrat permette d'atteindre le résultat recherché à l'origine »; Y. PICOD, préc., note 353, p. 104. Cependant, il a pu arriver que la jurisprudence exige que l'un des partenaires porte assistance à l'autre. Voir, *Banque de Montréal c. Bail Itée*, préc., note 642; Voir également, pour l'assistance et la fraternité entre les contractants, D. MAZEAUD, préc., note 27; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, préc., note 5.

coopérer. Mais, dans ces conditions, si personne ne coopère, c'est l'objet même du contrat qui disparaît, les bénéfices de la coopération escomptés, l'utilité de chacun, objective ou subjective qui se dissipent [...] comme autant de mirages »¹²¹³.

Ainsi, le devoir de coopération exige une attitude active de la part des partenaires, réciproquement, son intensité variant en considération de la relation existante entre les parties. Il a également une valeur intrinsèque.

2. La valeur de la coopération

La relation contractuelle a, pour les partenaires, une valeur en soi. En effet, c'est grâce à cette relation que les intérêts de chacun pourront être obtenus, mais ils ne pourront l'être qu'à la condition que chacun coopère à la réalisation de l'opération économique envisagée. Cependant, la valeur intrinsèque du lien entre les contractants a du mal à être reconnue en droit des contrats. Dans d'autres domaines, le lien est de plus en plus reconnu comme ayant une valeur intrinsèque, et la coopération est l'une des nécessités à la préservation de ce lien. C'est notamment le cas du marketing relationnel.

Le marketing relationnel est une sous-branche du marketing. Il vise à permettre aux entreprises de développer leurs relations d'affaires. Il est tourné vers la relation, et cherche à renouveler le regard porté sur les relations entre les fournisseurs et leurs clients (vision interorganisationnelle, appelée également B. to B.¹²¹⁴) et entre entreprises et consommateurs individuels (communément appelé la grande consommation, ou B. to C.¹²¹⁵). Le marketing relationnel est « l'ensemble des activités marketing destinées à établir, développer et maintenir des relations d'échange fructueux »¹²¹⁶, l'objectif étant d'instaurer une relation de confiance entre les différents intervenants¹²¹⁷, « dans la mesure où il repose autant sur un certain type de regard porté sur le marché que sur une culture organisationnelle tournée vers les clients »¹²¹⁸. Lorsque cette culture est suffisamment ancrée, la coopération commence à jouer son rôle.

¹²¹³ A. CAILLÉ, préc., note 1169 à la page 40.

¹²¹⁴ Business to business.

¹²¹⁵ Business to consumer.

¹²¹⁶ Laure AMBROISE, Isabelle MAQUE et Isabelle PRIM-ALAZ, « Ian Macneil et la théorie du contrat social : Proposition d'un outil d'analyse de la valeur relationnelle pour l'ensemble des domaines de gestion », dans Carine DOMINGUEZ-PÉRY, *Valeurs et outils de gestion: de la dynamique d'appropriation au pilotage*, Paris, Hermès science publications-Lavoisier, 2011, p. 189 à la page 12 (version électronique).

¹²¹⁷ Patrick HETZEL, *Le marketing relationnel*, Paris, PUF, 2004, p. 3.

¹²¹⁸ *Id.*, p. 5.

Ainsi, il y aurait « cinq grandes phases de la relation qui se suivent chronologiquement : la connaissance (lorsqu'un client reconnaît qu'un fournisseur peut être intéressant), l'exploration (lorsque le client va essayer un fournisseur nouveau), l'expansion (lorsque le client intensifie les relations avec son fournisseur, développant ainsi une plus grande interdépendance), l'implication (lorsqu'il y a une véritable institutionnalisation des relations) et la dissolution (lorsque le client se désengage de son fournisseur) »¹²¹⁹.

Afin de mettre en œuvre les dimensions du marketing relationnel, certaines caractéristiques sont prises en considération. Il s'agit du temps, de la forme de l'échange, de la nature du lien, du contenu de l'échange, des acteurs de l'échange, du jeu entre ces acteurs, des modalités de l'échange ainsi que ces objectifs et enfin le résultat¹²²⁰. « Le marketing relationnel vise donc la stabilité des relations d'échange fondées sur la fidélité mutuelle non dictée par le contrat formel et ses diverses clauses contractuelles »¹²²¹. Il y a un aspect informel dans la relation, qui nécessite alors une part substantielle de coopération.

Les chercheurs ont pu remarquer qu'en créant une sorte de bonus de fidélité pour les clients, le coût de cette fidélisation revenait cinq fois moins cher à l'entreprise que la recherche incessante de nouveaux clients¹²²². La vision du client est renouvelée¹²²³, dans le sens où il n'est plus seulement considéré comme la fin de la chaîne de commercialisation de l'entreprise, mais comme un « "co-constructeur" de ce qui va se passer »¹²²⁴. La coopération entre l'entreprise et ses clients est donc économiquement bénéfique et la relation acquiert alors une valeur, chacun des partenaires obtenant les bénéfices escomptés.

La fidélisation de la clientèle apporte des avantages non négligeables à l'entreprise, notamment en termes de réduction des risques, d'évaluation de la valeur de l'entreprise, mais également en matière commerciale¹²²⁵. Ainsi, la fidélisation de la clientèle est évaluée en termes de valeur économique, sans toutefois totalement oublier sa valeur non économique, à savoir la valeur symbolique ou sociétale¹²²⁶.

¹²¹⁹ *Id.*, p. 65.

¹²²⁰ Patrick HETZEL et Sophie MORIN-DELERM, « L'encastrement institutionnel et relationnel comme grille de lecture de la relation entreprise/consommateur », dans Isabelle HUAULT et Mark GRANOVETTER, *La construction sociale de l'entreprise autour des travaux de Mark Granovetter*, Colombelles, Ed. EMS, management & société, 2002.

¹²²¹ P. HETZEL, préc., note 1217, p. 31 et s.

¹²²² *Id.*, p. 58.

¹²²³ Sabine FLAMBARD-RUAUD, « Les évolutions du concept de marketing », *Décisions Mark*. 1997.11.7, 11 précisant qu'il s'agit d'une « représentation re-socialisée des transactions ».

¹²²⁴ P. HETZEL, préc., note 1217, p. 47.

¹²²⁵ *Id.*, p. 61.

¹²²⁶ *Id.*, p. 84.

Pour se convaincre de l'importance prise par le client dans la politique de l'entreprise, et dans la coopération que les deux acteurs jouent, il suffit de citer les actions de boycott qui ont été menées ces dernières années contre certaines marques s'écartant du comportement attendu par les clients, notamment lors de l'affaire de la sous-traitance de Nike, qui faisait appel au travail d'enfants¹²²⁷. Ces exemples montrent que la coopération peut avoir des aspects bénéfiques, mais également négatifs. Lorsque l'entreprise a arrêté de coopérer avec ses clients, notamment en brisant leur confiance dans la qualité des produits et en refusant d'admettre la réalité de ses actes, la réaction de ces derniers a été la rupture du lien, qui a entraîné une baisse considérable du chiffre d'affaires de l'entreprise. Suite aux campagnes anti-Nike des années 1990, l'entreprise n'a eu d'autre choix que d'adopter une politique beaucoup plus transparente, en divulguant, notamment, la liste de ses sous-traitants¹²²⁸. Les clients ont donc obligé Nike à coopérer, sans quoi, sa réputation allait être atteinte. Cet incident montre bien à quel point la coopération est primordiale, autant d'un point de vue social ou symbolique, que d'un point de vue économique.

Les objectifs du marketing relationnel sont divers¹²²⁹. Ils cherchent à avoir une meilleure connaissance du client¹²³⁰, dans l'objectif de sa fidélisation et d'obtention de bénéfices mutuels. En outre, il est apparu nécessaire de laisser, parfois, le client interférer dans la stratégie de l'entreprise et la création de fichiers clients permet de mieux répondre aux besoins cycliques de la clientèle. Le marketing relationnel vise également à établir une communication plus importante entre les différents acteurs, qu'il s'agisse d'interaction dans un forum ou encore de communication personnalisée de la part de l'entreprise. Ainsi, l'entreprise pourra mettre en place un processus personnalisé afin de satisfaire ses clients les plus fidèles et maintenir la relation tout en gardant un minimum de flexibilité¹²³¹. La coopération entre l'entreprise et le client est donc nécessaire et permet à chacun d'obtenir des bénéfices, même

¹²²⁷ Exemple tiré de *Id.*, p. 52.

¹²²⁸ De manière générale, sur le scandale Nike, voir, David J. DOOREY, « The transparent supply chain: from resistance to implementation at Nike and Levi-Strauss », (2011) 103 *J. Bus. Ethics* 587.

¹²²⁹ Birahim GUEYE, « La généralisation de la confiance, pivot de la performance dans les réseaux de franchise: proposition d'un modèle », (2009) 22-2 *Rev. Manag. Avenir* 171-187, 176 et s. Voir *infra*.

¹²³⁰ Nathalie GUIBERT, « La confiance en marketing: fondements et applications », (1999) 14-1 *Rech. Appl. En Mark.* 1, 11 : « [I]a légitimité de l'approche de l'échange par la confiance est également déductible des travaux à teneur juridique qui ont largement été évoqués en marketing industriel: ceux de Macauley qui, en 1963, montre l'importance des aspects non contractualisés dans les relations d'affaires; et ceux de Macneil qui en 1978 propose une théorie du contrat relationnel ».

¹²³¹ L. AMBROISE, I. MAQUE et I. PRIM-ALAZ, *préc.*, note 1216.

s'ils n'ont pas d'objectifs similaires. Cette valeur de la coopération entre les partenaires devrait également être reconnue en droit des contrats, et permet de comprendre pourquoi il est parfois nécessaire de l'imposer.

Le devoir de coopération impose une certaine flexibilité dans le contrat, il ne se limite pas aux termes prévus par les parties. Le devoir de coopération se fonde principalement sur le comportement des contractants, ce qui signifie qu'il est lié au lien qu'elles entretiennent et nécessite de leur part une plus ou moins grande coopération.

« La loyauté exige beaucoup plus, bien sûr, ne pas tromper, ne pas mentir. Mais surtout, adopter une attitude cohérente, une unité de comportement, qui permette à autrui de déterminer avec confiance sa propre conduite »¹²³².

La bonne foi permet de contrôler la qualité du comportement des contractants, leur imposant une certaine cohérence¹²³³, concordant avec les attentes légitimes du partenaire¹²³⁴. Le devoir de loyauté n'impose pas que le respect des termes du contrat, mais va bien au-delà, car « exécuter loyalement le contrat, c'est exécuter en se rendant utile à son contractant, en lui procurant la plus grande satisfaction possible, au-delà du cadre strict des stipulations contractuelles »¹²³⁵, en recherchant « la plus grande efficacité possible pour son cocontractant, en lui procurant le plus haut degré de satisfaction, au-delà des stipulations contractuelles ».

Le devoir de coopération serait alors une obligation accessoire au contrat, implicitement reconnu par les juges, ayant une valeur économique pour les partenaires.

En effet, « les obligations découlant d'un contrat ne sont évidemment pas limitées à celles expressément prévues par les parties. Elles s'étendent aussi à celles qui en découlent d'après la nature du contrat, l'équité, l'usage ou la loi. C'est donc à une violation de ces obligations implicites, représentatives du contenu obligationnel du contrat, qu'il convient de se référer, en l'absence de stipulations expresses, pour déterminer l'existence d'une éventuelle responsabilité civile »¹²³⁶.

Ce devoir de coopération suppose un acte positif des contractants. Cependant, il n'est pas exigé de manière universelle dans tous les contrats, l'intensité d'un tel devoir variant en

¹²³² L. AYNÈS, préc., note 1183, 197.

¹²³³ D. HOUTCIEFF, préc., note 569.

¹²³⁴ Pascal LOKIEC, « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007.321.

¹²³⁵ Y. PICOD, préc., note 640, par. 1.

¹²³⁶ *Provigo Distribution Inc. c. Supermarché A.R.G. Inc.*, préc., note 322, 26, précisant par la suite qu'il s'agit d'« obligations implicites, faisant partie du cercle contractuel élargi [...] représentative du contenu obligationnel du contrat ».

fonction de la relation contractuelle, allant jusqu'à imposer l'adaptation de l'accord, même par le juge.

B. La fonction adaptative de la relation

L'intensité de la relation contractuelle et l'opportunisme des partenaires peuvent nécessiter l'intervention d'un tiers dans le contrat afin de permettre la réalisation de l'objectif contractuel et d'obtenir la satisfaction des intérêts de chacune des parties. Lorsque la coopération a échoué, et que la renégociation des termes de l'engagement n'a pu aboutir, le juge interviendrait dans les contrats dans lesquels la relation des parties est primordiale, et que l'un des partenaires n'a pu obtenir satisfaction suite au refus de coopérer de son cocontractant, alors même qu'il avait lui-même préalablement coopéré, pour permettre la réalisation de l'objectif contractuel. La norme de flexibilité trouve alors à s'appliquer. Les contrats relationnels nécessitent donc d'être ajustés (1), le juge intervenant comme conciliateur des intérêts des partenaires, dans des cas exceptionnels (2).

1. L'ajustement relationnel du contrat

La question posée, lors du colloque sur « le juge et l'exécution du contrat » reste d'actualité, et notamment en matière d'imprévision. En effet « [l]e juge est-il encore tenu de respecter la loi contractuelle ? »¹²³⁷. Les interventions législatives et jurisprudentielles en limitent l'application, en admettant seulement l'ajout de nouvelles obligations. Le nouveau Code civil modifie clairement cette approche en admettant la révision pour imprévision.

Nombre d'auteurs ont remarqué, depuis maintenant de nombreuses années, un certain forçage du contrat par le juge¹²³⁸. Ce forçage s'est réalisé par la création d'obligations implicites mises

¹²³⁷ Jacques MESTRE, « Avant-propos », dans *Le juge et l'exécution du contrat: colloque I.D.A., Aix-en-Provence, 28 mai 1993*, Aix-en-Provence, PUAM, Faculté de droit et de science politique, 1993, p. 7; L. ROLLAND, préc., note 152, par. 12, qui reprend les arguments défavorables à une intervention du juge dans le contrat, « l'intervention des juges menace la liberté contractuelle, produit de l'insécurité et décourage les parties de planifier exhaustivement les termes de leur entente. Pis encore, les tribunaux ne disposent pas de l'information ni de l'expertise nécessaire pour déterminer dans quelles circonstances une révision peut être utile. Enfin, et surtout, le droit ne fournit pas d'outils appropriés pour fixer le contenu des contrats commerciaux complexes »; De manière générale, Bruno OPPETIT, « Le rôle du juge en présence de problèmes économiques en droit civil français », dans *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques: journée de Paris et Montpellier*, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, t. XXII, Paris, Dalloz, 1975, p. 185.

¹²³⁸ L. LEVENEUR, préc., note 80; Jacques MESTRE et Anne LAUDE, « L'interprétation "active" du contrat par le juge », dans *Le juge et l'exécution du contrat: colloque I.D.A., Aix-en-Provence, 28 mai 1993*, Aix-en-Provence, PUAM, Faculté de droit et de science politique, 1993, p. 9 à la page 18.

à la charge des parties, notamment grâce aux usages, à l'équité, à la nature de la convention¹²³⁹ ou encore sous couvert de bonne foi. On pense, notamment, aux obligations de sécurité¹²⁴⁰, d'information¹²⁴¹ ou de renseignement¹²⁴² que le juge a imposées dans les contrats. Il insère donc des obligations que les parties n'avaient pas envisagées¹²⁴³.

Le juge s'écarte alors de la volonté des parties ou de leur commune intention, pour faire prévaloir un certain équilibre dans le contrat nécessaire à la relation des contractants afin de pérenniser le lien contractuel. C'est la relation contractuelle entre les partenaires qui permet ces ajouts, en considération de l'intensité du lien qui les unit. Les « instances judiciaires [ont alors] un véritable pouvoir normatif. [...] Force est de constater que le pouvoir ainsi conféré par le législateur aux juges n'en est plus un de simple interprétation, mais bien de véritable création de normes juridiques, ils imposent de nouveaux comportements conformes "à l'équité ou aux exigences de la bonne foi" »¹²⁴⁴, conforme donc à la relation contractuelle, garde fou de l'incohérence judiciaire et de l'arbitraire du juge.

En outre, le juge peut modifier certains termes de l'engagement. Au travers de la réduction des honoraires des mandataires¹²⁴⁵, les clauses pénales¹²⁴⁶ ou encore l'octroi de délais de grâce¹²⁴⁷, l'autorité judiciaire devient le gardien de la pérennité contractuelle et le défenseur des faibles. « Autant de pouvoirs d'immixtion dans le contrat que le juge tient de la loi ou dont il s'est

¹²³⁹ Philippe JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Paris, Dalloz, 2005, qui estime que l'article 1135 n'est pas constitutif d'un plus grand interventionnisme dans le contrat.

¹²⁴⁰ Pour l'obligation de sécurité de résultat de l'exploitant de toboggan, voir, Cass. Civ. 1, 28 octobre 1991, n° 90-14713. Pour l'obligation de sécurité de résultat du médecin, voir, Cass. Civ. 1, 9 novembre 1999, n° 98-10010; Cass. Civ. 1, 4 avril 2006, préc., note 674; Pour l'obligation de sécurité d'un grossiste d'un contrat de forfait de voyage, voir, *Lemay c. Vacances Sunwing Inc.*, [2014] Q.C.C.Q. 3667 (C.Q.). De manière générale, Cyril BLOCH, *L'obligation contractuelle de sécurité*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002.

¹²⁴¹ Voir, par exemple, les articles L.111-1 et s. concernant l' « obligation générale d'information ». Voir, également, de manière générale, Muriel FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats: essai d'une théorie*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, L.G.D.J., 1992; *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339 (C.S.).

¹²⁴² *Banque de Montréal c. Bail Itée*, préc., note 642; *Gorelik c. Arbre en arbre Drummondville*, [2013] Q.C.C.Q. 4148 (Q.C.).

¹²⁴³ P. LEGRAND, préc., note 621, 129.

¹²⁴⁴ M. A. GRÉGOIRE, préc., note 99, p. 176.

¹²⁴⁵ Voir, par exemple, Cass. Civ. 1, 30 juin 1992, *Bull. civ. I* 212 concernant la fixation de la rémunération de prestataires indépendants en cas de silence du contrat. Concernant les honoraires d'un avocat, voir, Cass. Civ. 2, 19 février 2009, n° 07-21518. Pour un généalogiste, voir, Cass. Civ. 1, 23 mars 2011, n° 10-11586.

¹²⁴⁶ Denis MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Paris, L.G.D.J., 1992; Sébastien PIMONT, « Clause pénale », dans *Répertoire de droit civil*, Paris, Dalloz; Julie PAQUIN, « Le contrôle des clauses pénales abusives en droit québécois: la clause pénale peut-elle être punitive? », (2013) 47 *R.J.T.U.M.* 387.

¹²⁴⁷ Voir, à cet effet, l'article 1244-1 ancien du C.c.fr. ou 1343-5 nouveau du C.c.fr..

investi “hors”, voire même contre celle-ci»¹²⁴⁸. Le juge dispose d’un pouvoir de plus en plus important dans le contrat¹²⁴⁹. Ce pouvoir d’immixtion sert principalement à rétablir l’équilibre en raison soit d’un abus de puissance d’une des parties, soit de l’incomplétude d’un accord initial, deux caractéristiques des contrats relationnels. Le juge apparaît donc comme le gardien du juste¹²⁵⁰, garant de la relation contractuelle.

« Il s’agit là de l’équité au sens le plus fort du terme, car le juge ne cherche pas seulement à éviter au débiteur une sanction draconienne et à protéger les intérêts des autres créanciers. Au cas par cas, il choisit la solution qui lui paraît la plus appropriée en fonction de toutes les circonstances »¹²⁵¹.

Ces nouvelles obligations imposées par le juge ont pour objectif de protéger la relation en imposant un certain équilibre. Le pouvoir d’intervention donné ou confisqué par le juge modifie la fonction juridictionnelle initiale conférée à ce dernier. En effet, l’autorité judiciaire a toujours été considérée comme devant trancher un litige. Les contractants ayant des intérêts antagonistes, il fallait alors résoudre le problème conformément à la loi initiale.

« En surendettement, le juge du tribunal d’instance peut effacer les dettes du surendetté s’il constate que la situation de ce dernier est irrémédiablement compromise. Pour ce faire, il doit apprécier la situation personnelle de l’intéressé et ses chances de voir ses revenus augmenter de manière à ce qu’il retrouve une capacité financière qui lui permettra de rembourser l’intégralité de ses dettes. Dans ce cas, le juge doit procéder d’une manière très empirique à l’audience : compte tenu de la personne qui comparait, de son âge, de sa formation, de ses expériences professionnelles, de son état de santé, de sa situation de couple, du montant de son loyer, etc., la situation est-elle irrémédiablement compromise ? La réponse à la question relève pour partie de l’art divinatoire. Pour le reste, les critères précédents sont pris en compte pour permettre au juge de rendre sa décision. Mais on le constate aisément, la décision du juge d’effacer l’intégralité des dettes du surendetté sera fondée sur des critères économiques et sociaux, d’une part, se prolongeant dans le temps, d’autre part. [...] On ne peut manquer de constater que le juge n’est plus seulement un arbitre, il peut devenir, en matière d’imprévision, créateur d’obligations contractuelles à la demande expresse du législateur »¹²⁵².

La prise en compte de la relation contractuelle aboutirait à une transformation de la fonction de juger. Le juge n’est plus « l’ennemi contractuel numéro 1 »¹²⁵³, il apparaît comme le

¹²⁴⁸ D. MAZEAUD, préc., note 20 à la page 24.

¹²⁴⁹ Pierre-Gabriel JOBIN, « Coup d’oeil sur les multiples facettes de l’intervention du juge dans le contrat », (2006) 47 *C. de D.* 1, par. 3; Denis MAZEAUD, « Le juge et le contrat - Variations optimistes sur un couple “illégitime” », dans *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit: mélanges offerts à Jean-Luc Aubert.*, Paris, Dalloz, 2005, p. 235 à la page 237, précisant que « [i]l n’est, en effet, plus rare, désormais, de voir le juge investi d’un pouvoir en vue de rééquilibrer les prestations ou les pouvoirs contractuels, ou s’arroger, en dehors de toute habilitation légale expresse, un droit de regard sur le contenu d’un contrat afin d’en neutraliser les abus, les excès et les incohérences ».

¹²⁵⁰ PINEAU, « Les pouvoirs du juge et le nouveau Code civil du Québec », dans Roger PERROT (dir.), *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?: mélanges en l’honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 363 à la page 373.

¹²⁵¹ P.-G. JOBIN, préc., note 1249, 15.

¹²⁵² Jean-Jacques FRION, « Le juge et la réforme du droit des contrats », *Rev. Lamy Droit Civ.* 2015.132 (Supplément) 25, 30.

¹²⁵³ D. MAZEAUD, préc., note 1249 à la page 237.

complément nécessaire du contrat, soit pour modérer les abus, soit pour compléter les lacunes. Les parties n'étant pas systématiquement opposées dans leur intérêt, ou l'opération économique prenant le pas sur les obligations réciproques, le juge n'a plus à trancher un différend, mais à concilier des intérêts qui peuvent devenir divergents suite à une modification de l'environnement contractuel. Il n'apparaît donc plus comme un sanctionnateur, mais comme un médiateur entre les parties, afin d'assurer la pérennité du lien contractuel¹²⁵⁴ et d'imposer la coopération perdue.

« Tenant compte de [la] réalité, le modèle de Macneil favorise la réception de la théorie de l'imprévision. La teneur relationnelle du contrat, qui implique la norme de solidarité, impose non le transfert, mais bien le partage des risques : l'application des normes de mutualité et de réciprocité commande alors de réviser le contrat en cas de fluctuations déstabilisatrices »¹²⁵⁵.

Le nouveau Code civil français, en admettant la révision pour imprévision, s'ouvre vers une approche plus sociale du contrat. La bonne foi¹²⁵⁶ apparaît au sein de principes directeurs, au côté de la liberté contractuelle¹²⁵⁷ et de la force obligatoire des contrats¹²⁵⁸. Elle accorde au juge un large pouvoir puisque ce dernier se voit reconnaître la possibilité de modifier les termes de l'engagement. La relation contractuelle permettrait alors de déterminer les cas dans lesquels le juge doit intervenir de ceux dans lesquels il doit s'abstenir.

2. La relation comme fondement à l'ajustement

Deux exemples peuvent être évoqués afin de démontrer que les juges se fondent sur la relation contractuelle lorsqu'un changement de circonstances vient modifier l'objectif poursuivi par les partenaires. Il s'agit de l'arrêt de la Cour d'appel de Nancy, du 26 août 2007 ainsi que de l'arrêt Hydro-Québec, du 24 juillet 2014.

Dans l'arrêt de la Cour d'appel de Nancy¹²⁵⁹, la SAS Novacarb a signé un contrat de fourniture de vapeur, produite par la technique de la cogénération, en 1998, pour une durée de 12 ans, l'installation étant exploitée par la SNC Socoma depuis 1999. Cette nouvelle technique était beaucoup moins polluante que la création de vapeur à l'aide de chaudière. L'accord entre les

¹²⁵⁴ A.-S. L. LABORDERIE, préc., note 104; Marie-Eve PANCRAZI-TIAN, *La Protection judiciaire du lien contractuel*, Aix-en-Provence, PUAM, 1969; P.-A. CRÉPEAU, préc., note 79.

¹²⁵⁵ L. ROLLAND, préc., note 155 à la page 604.

¹²⁵⁶ Article 1104 nouveau du Code civil.

¹²⁵⁷ Article 1102 nouveau du Code civil.

¹²⁵⁸ Article 1103 nouveau du Code civil.

¹²⁵⁹ C.A. Nancy, 26 septembre 2007, préc., note 322.

parties impliquait que la SAS était le seul acheteur de la vapeur, mais également, le « seul maître des périodes et de la durée de fonctionnement de l'installation »¹²⁶⁰. La SNC avait la responsabilité du fonctionnement et facturait les montants des loyers du crédit-bail et le coût des services, pouvant répercuter le coût d'un changement de législation sur le prix de la vapeur, car elle en assumait le risque.

En 2004, la France adopte l'ordonnance portant création d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, intégré au Code de l'environnement, qui affecte un certain nombre de quotas d'émission de gaz à certaines entreprises polluantes¹²⁶¹, dont la SNC fait partie.

En 2005, la SNC, productrice de la vapeur, tire profit de la revente du reliquat de quotas d'émission de gaz à effet de serre alloué à la centrale, dont elle était la seule bénéficiaire, car seule exploitante de la centrale. Ces profits devaient également se réaliser en 2006. Des négociations avaient été entreprises entre les partenaires afin de déterminer s'il était possible de partager ces profits, mais s'étaient révélées infructueuses¹²⁶². Les parties s'opposent donc sur les profits réalisés, la SAS Novacarb en demandant la restitution de tout ou partie¹²⁶³.

Les juges, sur le fondement des articles 1134 et 1135, ont invité les parties à négocier un avenant au contrat de fourniture, afin d'inclure les conséquences financières des quotas de gaz à effet de serre. Mais plus encore, ils ont demandé aux parties de déposer au greffe l'avenant conclu. En cas de désaccord, les juges ont estimé que le dernier état des négociations devra être versé au débat et qu'il lui appartiendra de déterminer la responsabilité de chacun ainsi que de décider du sort des bénéfices (commune intention des parties ou interprétation des clauses obscures ou ambiguës, ce qui ne peut être compris comme de la dénaturation)¹²⁶⁴.

Dans cette affaire, les juges se sont fondés sur la relation contractuelle existante entre les parties. En effet, ils ont estimé que l'économie du contrat, soit les objectifs des parties ainsi que le but poursuivi, et leur pratique concertée, soit la relation de coopération existante antérieurement entre elles, avaient pour finalité la réduction des gaz polluants. Il existait donc

¹²⁶⁰ M. LAMOUREUX, préc., note 322.

¹²⁶¹ Ces quotas sont considérés comme des biens meubles qui peuvent donc, en cas de reliquat, être vendus.

¹²⁶² B. FAGES, préc., note 322.

¹²⁶³ S. CARVAL, préc., note 322.

¹²⁶⁴ B. FAGES, préc., note 322.

une dette mutuelle positive entre les partenaires. Un déséquilibre lié à la mise en place du marché des quotas d'émission de gaz à effet de serre¹²⁶⁵ s'était installé et devait être corrigé¹²⁶⁶. En outre, ils estiment que l'intérêt des parties profite à l'intérêt général¹²⁶⁷.

La Cour d'appel semble être mal à l'aise avec sa décision, qui apparaît favorable à la relation contractuelle, mais difficilement justifiable juridiquement. Elle déploie un nombre important et conséquent de moyens pour justifier la renégociation de l'accord, ou du moins, la négociation d'un avenant sur le changement de législation¹²⁶⁸. Cependant, elle ne qualifie pas l'évènement à la base de la demande de renégociation, à savoir la survenance d'une situation nouvelle, de nature à bouleverser de manière excessive et durable l'équilibre du contrat¹²⁶⁹. Le coût de mise en œuvre des législations était prévu au contrat, mais c'est l'excessivité de la prise en charge qui est imprévisible¹²⁷⁰. En outre, les deux sociétés avaient contribué ensemble à la diminution des gaz à effet de serre, ce qui incitait, sans doute, à un partage équitable des profits en résultant.

C'est bien la relation qui est prise en compte, et notamment son aspect coopératif, permettant au juge de demander au partenaire de renégocier leur accord.

Par contre, dans l'arrêt Hydro-Québec¹²⁷¹, un contrat d'approvisionnement en électricité est conclu en 1969 entre Churchill Falls Labrador Corporation (CFL Co) et Hydro-Québec (HQ). Ce contrat d'électricité prévoyait que CFL Co devait fournir de l'électricité à HQ. Cette fourniture concernait une période initiale de 40 ans, assortie d'une période additionnelle de 25 ans, soit jusqu'en 2041. HQ acceptait d'acheter la quasi-totalité de l'électricité.

¹²⁶⁵ M. LAMOUREUX, préc., note 322, 5 (version électronique).

¹²⁶⁶ M. BOUTONNET, préc., note 322.

¹²⁶⁷ D. MAZEAUD, préc., note 322.

¹²⁶⁸ S. CARVAL, préc., note 322.

¹²⁶⁹ B. FAGES, préc., note 322.

¹²⁷⁰ M. LAMOUREUX, préc., note 322, 7 (version électronique) : « ce système est actuellement source de bénéfices pour l'une des parties sans que la situation économique de l'autre en soit véritablement modifiée, tout au plus un manque à gagner pouvant actuellement être invoqué. Or, si l'on comprend parfaitement que la SAS novacarb, dès lors qu'elle est au moins pour partie à l'origine de ce profit, estime que la récompense doit lui revenir, on perçoit alors l'originalité du contexte dans lequel la cour a décidé d'imposer une obligation de renégociation ».

¹²⁷¹ *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd c. Hydro-Québec*, préc., note 91; *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, préc., note 91.

Le contrat prévoit un prix fixe pour l'électricité¹²⁷², diminuant d'un montant déterminé. Suite à une hausse du prix de l'électricité et à la modification de la législation québécoise concernant les compétences et pouvoirs d'HQ lui permettant un accès au marché de l'exportation, HQ a fait des bénéfices grâce au prix d'achat de l'électricité. Les parties s'opposent donc sur l'allocation des profits réalisés, et sur le prix d'achat de l'électricité.

C'est à travers la « vraie nature de la relation » ou « l'essence de la relation » que CFL Co se fonde, en estimant que quand l'exécution est incompatible avec la nature de la relation, ces derniers doivent renégocier. Sa nature lui permettrait alors de recevoir une portion équitable des profits dégagés par HQ. HQ souhaite que l'équilibre convenu entre les parties lors de la formation du contrat soit respecté.

La cour estime qu'il n'y a pas de déséquilibre dans les pouvoirs de négociation des parties et que ces dernières reçoivent ce pour quoi elles ont contracté. Elle considère que le contexte entourant les négociations de l'accord en cause, mais également les diverses ententes des parties sont d'une importance considérable dans la solution à apporter au litige. Elle confirme que l'imprévision n'est pas admise en droit québécois. Elle conclut au rejet des demandes de CFL Co.

Dans l'affaire Hydro-Québec, CFL Co n'a pas pris les précautions adéquates. En effet, même si la hausse ou la baisse du prix de l'électricité était imprévisible, le fait que le prix de cette énergie n'allait pas rester identique et allait varier était prévisible. Elle aurait dû prévoir un mécanisme afin de modifier le prix au lieu de prévoir une clause de prix fixe. En outre, c'est bien HQ qui assumait la majorité des risques de développement ainsi que les risques financiers. Le prix prévu dans le contrat en tenait compte. De plus, l'accord de 1969 prévoyait que HQ devait fournir des garanties financières et assumer des risques opérationnels et financiers liés au projet, alors que CFL Co n'assumait aucun risque. Le prix prévu au contrat n'avait pas pour objectif de rendre compte de l'évolution du prix de l'énergie, mais de protéger CFL Co contre le risque de baisse du prix de l'énergie. Elle obtient aussi le financement nécessaire à la réalisation du projet. HQ était protégé contre une hausse des prix.

¹²⁷² *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, préc., note 91, par. 82, les parties avaient discuté de l'insertion d'une clause d'indexation du prix de l'énergie, mais l'avait rejetée.

Il obtenait également une baisse du prix avec le temps afin de se trouver dans une situation similaire à celle dans laquelle il aurait été s'il avait construit sa propre centrale.

La Cour d'appel du Québec raisonne également en termes de bonne foi. Elle estime que la bonne foi renvoie à deux devoirs distincts, à savoir la loyauté et la coopération. Elle se demande alors si HQ a eu une attitude contraire à la bonne foi en ne veillant pas aux intérêts de son cocontractant. Elle répond à cette question par la négative, estimant que ce principe ne suppose pas de « sacrifier en tout ou en partie ses intérêts propres¹²⁷³. En outre, elle estime que la relation entretenue entre les parties dans le cadre de leur entente n'a pas un caractère relationnel suffisant justifiant une obligation de coopération exigeante¹²⁷⁴. La Cour estime donc que HQ « doit se garder de l'induire en erreur et de lui nuire dans l'exécution de ses prestations, mais elle n'est pas tenue de se montrer prodigue à son endroit ni d'amorcer des négociations dans ce but ». Elle estime enfin que HQ n'a pas eu de conduite malhonnête ou déraisonnable.

La Cour d'appel rejette également, dans les faits de l'espèce, l'application de la théorie de l'imprévision. Cependant, elle se garde bien de la rejeter de manière absolue. Prenant pour définition les Principes d'Unidroit, elle estime que pour qu'il y ait situation d'imprévision, il est nécessaire qu'une circonstance imprévue entraîne une augmentation du coût de l'exécution ou une diminution de la valeur de la contre-prestation¹²⁷⁵. Dans ce cas, « la partie qui se verrait refuser un atermolement, un allègement de ses obligations, un réaménagement du contrat ou toute autre concession objectivement raisonnable et non préjudiciable du point de vue de son cocontractant, pourrait faire valoir devant le tribunal que ce cocontractant manque de la sorte aux exigences de la bonne foi : il se conduit de manière irrationnelle et inexplicable, en un mot déraisonnable »¹²⁷⁶. La Cour d'appel du Québec semble donc insinuer que si les conditions de l'imprévision sont remplies, le contractant subissant le changement de circonstances pourrait, si son partenaire refuse de renégocier les termes de l'engagement alors même que les propositions réalisées s'avéraient raisonnables et ne lui causaient pas de préjudice, prétendre à

¹²⁷³ *Id.*, par. 139.

¹²⁷⁴ *Id.*, par. 140 : « [o]r, malgré la durée certes fort longue du contrat d'énergie entre les parties, rien ne permet d'y déceler une composante « relationnelle » qui justifierait que l'on y introduise formellement une obligation de coopération [...] et en vertu de laquelle l'intimée ici serait tenue de s'appauvrir pour enrichir l'appelante ».

¹²⁷⁵ *Id.*, par. 152.

¹²⁷⁶ *Id.*, par. 155.

un remède judiciaire, et notamment l'obliger à renégocier¹²⁷⁷. Elle précise alors que l'imprévision et la notion d'abus seraient particulièrement proches.

La relation entre les parties était très claire, les parties n'étaient pas engagées dans une relation de coopération. En modifiant le contrat, et notamment les modalités du prix, la cour aurait privé HQ des avantages négociés lors de la conclusion de l'entente, à savoir la certitude des coûts ainsi que la protection contre l'inflation quant aux coûts d'exploitation, contrepartie des importants coûts financiers liés au projet. L'accord reflétait les prévisions légitimes des contractants. C'est, ici encore, sur la bonne foi et la relation contractuelle que la cour s'est fondée pour statuer.

Ces deux arrêts montrent bien que la notion de relation est liée à l'interprétation du contrat, à la notion de bonne foi ou encore aux obligations implicites. Elle permet de nourrir ces diverses notions afin de faire évoluer le contenu de l'accord.

¹²⁷⁷ *Id.*, par. 158 : « [h]ors les cas de véritable hardship [...], le principe général de bonne foi qu'énoncent les articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. n'est d'aucun secours à une partie qui fait face à la même situation que l'appelante ».

Conclusion du chapitre 2

La relation contractuelle a été théorisée par Macneil, à travers la théorie des contrats relationnels. Malgré les critiques de cette théorie, elle apparaît être à même d'expliquer les divers devoirs imposés aux contractants ou les pouvoirs octroyés au juge, et justifier une admission sélective des changements de circonstances. En effet, les devoirs comportementaux doivent être protégés et sanctionnés au même titre que les obligations contractuelles puisqu'ils font partie intégrante du contrat. L'intervention du juge apparaît alors nécessaire.

Suzanne Lequette, dans sa thèse sur le contrat-coopération, démontre bien que le lien interpersonnel, donc la relation contractuelle, joue un rôle important au sein du droit des contrats. Elle précise qu'un contrat-permutation peut se transformer en contrat-coopération, même si elle ne considère pas ces deux modèles de la même manière, notamment eu égard à la définition qu'elle donne du contrat-coopération. Elle met principalement en lumière les obligations incombant aux partenaires, que Macneil avait également précisées, leur imposant une obligation de coopération particulièrement exigeante, se prolongeant dans un devoir d'adaptation des termes de l'engagement.

On voit alors aujourd'hui une multiplication de modèles contractuels prenant en considération la relation entre les contractants pour les caractériser. Qu'il s'agisse du contrat d'intérêt commun, du contrat de confiance ou encore, parmi tant d'autres, du contrat de dépendance, tous s'attachent à mettre la relation contractuelle au cœur de la définition de ces contrats.

En effet, « 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 par leur longue 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 »¹²⁷⁸.

Certaines caractéristiques sous-tendent la relation, et principalement son caractère évolutif, puisqu'elle ne peut être figée lors de l'échange des consentements, mais également son caractère nécessairement incomplet. Ces caractéristiques ont pour conséquence d'entraîner des obligations à la charge des partenaires afin de la pérenniser.

¹²⁷⁸ J. ROCHFELD, préc., note 96, par. 22.

Ainsi, les normes de coopération et de flexibilité sont intimement présentes dans ces relations puisque ces derniers sont incomplets et évolutifs. Comme l'ont démontré la théorie du don agonistique et le marketing relationnel, la relation a une valeur en soi et la coopération, même entre rivaux, est nécessaire à la satisfaction des intérêts en présence. La coopération est également au cœur de la thèse de Suzanne Lequette, qui en fait une norme dans le contrat-coopération. C'est principalement à travers cette coopération, qui doit être obligatoire et réciproque, que le contrat pourra pleinement satisfaire chacun des partenaires. Même s'il est préférable qu'elle se fasse de manière volontaire, la coopération peut être forcée et obligée par un tiers au contrat, notamment le juge. C'est donc à travers la renégociation et l'adaptation des termes de l'accord que la pérennité de la relation pourra se faire.

Le contrat relationnel, dont l'objectif est le maintien de la relation, a donc pour fonction de permettre une coopération accrue entre les partenaires, y compris par un recours au juge. Les contrats relationnels ou les contrats-coopération contiennent intrinsèquement de l'imprévision, ce qui nécessite d'obliger les partenaires à respecter les normes de coopération et de flexibilité. L'imprévision pourrait alors être fondée sur la relation, afin d'être admise de manière sélective, lorsque la relation des partenaires le permet.

Conclusion du Titre 2

La notion de relation, bien qu'inconnue du Code civil, semble faire son chemin en droit, qu'il s'agisse de la théorie du droit ou encore du droit spécial. Ce concept échappe aux catégories juridiques traditionnelles, et transcende tout le droit des contrats, permettant au juge de moduler la qualification et les devoirs afférents à cette dernière.

« Dans le contrat transactionnel, la normativité est, en principe, promissoire (confinée à l'échange explicite des promesses), statique (fixée de façon intangible dans l'accord initial), individualiste (commandée par la logique de l'intérêt individuel bien compris), et conventionnelle (limitée aux obligations que les parties ont voulu assumer l'une à l'égard de l'autre). Dans le contrat relationnel, la normativité est non promissoire autant que promissoire puisqu'elle englobe toutes les obligations implicites qui tiennent à la nature de la relation des parties et aux exigences objectives de la coopération. Elle est dynamique comme la relation évolutive dont elle participe. Elle est associative parce qu'imprégnée des valeurs de mutualité, de solidarité et de recherche coopérative d'un profit commun sans lesquelles le maintien d'une structure de coordination économique est impossible. Elle est finalement sociale en tant qu'elle englobe les règles et valeurs du milieu social et politique que les parties ont dû intégrer parmi les normes de la relation »¹²⁷⁹.

La reconnaissance de relation semble alors permettre l'adoption d'un régime juridique différent, en permettant de distinguer les contrats dans lesquels les parties ne cherchent qu'à réaliser un pur échange, et ceux dans lesquels un véritable lien est créé. La théorie des contrats relationnels et la notion de relation commerciale établie ou encore le contrat-coopération sont très proches, les critères pris en considération pouvant aisément se rapprocher, Macneil donnant des critères théoriques, et la jurisprudence permettant de donner une certaine consistance à ces derniers. La thèse de Suzanne Lequette met en exergue les obligations découlant de ce lien interpersonnel.

Lorsque les partenaires collaborent, unissent leur force dans l'objectif de la réalisation de l'opération envisagée, leurs devoirs et obligations penchent du côté relationnel alors que lorsque les parties s'orientent vers le marché et la transaction, ils penchent du côté transactionnel.

La reconnaissance de la relation des contractants pourrait être la voie intermédiaire entre fixité et souplesse, admettant que chacune de ces théories s'applique à des liens contractuels d'intensité différents. La relation aurait donc une incidence : une certaine forme de solidarité

¹²⁷⁹ J.-G. BELLEY, préc., note 568 à la page 148.

viendrait compléter le contrat, s'insérant dans son contexte social¹²⁸⁰. Il y aurait un « basculement de la pensée scientifique individualiste, essentialiste et atomistique vers une pensée plus relationniste, contextualiste et systémique »¹²⁸¹.

Après avoir présenté la théorie relationnelle du contrat, le contrat-coopération et la notion de relation commerciale établie, il apparaît qu'une approche globale du lien unissant les parties est nécessaire afin de qualifier un lien entre les contractants. En effet, il s'agit d'une approche globale et casuistique du lien entre les contractants. En outre, ce n'est pas le contrat, en tant que tel, qui est l'objet essentiel des regards. Cependant, la notion de relation commerciale établie est limitée dans sa portée et repose sur le fondement des sanctions issues de la théorie classique. Quant au contrat-coopération, il apparaît être limité aux seuls accords mettant en relation des actifs complémentaire dans l'objectif de la réalisation d'un projet commun, excluant ainsi les contrats-permutation à exécution successive se transformant, sans clause contractuelle à cet effet, en contrat de coopération.

Le contrat relationnel, incomplet et perdurant dans le temps, contient intrinsèquement de l'imprévision. C'est donc principalement à travers le lien unissant les contractants que la théorie de l'imprévision pourrait être admise, comme obligation liée à son intensité, qui en deviendrait le fondement. Sans remettre en cause la sécurité des transactions, une admission « sélective »¹²⁸² ou « distributive »¹²⁸³ de l'imprévision pourrait voir le jour, gage d'une plus grande justice dans le contrat.

¹²⁸⁰ H. MUIR WATT, préc., note 97 à la page 176.

¹²⁸¹ M. MANDARD, préc., note 904, 2 (version électronique).

¹²⁸² J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, préc., note 155, p. 390.

¹²⁸³ H. BOUTHINON-DUMAS, préc., note 28.

Conclusion de la Première Partie

Les fondements à l'admission des changements de circonstances ont toujours posé problème, la doctrine proposant diverses notions afin de voir le juge reconnaître les bouleversements imprévisibles des circonstances. Le pouvoir réglementaire, en France, est intervenu afin de modifier le droit des contrats en admettant la révision du contrat pour imprévision. Les fondements invoqués précédemment ne semblent pas pouvoir, de manière unanime, justifier l'article 1195 nouveau du Code civil. Le droit comparé le montre avec évidence puisque plusieurs fondements sont proposés, sans universalité, même si la bonne foi revient de manière redondante.

Cependant, en observant le droit des contrats, il apparaît que les juges se fondent, pour imposer des devoirs aux contractants, ou reconnaître les opérations économiques dans leur ensemble, sur le lien unissant les partenaires ou les contrats. Ce lien a fait l'objet d'une reconnaissance légale, à travers la notion de relation commerciale établie et a été théorisé par la doctrine américaine, à travers le contrat relationnel et la doctrine française, grâce au contrat-coopération.

Malgré les reproches faits à ces conceptions de la relation, il apparaît qu'elle a une réelle valeur interprétative, justifiant l'imposition de comportements et la modification des termes de l'engagement dans les cas les plus complexes, afin de respecter la norme de coopération et de flexibilité. La relation contractuelle pourrait alors servir de fondement au changement de circonstances, sous couvert de bonne foi, permettant de déterminer le remède approprié en fonction de l'intensité du lien entre les partenaires, et justifiant ainsi une application sélective des changements de circonstances. Il convient à présent de tenter de déterminer le régime de l'imprévision.

Partie 2 – Le régime des changements de circonstances

Les changements de circonstances ne sont pas un phénomène isolé, ne s'étant produit que dans un pays déterminé, à un moment donné. De nombreux pays ont d'ores et déjà déterminé un régime au changement de circonstances.

Le droit international a également pris en compte les changements de circonstances. Des clauses¹²⁸⁴ ont été développées en la matière, sous divers noms, dont les plus connus sont les clauses de *hardship* ou de sauvegarde¹²⁸⁵. Enfin, des mécanismes d'uniformisation du droit privé ont vu le jour, notamment les principes Unidroit ou les Principes européens du droit du contrat ainsi que le Draft Common Frame of Reference et ont intégré dans leurs règles un mécanisme d'adaptation des contrats en cas de changement de circonstances¹²⁸⁶. Ces principes sont d'une grande utilité pratique et l'étude de leur application par les arbitres ou les juridictions nationales pourrait permettre de déterminer les éléments pris en compte en matière de changement de circonstances.

Deux principales questions se posent. « *A court faced with a claim of changed circumstance must deal with two questions. Is the change sufficient to justify relief, and, if so, what relief should be granted ?* »¹²⁸⁷. Ainsi, il est nécessaire d'appréhender tant le champ d'application que les effets des changements de circonstances.

La pertinence d'une approche comparative en matière de changement de circonstances provient du fait qu'elle permet d'apporter de nouveaux éléments tant sur la mise en œuvre que

¹²⁸⁴ Il ne sera pas fait référence à ces clauses dans l'étude, ces dernières étant exclues de son champ.

¹²⁸⁵ J. RINGUETTE, préc., note 128; Bruno OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de *hardship* », (1974) 101 *Clunet* 784; J.-M. GUILLOT, préc., note 128; M. C. de A. PRADO, préc., note 128.

¹²⁸⁶ Article 6.2.1 et suivants des principes UNIDROIT disponible sur <http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-f.pdf>, article 6:111 des Principes européens du droit du contrat, et article III. 7 : 110 du Draft common frame of reference.

¹²⁸⁷ V. P. GOLDBERG, préc., note 1019, 528.

sur l'interprétation¹²⁸⁸ des diverses conditions et effets des changements de circonstances. En outre, la comparaison des droits permet également de relativiser les catégories et concepts juridiques de son propre droit en admettant qu'il ne s'agit que d'une conception du droit parmi d'autres. En effet, il s'agit de « dire que le droit est trop souvent porteur de l'idée selon laquelle la façon de penser nationale, celle qui correspond aux catégorisations ou classifications les plus fondatrices d'un système juridique est la seule possible »¹²⁸⁹. Que se passe-t-il ailleurs¹²⁹⁰ ? C'est donc principalement grâce au droit étranger que nous chercherons le régime juridique des changements de circonstance, à savoir les conditions d'application (Titre 1), puis les remèdes (Titre 2).

¹²⁸⁸ M.-C. PONTHEUREAU, préc., note 52; Pierre LEGRAND, *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009; KONRAD ZWEIGERT et HEIN KÖTZ, préc., note 51; RODOLFO SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991; Rodolfo SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, UTET, 1994; Antonio GAMBARO, *Le droit de l'occident et d'ailleurs*, Paris, L.G.D.J., 2011; Antoine GARAPON, *Juger en Amérique et en France : culture juridique française et common law*, Paris, OJacob, 2003; Pascal RICHARD, *Le jeu de la différence : réflexions sur l'épistémologie du droit comparé*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2007; Frederick Henry LAWSON, *The comparison*, Amsterdam, North-Holland PubCo, 1977; REINHARD ZIMMERMANN et MATHIAS REIMANN, *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford ; Toronto, Oxford University Press, 2006; Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, Paris, L.G.D.J., 1972.

¹²⁸⁹ H. MUIR-WATT, préc., note 50, 522.

¹²⁹⁰ Seront pris en considération ici le droit anglo-américain, le droit italien et le droit allemand pour leur solution originale et le nouveau droit civil français, ainsi les principes Unidroit et les Principes européens du droit du contrat et le Draft common frame of reference pour leur influence sur les droits nationaux. La Convention sur Vente Internationale de Marchandise a été exclue, car elle n'admet pas un tel principe.

Titre 1 — Conditions d'application des changements de circonstances

Il est généralement reconnu des grandes familles de droit¹²⁹¹, qui se distingue en considération de leur système juridique et principalement sur le fait d'avoir un droit codifié ou jurisprudentiel¹²⁹². Cependant, il n'apparaît pas nécessaire de reprendre une telle classification. En effet, deux approches principales des changements de circonstances apparaissent sans considération à la famille de droit d'appartenance.

Dans certains cas, le régime des changements de circonstances est fondé sur la réalisation de l'objectif contractuel (Chapitre 2) alors que dans d'autres, une vision économique prévaut, et fonde ce régime sur l'équivalence économique entre les prestations (Chapitre 1). Ces deux conceptions des changements de circonstances influent sur l'interprétation à donner aux autres conditions, à savoir l'imprévisibilité et l'irrésistibilité des circonstances ou de ses conséquences.

¹²⁹¹ R. DAVID, préc., note 385.

¹²⁹² Même si la distinction apparaît de moins en moins claire aujourd'hui.

CHAPITRE 1 – Une vision économique des changements de circonstances

L'imprévision est généralement perçue comme la survenance d'évènement entraînant une exécution beaucoup plus onéreuse pour l'une des parties. Cette charge supplémentaire s'entend d'un point de vue économique. Il est nécessaire qu'économiquement la charge entraînée par les circonstances soit plus onéreuse. Cette vision domine autant certains droits nationaux (Section 1), que certains instruments supranationaux (Section 2).

Cependant, les changements de circonstances fondés sur une certaine équivalence des prestations imposent des conditions rigides, particulièrement difficiles à mettre en œuvre. Dans ces cas, l'imprévision est vue comme une exception au principe de la force obligatoire du contrat. Cette vision économique laisse toutefois en suspens la question de sa réelle application.

SECTION 1 – Le défaut d'équivalence des prestations en droits nationaux

L'Italie a été l'un des pays précurseurs en matière de changement de circonstances en les codifiant dès 1942. La réglementation sur l'*eccessiva onerosità* est assez détaillée. En effet, ce concept est limité tant en ce qui concerne les contrats soumis à son application que dans ses conditions de mise en œuvre (Paragraphe 1). En outre, il est à noter que les changements de circonstances sont pris en compte de manière particulière dans certains contrats, par exemple le contrat de construction¹²⁹³.

¹²⁹³ Article 1664 du Codice civile : « Qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione puo' esser accordata solo per quella differenza che eccede il decimo. Se nel corso dell'opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente piu' onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso ».

Les États-Unis ont également admis l'*impracticability*, qui correspond à une vision économique de l'imprévision. La section 2-615 du UCC la prévoit expressément (Paragraphe 2).

Ces deux exemples démontrent que les conditions d'application des changements de circonstances, entendus d'un point de vue économique, semblent plutôt rigides, dans le sens où ils seront admis de manière particulièrement rare.

Paragraphe 1 - L'onérosité excessive

L'alinéa premier de l'article 1467 du *Codice civile* prévoit que les circonstances doivent alourdir considérablement la prestation de l'une des parties. Il apparaît donc nécessaire de définir l'onérosité excessive (A). L'alinéa 2 du même article précise que le changement de circonstances ne doit pas entrer dans l'aléa normal du contrat, nécessitant de déterminer les caractéristiques des circonstances (B).

A. La définition de l'*eccessiva onerosità*

Pour être mise en œuvre, l'*eccessiva onerosità* suppose la conclusion de certains types de contrats (1), à l'exclusion de tous les autres. Le législateur n'a pas donné de définition de l'onérosité excessive, définition qui a été laissée aux juridictions (2).

1. Les contrats soumis à l'*eccessiva onerosità*

L'*eccessiva onerosità* ne s'applique qu'à certains contrats, à l'exclusion des autres¹²⁹⁴. Sont ainsi soumis à cette institution les contrats continus ou périodiques et à exécution différée¹²⁹⁵, les contrats synallagmatiques, les contrats instantanés étant exclus de son champ

¹²⁹⁴ Angelo RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità: art. 1467-1469*, Bologna; Roma, Zanichelli; Soc. ed. del Foro italiano, 2010, p. 43 : « [l]a risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, ai fini della sua applicazione, presuppone l'esistenza di un contratto a prestazioni corrispettive » puis p. 45 : « Il richiamo alla nozione di vantaggio e di sacrificio portò, come ulteriore conseguenza, a fare coincidere o identificare il contratto con prestazioni corrispettive con il contratto a titolo oneroso, ed il contratto con obbligazione di una sola parte con il contratto a titolo gratuito ». La référence à la notion d'avantage ou de sacrifice renvoie aux contrats à titre onéreux et ceux dans lequel une seule partie a des obligations, aux contrats à titre gratuit.

¹²⁹⁵ *Id.*, p. 56 : « [l]'art. 1467 limita l'applicazione della tutela ai soli contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita. Il rimedio risolutorio si applica dunque ai contratti la cui esecuzione è destinata a protrarsi nel tempo, vale a dire a contratti di durata in senso stretto, nonché a tutti i contratti con prestazione ad esecuzione differita anche parzialmente nel tempo ». L'article 1467 s'applique donc aux contrats à exécution continue ou périodique ou encore à exécution différée. Ce remède s'applique donc aux contrats dont l'exécution se prolonge dans le temps y compris aux contrats à exécution différée, même partiellement.

d'application¹²⁹⁶, conformément à l'article 1467 du *Codice civile*. Le point commun est qu'il est nécessaire qu'un certain laps de temps s'écoule entre sa conclusion et son exécution¹²⁹⁷. En outre, elle s'applique également aux contrats unilatéraux conformément à l'article 1468 du *Codice civile*.

L'article 1469 du *Codice civile* prévoit expressément que sont exclus de son champ d'application les contrats aléatoires par nature ou par la volonté des parties. Les contrats plurilatéraux ainsi que les contrats de nature associative sont également exclus¹²⁹⁸. Enfin, les articles 1467 et s. ne s'appliquent qu'aux rapports contractuels et avant-contrats. Il est donc nécessaire qu'il existe une relation contractuelle.

Les contrats déjà exécutés ne pourront être soumis à l'*eccessiva onerosità*, à moins que l'exécution ne soit que partielle¹²⁹⁹. Dans ce dernier cas, le contractant pourra demander la résiliation pour la partie n'ayant pas encore été exécutée¹³⁰⁰, le remède proposé n'ayant pas d'effet rétroactif et ne s'appliquant qu'aux obligations restant à exécuter¹³⁰¹. L'*eccessiva onerosità* trouve à s'appliquer lorsque les conséquences drastiques ont atteint seulement l'une

¹²⁹⁶ L. ANTONIOLLI, préc., note 448, p. 313; A. RICCIO, préc., note 1294, p. 69 : « [l']art. 1467 cod. civ. non si applica ai contratti ad esecuzione istantanea, vale a dire a quei contratti ad effetti reali immediati il cui adempimento si esaurisce, per ciascuna delle parti, nel compimento di un solo fatto, simultaneo alla conclusione del contratto o senza apprezzabile intervallo di tempo rispetto ad essa ». L'article 1467 ne s'applique pas aux contrats à exécution instantanée, ceux dont les effets s'accomplissent immédiatement. Il est donc nécessaire pour l'application de l'article 1467 qu'un certain laps de temps s'écoule.

¹²⁹⁷ Rodrigo A. MOMBERG URIBE, *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts*, 94, coll. *Ius commune europaeum*, Cambridge, Intersentia, 2011, p. 73.

¹²⁹⁸ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 424.

¹²⁹⁹ E. H. HONDIUS et H. C. GRIGOLEIT, préc., note 388, p. 120 : « *the excessively onerous obligation must not have been performed yet. Consequently, if the buyer has already received full payment, the remedy may not be invoked against the inflation that has accrued after the payment. Further, relief is not granted if the requesting party is in breach of contract, e.g., if the supervening event could have been avoided if the performance had been at the time agreed upon. Finally, according to Italian case law, the relevant change of circumstances must occur after the conclusion of the contract* »; A. RICCIO, préc., note 1294, p. 140 : « *si ritiene che non si possa applicare la risoluzione quando che la domanda abbia già eseguito la sua prestazione e l'onerosità sia sopravvenuta a detta esecuzione* ».

¹³⁰⁰ A. RICCIO, préc., note 1294, p. 65 : « *la giurisprudenza [...] ha invece statuito che l'esecuzione della controprestazione non esclude che possa divenire eccessivamente onerosa la prestazione ancora non eseguita. Anche quando la prestazione di una parte sia stata integralmente eseguita e quella dell'altra parte lo sia stata parzialmente, il contratto può essere assoggettato al rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità, se ancora de eseguire sia la prestazione du cui si lamenta l'eccessiva onerosità* », citant l'arrêt Cass, 13 décembre 1980, n. 6470 (Foro it, 1981, I, 713). L'*eccessiva onerosità* peut s'appliquer à partir du moment où l'une des prestations reste à exécuter, même partiellement et alors même que le partenaire aurait déjà lui-même exécuté.

¹³⁰¹ C. RENOUX, préc., note 163.

des prestations et non les deux ou encore lorsque seulement l'une des prestations reste à exécuter¹³⁰².

Le droit italien ne fait pas de distinction entre les contrats de longue durée et les contrats de courte durée. Seul est suffisant qu'un certain laps de temps se soit écoulé entre le moment de la conclusion du contrat et celui de son exécution.

« It should be noted that long-term contracts (e.g. supply or construction contracts) are subject to the above mentioned general rules, although the risk of extraordinary and unforeseeable events, which might have an impact on the contractual balance is much more important than in the instant (or discrete) transaction »¹³⁰³.

Les articles 1467 et suivants du *Codice civile* sont supplétifs de volonté et peuvent donc être exclus par les parties. Cette exclusion peut se manifester par la conclusion de clause *ad hoc* dans le contrat¹³⁰⁴. Dans ce cas, une partie de la jurisprudence estime que lorsque la clause ne permet pas de rééquilibrer le contrat, la partie victime du bouleversement en assume le risque. La *Corte di cassazione* a ainsi jugé, dans un contrat d'approvisionnement en eau que :

« il rimedio risolutorio non poteva operare neppure nel caso in cui i suddetti criteri fossero risultati in concreto inidonei ad assicurare il riequilibrio delle contrapposte prestazioni, dato che nell'indicata previsione convenzionale è implicita la volontà di assumere l'alea di quegli eventi sopravvenuti, per la parte non compensata dai meccanismi di adeguamento »¹³⁰⁵.

Cependant, une autre partie de la jurisprudence estime que l'*eccesiva onerosità* s'applique lorsque la clause conventionnelle ne fonctionne pas. Elle a pu jugé que :

« quando invece l'adeguamento preventivo, in ragione di eventi sopravvenuti del tutto eccezionali, nella loro natura o nella loro portata, risulti in concreto inadeguato o inidoneo a preservare l'impegno economico dedotto nell'affare, il rimedio legale può ragionevolmente aggiungersi a quello contrattuale »¹³⁰⁶.

¹³⁰² R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 73 : « *partial performance or the performance of one or more of the instalments (but not all) does not preclude the application of eccessiva onerosità. It is not necessary that the deferred performance was established in the contract* ».

¹³⁰³ E. H. HONDIUS et H. C. GRIGOLEIT, préc., note 388, p. 120.

¹³⁰⁴ A. RICCIO, préc., note 1294, p. 38 : « *Le regole di cui agli art. 1467 e segg. cod. civ., non essendo norme di diritto pubblico, possono essere pertanto liberamente derogate dalle parti. I contraenti, infatti, possono escluderne l'applicazione, prevedendo l'evento straordinario e stipulando clausola ad hoc* ».

¹³⁰⁵ *Id.*, p. 40 citant Cass. 21 juin 1985, n. 3730 (Foro it, Mass. 1985). « Le mécanisme de résolution ne pouvait pas opérer dans les cas où les critères susmentionnés s'étaient révélés, in concreto, inaptes à assurer le rééquilibrage des prestations, puisque les prévisions conventionnelles indiquent la volonté implicite d'assumer l'alea de cet événement imprévu, pour la partie non compensée par des mécanismes d'adaptation » [traduction libre].

¹³⁰⁶ *Id.*, p. 41 citant Cass., 29 juin 1981, n. 4249 (Guir it, 1982, I, 673) : « lorsque, par contre, l'ajustement préventif, en raison d'événements intervenus de manière exceptionnels, dans leur nature ou dans leur portée, se révèle, dans les faits, inadéquat ou inapte à préserver l'engagement économique des parties, le remède légal peut raisonnablement venir compléter le remède conventionnel » [traduction libre].

La détermination de la validité des clauses *ad hoc* permettant d'exclure l'application des changements de circonstances n'est pas remise en cause. Cependant, la jurisprudence n'est pas unanime quant à l'application de l'*excessiva onerosità* lorsque la clause ne permet pas de rétablir l'équilibre contractuel. Il convient à présent de définir l'onérosité excessive.

2. La définition de l'onérosité excessive

« Il ne s'agit pas de n'importe quelles circonstances. Ainsi, en Italie, la prestation de l'une des parties doit être devenue, à la suite d'évènements exceptionnels et imprévisibles, "d'une excessive onérosité" »¹³⁰⁷.

À défaut de critères législatifs précis concernant la définition de l'onérosité excessive, la doctrine a eu à les développer et on constate une certaine unanimité à ce sujet. Les juridictions font abstraction des conditions particulières eu égard au débiteur et à l'obligation, et cherchent à savoir si l'augmentation de la charge invoquée par le débiteur le serait également pour tous les débiteurs subissant une telle situation¹³⁰⁸, appliquant ainsi « des critères strictement objectifs »¹³⁰⁹. « L'*excessiva onerosità* est la rupture du rapport d'équilibre économique entre les deux enrichissements des parties, c'est-à-dire qu'il y a eu un déséquilibre excessif entre l'utilité de la prestation et l'utilité de la contre-prestation »¹³¹⁰. Il est nécessaire qu'il y ait une variation de l'équilibre économique. Les juridictions italiennes retiennent donc une conception objective de l'onérosité¹³¹¹.

*« Although Art. 1467 CC mentions the 'excessive burden of the performance', according to Italian case law the balance between the performance of the respective parties may be affected by an increase of the cost of performance as well as by the loss of the value of the agreed counter-performance »*¹³¹².

L'accent est mis sur le déséquilibre des prestations résultant du bouleversement des circonstances. Le droit italien, à travers le concept d'*excessiva onerosità*, insiste donc plus sur

¹³⁰⁷ C. JAUFFRET-SPINOSI, préc., note 103 à la page 16 et s.

¹³⁰⁸ A. RICCIO, préc., note 1294, p. 161 : "[/]la giurisprudenza, conformemente alla dottrina, ha statuito che « la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta non può essere esclusa per la situazione soggettiva in cui versi il debitore, devendosi invece guardare alla prestazione oggetto del contratto » ».

¹³⁰⁹ M. C. de A. PRADO, préc., note 128, p. 64.

¹³¹⁰ C. RENOUX, préc., note 163.

¹³¹¹ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 78 : « [w]ith regard to excessive onerosness, legal doctrine has agreed that its measurement should be based on objective criteria and not in the subjective situation of the specific party. However, there is no agreement about the concept and the extension of excessive onerosness ».

¹³¹² E. H. HONDIUS et H. C. GRIGOLEIT, préc., note 388, p. 121.

l'imprévisibilité des conséquences économiques sur le contrat que sur le bouleversement du fondement contractuel prévu initialement par les contractants.

Cependant, la notion d'excessivité reste tout de même floue. Il s'agit ici de savoir si l'augmentation de la charge pour le débiteur de l'obligation dépasse les limites de l'aléa normal lui incombant en vertu des termes initiaux du contrat. Il ne s'agit pas d'une diminution ou d'une augmentation du gain escompté, mais bien d'une perte¹³¹³.

« *Per valutare l'eccessiva onerosità e, dunque, l'eccessivo squilibrio tra le prestazioni, si suole fare riferimento alla moneta che, quale unità di misura idonea ad indicare il mutamento di valore della prestazione, rappresenta un tertum comparationis* »¹³¹⁴. Ainsi, l'unité de mesure de la valeur du déséquilibre sera donc légale. Pour être admise, l'onérosité excessive devra être quantifiable économiquement. Une prestation sera considérée comme excessivement onéreuse lorsqu'un déséquilibre significatif apparaîtra entre la valeur ou le coût économique des prestations, prenant en considération autant la discordance de valeur originaire que le coût de la contreprestation¹³¹⁵. Il s'agira d'une « comparaison de la valeur économique des prestations et des contre-prestations »¹³¹⁶. L'onérosité excessive comprend donc les cas d'augmentation du coût de la prestation, mais également la diminution de la valeur de la contreprestation¹³¹⁷, à savoir une augmentation de l'engagement économique du débiteur ou une altération de l'équilibre contractuel¹³¹⁸. Le changement de circonstances doit avoir un impact directement sur l'exécution du contrat et être significatif, c'est-à-dire qu'il doit excéder l'aléa normal.

¹³¹³ L. ANTONIOLLI, préc., note 448, p. 313 et s.

¹³¹⁴ A. RICCIO, préc., note 1294, p. 135 qui précise : « [p]our évaluer l'onérosité excessive et, par conséquent, l'excessif déséquilibre entre les prestations, il est de coutume de se référer à la monnaie qui, comme unité appropriée pour indiquer la variation de valeur entre les prestations, représente un tertum comparationis » [traduction libre].

¹³¹⁵ *Id.*, p. 136 : « [u]na prestazione deve considerarsi divenuta eccessivamente onerosa, quando si sia verificato un significativo squilibrio tra il valore or il costo economico delle prestazioni, tenuto conto, sia del divario del valore o del costo originario della prestazione rispetto a sé stessa, sia del divario del valore o del costo originario di scambio delle controprestazione ».

¹³¹⁶ M. C. de A. PRADO, préc., note 128, p. 64.

¹³¹⁷ A. RICCIO, préc., note 1294, p. 136 : « [l]'eccessiva onerosità, dunque, sussiste sia quando vi sia un particolare aggravio di valore di una prestazione rispetto all'altra, sia quando si determini una eccezionale diminuzione del valore reale della controprestazione ».

¹³¹⁸ *Id.*, p. 140 : « [u]na significativa diminuzione del valore effettivo della controprestazione, dovuta per lo più alla svalutazione monetaria, comporta pur sempre una maggiore onerosità, ossia un maggiore sacrificio economico cui deve sottostare l'altra parte e con esso un'alterazione dell'equilibrio contrattuale ».

L'article 1467 du *Codice civile* parle d'onérosité de la prestation. Cependant, étant donné qu'il est fait référence au déséquilibre entre la valeur actuelle et la valeur originale, mais qu'il est aussi fait référence à l'équilibre entre la prestation et la contreprestation, la dévalorisation de la contreprestation est également prise en considération pour l'application de l'article 1467 du *Codice civile*¹³¹⁹.

Assez récemment, la doctrine italienne a cherché à distinguer entre l'onérosité directe et l'onérosité indirecte. En effet, « *the onerosness is direct when it directly concerns the performance of the party who invokes the remedy and indirect when it concerns the performance of the counter-party* »¹³²⁰. Cette distinction permet de savoir si le contractant peut invoquer l'*eccessiva onerosità*. En effet, en cas d'onérosité directe, c'est le contractant devant exécuter qui ne pourra pas invoquer le bénéfice des changements de circonstances s'il a déjà exécuté ses obligations. Par contre, en cas d'onérosité indirecte, c'est la partenaire qui ne pourra pas invoquer l'*eccessiva onerosità* s'il a déjà reçu la prestation, notamment un paiement, et ce malgré la dévaluation.

Une fois définie l'onérosité excessive, il importe de s'intéresser aux caractéristiques des circonstances.

B. Caractéristiques des circonstances

Pour que l'*eccessiva onerosità* soit admise, les circonstances ayant entraîné le déséquilibre des prestations doivent être imprévisible (1) et non-imputable au débiteur (2).

1. Imprévisibilité des circonstances

L'*eccessiva onerosità* doit résulter d'un évènement imprévisible et extraordinaire¹³²¹. Cette condition peut être interprétée de façon extrêmement large. Cependant, la *Corte di Cassazione* exige la preuve d'un lien de causalité entre l'évènement entraînant la charge excessive et l'aggravation de la situation économique.

¹³¹⁹ *Id.*, p. 139 : « [l']art. 1467 cod. civ., parlando di onerosità "della prestazione", non sembrerebbe abbracciare l'ipotesi dello svilimento della controprestazione, ma l'interprete, sovrapponendo parzialmente alla nozione di "squilibrio fra il valore attuale, e il valore originario, della prestazione dovuta" la nozione di "squilibrio fra la prestazione dovuta e la controprestazione dovuta" equipara alla sopravvenuta onerosità della prestazione del debitore il sopravvenuto svilimento della controprestazione ».

¹³²⁰ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 78.

¹³²¹ A. RICCIO, préc., note 1294, p. 179.

« Un évènement est imprévisible si, lors de la formation du contrat, un homme normal, placé dans les mêmes circonstances (devant le même contrat, dans le même secteur d'activité) ne devait pas considérer comme probable la survenance de cet évènement »¹³²². Cependant, même si l'imprévisibilité de l'évènement à un caractère subjectif, cela ne signifie pas qu'il faille prendre en compte le point de vue du contractant désavantagé. Les cours réfèrent plutôt à des critères plus objectifs, tels que la qualité de la partie, la nature du contrat, les circonstances entourant sa conclusion ou les conditions du marché notamment¹³²³.

L'extraordinaire de l'évènement renvoie à l'aléa normal du contrat. Le droit italien souligne, en effet, que l'évènement ne doit pas entrer dans la normalité et dans la régularité.

*« The test of the 'extraordinary and unforeseeable' character of the event may be conducted on a case by case basis : regular inflation does not generally represent the disrupting event or the circumstances provided for by the mentioned rule ; however, the rate of inflation (rather than inflation itself) could be extraordinary and unforeseeable »*¹³²⁴.

Le caractère extraordinaire de l'évènement renvoie à une analyse objective, prenant en compte la fréquence, l'ampleur et l'intensité de la survenance d'un tel évènement¹³²⁵, et ce, de manière mathématique ou statistique¹³²⁶. Le caractère imprévisible de l'évènement renvoie à une analyse subjective, tenant compte des connaissances des parties, et renvoyant à la capacité d'un homme raisonnable, de diligence moyenne¹³²⁷.

Dans les deux cas, les juridictions ont estimé qu'il était nécessaire de tenir compte du comportement des contractants, en prenant pour base d'interprétation un homme raisonnable

¹³²² D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 426; C. RENOUX, préc., note 163, p. 71.

¹³²³ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 75.

¹³²⁴ L. ANTONIOLLI, préc., note 448, p. 314.

¹³²⁵ Rodrigo A. MOMBERG URIBE, « Change of circumstances in international instruments of contract law. The approach of the CISG, PICC, PECL and DCFR », (2011) 15 *Vindobona J. Int. Commer. Law Arbitr.* 233, 252 citant un arrêt de la Corte di cassazione, du 23 février 2001, n. 2661: « *the extraordinary character of the event has an objective nature and is described according to the consideration of elements such as its frequency, its magnitude, its intensity, etc., and is likely to be measured, so as to permit, through a quantitative analysis, at least statistical classifications [...]* » [traduction de l'auteur].

¹³²⁶ A. RICCIO, préc., note 1294, p. 182 et s. : « [i]l criterio della straordinarietà è sicuramente di natura obbiettiva, rilevabile in base ad analisi quantitative di natura statistica, relative alla frequenza, alle dimensioni, all'intensità ».

¹³²⁷ *Id.*, p. 183 : « [i]l criterio dell'imprevedibilità ha invece un carattere soggettivo, in quanto attiene alla fenomenologia della conoscenza, ma deve essere valutato secondo criteri obiettivi, riferiti ad una normale capacità e diligenza media, avuto riguardo alle circostanze concrete del caso sussistenti al momento della conclusione del contratto, non essendo sufficiente l'astratta possibilità dell'accadimento ».

placé dans les mêmes circonstances, sans pour autant remettre en cause la distinction doctrinale entre le caractère imprévisible et le caractère extraordinaire¹³²⁸.

Cependant, la jurisprudence italienne a admis que l'*eccessiva onerosità* pouvait s'appliquer même lorsque l'évènement était prévisible, à partir du moment où les conséquences de cet évènement ont une intensité imprévisible. L'*eccessiva onerosità* a pu être admise lors de forte dépréciation monétaire¹³²⁹. Cependant, la survenance de l'évènement ne doit pas entrer dans la sphère des risques de la partie victime du déséquilibre.

Après les années 1960, la *Corte di cassazione* a admis la possibilité que l'inflation et la dévaluation puissent être considérées comme des évènements imprévisibles et extraordinaires, à partir du moment où ils dépassent les risques normaux assumés par les contractants¹³³⁰. Ainsi, la *Corte* reconnaît que l'évènement peut être extraordinaire et imprévisible, mais également que les conséquences de ce dernier puissent également être prises en compte si elles ont les mêmes caractéristiques.

2. Non-imputabilité des circonstances

En Italie, de la même manière que dans tous les autres droits, le débiteur ne peut se prévaloir de sa propre turpitude, la réalisation du dommage ne devant pas résulter du comportement d'un des partenaires. La doctrine et la jurisprudence, de manière unanime, refusent l'application de l'*eccessiva onerosità* lorsqu'il existe une relation causale entre le comportement d'un contractant et le changement de circonstances, même si cette caractéristique n'est pas prévue explicitement par l'article 1467¹³³¹. Ainsi, lorsque le retard dans l'exécution est dû au fait du débiteur¹³³², ou lorsqu'il a commis une faute, il ne pourra

¹³²⁸ M. C. de A. PRADO, préc., note 128, p. 63 précisant que la Corte di Cassazione a statué, dans son arrêt du 15 décembre 1984 que « *considerando la capacità di previsione dell'uomo medio, alla strefua della situazione esistente al momento della conclusione del preliminare* » [traduction libre de l'auteur: « la prévisibilité se mesure à partir de la capacité de prévision de l'homme moyen dans une situation équivalente considérée au moment de la conclusion de l'affaire »].

¹³²⁹ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 428 citant l'arrêt Cass., 5 février 1982, Mass. Giur. it. 1982 c. 173. M. C. de A. PRADO, préc., note 128, p. 64 citant le même arrêt.

¹³³⁰ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 76.

¹³³¹ M. C. de A. PRADO, préc., note 128, p. 62; R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 74 : « *[a]lthough it is not expressly mentioned in article 1467, Italian legal doctrine and case law have agreed that the supervening events and their consequences for the contract should not have been attributable to the debtor's behaviour. That is the case, for instance, if the eccessiva onerosità derives from a fault on the part of the debtor, or if he could have avoided its effects* ».

¹³³² D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 417.

demander le bénéfice de l'*excessiva onerosità*, sauf si le délai est justifié, notamment par un délai de grâce.

En outre, les Cours refusent d'appliquer le concept d'*excessiva onerosità* lorsque l'évènement entre dans l'aléa normal du contrat, ce qui le met à la charge d'un des contractants¹³³³. Ainsi, la détermination de l'onérosité excessive est un paramètre quantitatif alors que la détermination de l'aléa normal du contrat serait un paramètre qualitatif puisqu'il réfère à la fonction de la nature du contrat¹³³⁴.

*« Closely linked to the concept of 'excessive' burden is the provision contained in Art. 1467 (2) CC, according to which dissolution cannot be demanded if the supervening onerousness is part of the 'normal' risk of the contract. This restriction is justified by the risk which each party assumes. Such a risk is implied as the law must limit any remedy aimed at modifying or setting aside a contract »*¹³³⁵.

Dans un arrêt du 19 octobre 2006, la *Corte di cassazione* a estimé, concernant un contrat concession de location de voitures, dont une clause du contrat prévoyait une redevance annuelle fixe sans prise en considération des revenus réalisés par l'entreprise, que l'*excessiva onerosità* ne pouvait être admise. Le concessionnaire souhaitait obtenir l'annulation du contrat pour *excessiva onerosità* en invoquant que la redevance était disproportionnée par rapport aux profits réalisés par la concession, ces derniers étant inférieurs aux prévisions des parties. La *Corte* estime qu'un simple déséquilibre n'est pas suffisant pour établir l'*excessiva onerosità*, le déséquilibre devant être la conséquence de circonstances extraordinaires et imprévisibles. Cette condition n'est pas remplie en l'espèce puisque le faible revenu de l'exploitation ne provient pas d'un développement anormal du marché. En outre, étant donné la clause de redevance fixe, le concessionnaire avait assumé le risque des variations de résultat de l'entreprise¹³³⁶.

Enfin, l'insertion de clauses particulière dans le contrat, notamment une clause d'indexation, d'échelle mobile ou de prix fixe, n'empêche pas l'application de la doctrine de l'*excessiva*

¹³³³ A. RICCIO, préc., note 1294, p. 164 : « [l']art. 1467 cod. civ. dispone che la risoluzione non può essere *domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto* ».

¹³³⁴ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 79.

¹³³⁵ E. H. HONDIUS et H. C. GRIGOLEIT, préc., note 388, p. 122 précisant également que : « [p]ursuant to the above rule and doctrine of the normal risk, a request for the dissolution of the contract has always been rejected by the courts if the alteration of the contractual balance did not exceed the foreseeable fluctuation of the market values, which included a certain degree of inflation. It is clear that any application of the said rule and/or the doctrine of the normal risk of the contract presupposes an extraordinary and unforeseeable character of the events ».

¹³³⁶ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 76 citant Cass. civ. Sez. III, 19 octobre 2006, n. 22396.

onerosità, à partir du moment où l'évènement est si exceptionnel et imprévisible, qu'il vient contredire le contrat dans son entier, y compris la clause en question.

Cependant, le droit italien connaît également un concept plus large, ne renvoyant pas exclusivement au déséquilibre des prestations, mais prenant en charge l'objectif convenu par les parties et permettant de remédier, dans ce cas, à un bouleversement des circonstances.

C. La presupposizione du droit italien

La jurisprudence italienne a admis, depuis 1932, la doctrine de la *presupposizione*¹³³⁷. Ainsi, les parties peuvent se prévaloir d'une erreur sur les motifs, lorsque ceux-ci sont à l'origine de l'engagement contractuel de l'une des parties, à la condition qu'il soit connu et non contesté de l'autre. L'erreur n'est pas entendue exclusivement comme vice du consentement, car si l'élément disparaît après la formation du contrat, la jurisprudence admet également un remède. La *presupposizione* peut se produire au moment de la formation du contrat comme au moment de l'exécution de celui-ci.

« [U]n pont est parfois jeté entre cette notion de *presupposizione* traitée dans le sillage des vices du consentement et le problème particulier de la révision pour imprévision, soit que l'article 1467 du *Codice civile* soit présenté comme une application particulière de la *presupposizione* [...] soit que les solutions jurisprudentielles appliquant cette notion soient présentées comme une application analogique des dispositions de l'onérosité excessive »¹³³⁸.

La *presupposizione* a été admise par un arrêt de la *Corte di Cassazione* du 15 février 1932 qui précise que « [l]a *presupposizione* est cette circonstance ou cet évènement qui, bien que non prévu expressément, constitue toujours une partie du contenu évolutif, en en limitant l'efficacité »¹³³⁹.

La *presupposizione* est une reprise de la théorie de Windscheid concernant la *Geschäftsgrundlage*, même si elle a subi quelques aménagements¹³⁴⁰. Cependant, son

¹³³⁷ L. ANTONIOLLI, préc., note 448, p. 54 : « [t]he concept of *presupposizione*, which is similar to the idea of *hardship* [...] is judge-made law, since there is no explicit rule providing for it ».

¹³³⁸ P. ANCEL et R. WINTGEN, préc., note 396.

¹³³⁹ C. RENOUX, préc., note 163, p. 158; D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 442.

¹³⁴⁰ P. ANCEL et R. WINTGEN, préc., note 396 : « un pont est parfois jeté entre cette notion de *presupposizione* traitée dans le sillage des vices du consentement et le problème particulier de la révision pour imprévision, soit que l'article 1467 du *Codice civile* soit présenté comme une application particulière de la *presupposizione* [...] soit que les solutions jurisprudentielles appliquant cette notion soient présentées comme une application analogique des dispositions de l'onérosité excessive ».

admission reste controversée, certaines décisions judiciaires niant son admission. En effet, la Cour d'appel de Milan, dans un arrêt du 12 avril 1957 précise que :

« le droit positif n'a pas accueilli le principe de la "presupposizione" d'après lequel une déclaration de volonté doit s'entendre comme conditionnée par la permanence d'un certain état de fait ou de droit existant au moment de la constitution du rapport contractuel, mais attribuée de l'importance au changement des conditions économiques dans les limites de l'art. 1467 ou 1468, c'est-à-dire lorsque le changement de l'état de fait existant est déterminé par des événements extraordinaires et imprévisibles produisant une altération de l'équilibre économique des prestations »¹³⁴¹.

Cette doctrine s'appuie sur le fondement contractuel (1) et nécessite également l'imprévisibilité des circonstances et leur non-imputabilité (2).

1. Définition du fondement contractuel

La *presupposizione* s'applique à tous types de relation contractuelle, qu'il s'agisse de contrats unilatéraux, à exécution instantanée ou successive, différée ou continue, ou encore aux contrats de droit privé conclu avec une autorité publique s'ils sont soumis au droit privé¹³⁴².

Dans un arrêt du 14 juin 1974, la *Corte di Cassazione* a défini la *presupposizione* de la manière suivante :

« [l]a *presupposizione* s'applique lorsqu'une situation de fait déterminée — qui est commune aux deux contractants, dont la survenance est indépendante de la volonté des parties et prend donc un caractère objectif, que l'on peut déduire du contexte du contrat et que les parties ont tenu présentes sans y faire explicitement référence, de manière à former le présupposé du contrat conclu — se révèle finalement distincte de celle qui était présupposée »¹³⁴³.

Il faut alors que le changement des circonstances, pour voir la *presupposizione* appliquée, rende impossible la réalisation de la situation présupposée, situation que les parties considèrent comme un élément essentiel de leur accord lors de sa conclusion, sachant que la réalisation du présupposé est considérée comme certaine par les contractants¹³⁴⁴.

Lorsque les parties ont fait une référence explicite aux circonstances, les juridictions excluent l'application de la *presupposizione*. Ce concept vise une situation de fait restée en dehors du

¹³⁴¹ C. RENOUX, préc., note 163, p. 159.

¹³⁴² M. C. de A. PRADO, préc., note 128, p. 73.

¹³⁴³ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 440.

¹³⁴⁴ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 86 précisant que la jurisprudence définit la *presupposizione* comme « *an unexpressed condition taken into account by both parties, which has an objective nature and whose existence, termination and occurrence are completely independent from the behaviour or the mere will of the parties and is not the subject of their specific obligations* ». L'auteur précise que cette définition a été reprise dans les arrêts suivants: Cass, 9 décembre 2002, n. 17534; Cass, 29 septembre 2004, n. 19563 et Cass. 21 novembre 2001, n. 14629.

champ contractuel. Les circonstances déterminantes du consentement ne doivent donc pas apparaître dans les termes de l'accord, mais doivent être tenues présentes pour les parties et former le présupposé du contrat¹³⁴⁵. Par exemple, dans un arrêt du 23 septembre 2004¹³⁴⁶, la *Corte di cassazione* a rejeté la demande de résiliation d'un contrat de construction d'usine de ciment suite au refus de délivrance du permis de construire puisque l'obtention dudit permis faisait partie des clauses contractuelles comme obligation du contractant¹³⁴⁷.

Ce présupposé est particulièrement délicat à vérifier pour les juridictions et complexe à déterminer. « Il faut, pour établir son existence, procéder à une analyse minutieuse du contexte du contrat, de l'échange préalable de correspondance ou de contrat préliminaire »¹³⁴⁸.

De la même manière que la *Geschäftsgrundlage*, la *presupposizione* peut s'appliquer lors de la formation du contrat ou lors de son exécution. Cependant, la différence entre la situation réelle et celle présupposée ne peut être invoquée que si cette distinction n'était pas connue par les partenaires.

Une fois déterminé le fondement contractuel, il apparaît nécessaire de mettre en lumière les caractéristiques des circonstances.

2. Caractéristiques des circonstances

La jurisprudence applique la *presupposizione* même lorsque les circonstances ne sont pas imprévisibles¹³⁴⁹. Les circonstances à prendre en considération pour permettre l'application de la *presupposizione* doivent être objectives, indépendantes de la volonté des parties¹³⁵⁰ et intervenues après la conclusion du contrat.

En outre, les contractants ne doivent pas avoir assumé le risque de discordance entre la situation réelle et la situation présupposée. L'imprévisibilité des circonstances n'apparaît donc pas comme une nécessité. Cependant, leur non-imputabilité à la partie victime des circonstances est nécessaire.

¹³⁴⁵ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 459.

¹³⁴⁶ Cass., 23 septembre 2004, n. 19144.

¹³⁴⁷ Arrêt cité dans R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 87.

¹³⁴⁸ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 459.

¹³⁴⁹ *Id.*, p. 463; R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 87.

¹³⁵⁰ M. C. de A. PRADO, préc., note 128, p. 73.

En matière de *presupposizione*, la définition de la *Corte di Cassazione* est plus précise que celle donnée par le *Bundesgerichtshof*, mais elle est pourtant moins exacte, dans le sens où elle oublie que « les circonstances présumées constituent souvent un élément ayant déterminé l'une des parties à contracter (et non les deux contractants), cette situation ayant été portée à la connaissance du cocontractant et non contestée par lui »¹³⁵¹. La *presupposizione* a une application plus large que la *Geschäftsgundlage*. Le terme utilisé par le droit italien semble également plus révélateur que celui de fondement du contrat, ce dernier permettant de mettre en lumière que l'élément étant à la base est sous-entendu par le contrat. La *presupposizione* ne peut donc pas « résulter de la seule interprétation d'un contrat qui est muet sur ce point »¹³⁵².

Le droit italien connaît donc deux concepts afin de prendre en considération les changements de circonstances. En effet, l'*eccessiva onerosità* va prendre en considération l'équilibre économique du contrat alors que la *presupposizione* va intervenir sur la réalisation de l'objectif des parties. Cependant, ces deux concepts ont des conditions d'application qui peuvent différer, même si, parfois, la *Corte di Cassazione* prend en compte celles de l'*eccessiva onerosità* lorsqu'elles ne sont pas en contradiction avec le concept de *presupposizione*. En outre, le défaut d'équilibre des prestations suppose la survenance d'un évènement imprévisible ou ayant des conséquences imprévisibles sur les prestations des parties alors que la *presupposizione* ne suppose la réalisation d'un évènement imprévisible. Le droit italien met donc en lumière les deux facettes des changements de circonstances.

Le droit américain connaît un concept proche de celui d'*eccessiva onerosità*.

Paragraphe 2 - L'impracticability du droit américain

Les juges américains n'ont jamais réellement été convaincus par la doctrine de la frustration, même s'il reconnaissent qu'elle est généralement acceptée¹³⁵³. Le UCC ne reconnaît pas explicitement cette institution. Les juges se fondent alors que la section 1-103 (b)¹³⁵⁴ ainsi que

¹³⁵¹ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 603.

¹³⁵² *Id.*

¹³⁵³ E. PEEL, préc., note 437; E. A. FARNSWORTH, préc., note 473; W. D. HAWKLAND et L. J. RUSCH, préc., note 496; G. H. TREITEL, préc., note 414; Nicholas R. WEISKOP, « Frustration of contractual purpose - Doctrine or myth? », (1996) 70 *St Johns Rev* 239.

¹³⁵⁴ « (a) The *Uniform Commercial Code* must be liberally construed and applied to promote its underlying purposes and policies, which are: (1) to simplify, clarify, and modernize the law governing commercial transactions; (2) to permit the continued expansion of commercial practices through custom, usage, and

sur l'arrêt Northern Indiana Public Service Co¹³⁵⁵. L'incertitude concernant les *implied terms* s'est ressentie dès le premier *Restatement* qui contenait seize sections sur la doctrine de l'impossibilité. Jusqu'à récemment, seule la Californie suivait cette doctrine, dont l'un des arrêts les plus marquants¹³⁵⁶, qui représente également l'un des plus libéraux en matière de changement de circonstances, est *Mineral Park Land Co v. Howard*¹³⁵⁷. Cet arrêt reste isolé dans la jurisprudence américaine et reflète une conception très large de la *frustration of purpose*. Par la suite, les Cours ont limité son ratio en indiquant qu'une augmentation des coûts, sans autre difficulté, ne suffisait pas à se voir excuser de ses obligations contractuelles. En droit américain, pour qu'un contractant soit exonéré de ses obligations, la *frustration* doit être combinée avec une autre difficulté¹³⁵⁸.

La notion de *frustration of purpose* est parfois confondue avec celle d'*impracticability*¹³⁵⁹. Les Cours, elles-mêmes, les confondent¹³⁶⁰. En effet, dans l'arrêt *Nora Springs*, la Cour précise que « [t]hus, the Code expressly recognizes the doctrine of 'commercial frustration' »¹³⁶¹. Cependant, elle applique la section 2-615 du UCC qui réfère à l'*impracticability* et non à la

agreement of the parties; and (3) to make uniform the law among the various jurisdictions. (b) Unless displaced by the particular provisions of the *Uniform Commercial Code*, the principles of law and equity, including the law merchant and the law relative to capacity to *contract*, principal and agent, estoppel, fraud, misrepresentation, duress, coercion, mistake, bankruptcy, and other validating or invalidating cause supplement its provisions". Voir également, pour le fondement de la frustration of purpose en droit américain sur la section 1-103 UCC, Sarah H. JENKINS, « Exemption for nonperformance: UCC, CISG, UNIDROIT Principles: a comparative assessment », (1998) 72-6 Tulane Law Rev. 2015-2030.

¹³⁵⁵ *Northern Indiana Public Service Co v. Carbon County Coal Co*, 799 F. 2d 265 (1986); Susan E. WUORINEN, « Northern Indiana Public Service Company v. Carbon County Coal Company: Risk Assumption in Claims of Impossibility, Impracticability, and Frustration of Purpose », (1989) 50 *Ohio State Law J.* 163; E. A. FARNSWORTH, préc., note 473, p. 634 et s.

¹³⁵⁶ H. O. HUNTER, préc., note 521, par. 19.3.

¹³⁵⁷ *Mineral Park Land Co v. Howard*, [1916] 172 Cal. 289. Dans cette affaire, le défendeur avait accepté de prendre une certaine quantité de gravier à un prix déterminé sur le terrain du plaignant, dans l'objectif de construire un pont. Après avoir pris la moitié du gravier, il se tourna vers une autre source, les graviers restant sur le terrain du plaignant se trouvant sous l'eau et le coût d'excavation et de séchage devenaient extrêmement élevés. Le propriétaire du terrain poursuivit le défendeur pour violation de ses obligations contractuelles. Cependant, la cour estima qu'étant donné l'extraordinaire augmentation des coûts, l'objectif du contrat était inexécutable et que, par conséquent, le défendeur était libéré de ses obligations. La cour appliqua donc la doctrine de la frustration of purpose, même si dans la présente espèce, il aurait été possible d'appliquer la doctrine de l'erreur, aucune des parties au contrat n'ayant connaissance de la présence de l'eau.

¹³⁵⁸ H. O. HUNTER, préc., note 521, par. 19.3.

¹³⁵⁹ G. H. TREITEL, préc., note 414, p. 309: « [f]rustration of purpose this resembles impracticability in that it can lead to discharge of contracts in cases failing short of impossibility; and for this reason the doctrines are sometimes regarded as equivalents, or are confused with each other. But they differ in that generally in cases of impracticability discharge is claimed by the supplier of the thing, service or facility which is to be supplied under the contract, while in case of frustration of purpose it is the recipient who claims that the contract has been discharged ».

¹³⁶⁰ *Id.*, p. 310.

¹³⁶¹ *Nora Springs Coop Co v. Brandau*, [1976] 247 N.W. 2d 744.

frustration. La doctrine a donc cherché à les distinguer. Certains considèrent que l'*impracticability* est une notion plus axée sur l'équilibre économique des prestations alors que la notion de *frustration* serait basée sur l'objectif poursuivi par les parties. Lorsque l'*impracticability* est invoquée, l'argument principal du plaignant est une augmentation des coûts de sa prestation, la rendant plus difficile ou onéreuse à exécuter. Par contre, lorsque la *frustration* est mise en avant, l'argument principal est le fait que les prestations, ou l'une d'entre elles sont devenues inutiles en vertu de l'objectif principal pour lequel le contrat a été conclu.

En outre, c'est la prestation de l'autre partie qui est devenue inutile pour la partie souhaitant être libérée de ses obligations en matière de *frustration* alors que c'est la prestation de la partie demandant la décharge qui est devenue plus onéreuse ou difficile à exécuter dans l'*impracticability*¹³⁶². L'évènement imprévisible ne contrarie pas les prévisions des parties de la même manière¹³⁶³.

La doctrine de l'*impracticability* a été synthétisée, afin de pallier au vide juridique¹³⁶⁴, dans le UCC 2-615, *Excuse by failure of presupposed conditions*¹³⁶⁵, ainsi que dans le *Restatement (Second) of Contracts*, §261, *Discharge by supervening impracticability*¹³⁶⁶. La reconnaissance

¹³⁶² E. A. FARNSWORTH, préc., note 473, p. 634 qui précise également que : « *the doctrine of impracticability of performance operates to the advantage of parties that are bound to furnish goods, land, services, or some similar performance, while the doctrine of frustration of purpose operates to the advantage of the parties that are to pay money in return for those performances* ».

¹³⁶³ G. H. TREITEL, préc., note 414, p. 313.

¹³⁶⁴ H. O. HUNTER, préc., note 521, par. 19.25.

¹³⁶⁵ James J. WHITE, *Uniform commercial code*, 5^e éd., StPaul, Minn, West Group, 2000, sect. 2-615 : « [e]xcept so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance : (a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be valid. (b) Where the causes mentioned in paragraph (a) affect only a part of the seller's capacity to perform, he must be allocate production and deliveries among his customers but may at his option include regular customers not then under contracts as well as his own requirements for further manufacture. He may allocate in any manner which is faire and reasonable. (c) The seller must notify the buyer seasonably that there will be delay or non-delivery and, when allocation is required under paragraph (b), of the estimated quota thus made available for the buyer ». Henry D. GABRIEL, *The ABCs of the UCC. (Revised) Article 2, Sales*, Chicago, American Bar Association, Section of Business Law, 2004, p. 114 : « [r]evised par. 2-615 permits a party to be excused from performance if it would be "impracticable" under the circumstances to enforce the contract. Impracticability arises upon the occurrence of a contingency the nonoccurrence of which was a basic assumption on which the contract was made [...]. In other words, a party may be excused only in the event of an occurrence so remote that neither party could have anticipated reasonably its occurrence ».

¹³⁶⁶ AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement (Second) of Contracts*, 11, coll. IN NT, 1981, par. 261 : « [w]here, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the

de l'*impracticability* a été considérée comme « *a new spirit* »¹³⁶⁷ en droit des contrats, spécialement pour les contrats de vente.

Le concept d'*impracticability* s'est séparé de la doctrine de l'impossibilité en ce qu'il entraîne l'application d'un standard moins stricte. Pour certains auteurs, il introduit de la subjectivité, car la possibilité d'exécution est toujours un facteur relatif aux circonstances de chaque espèce et le juge devra donc interpréter cette doctrine en se fondant sur la spécificité des parties, de leur prévision, mais également en fonction de l'évènement venant perturber la relation contractuelle¹³⁶⁸. Pour d'autres, ce concept n'est pas clairement défini par la loi uniforme, mais il donne tout de même un cadre analytique au juge afin de leur permettre d'appliquer cette doctrine¹³⁶⁹. Il est difficile de prévoir les cas dans lesquels l'*impracticability* sera admise, ce qui correspond largement aux objectifs de la section, qui souhaite permettre aux juges de rendre la justice. Ainsi, ils statueraient plus en équité qu'en droit, laissant de côté les règles strictes pour prendre en considération les positions relatives des parties¹³⁷⁰. « *Hardship is not grounds for excuse under English common law, but is captured within the American doctrine of impracticability* »¹³⁷¹.

Ainsi, malgré des fondements identiques, l'*impracticability* et la *frustration* se différencient en ce qui concerne tant leur définition que leurs conditions d'application.

« *These doctrines are distinguished most clearly by the circumstances they attempt to adress. Impracticability « focuses on occurrence which greatly increase the costs, difficulty or risk of the party's performance »*¹³⁷² *while frustration adresses a party's severe disappoinment caused by circumstances which frustrate his principal purpose for entering the contract »*¹³⁷³.

Il apparaît donc nécessaire de les distinguer, car la vision proposée par ces deux droits en ce qui concerne les changements de circonstances est particulièrement différente. Le concept

non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary ».

¹³⁶⁷ Richard E. SPEIDEL, « The new spirit of contract », (1982) 2 *J Comm* 193; Robert A. HILLMAN, « An analysis of the cessation of contractual relations », (1983) 68 *Cornell Rev* 617; L. A. DiMATTEO, préc., note 476, 267 et s.

¹³⁶⁸ H. O. HUNTER, préc., note 521, par.19.25.

¹³⁶⁹ G. T. McLAUGHLIN, préc., note 474, p.448.

¹³⁷⁰ H. O. HUNTER, préc., note 521, par. 19.45.

¹³⁷¹ L. A. DiMATTEO, préc., note 476, 261.

¹³⁷² *Aluminium Company of America v. Essex Group Inc.*, [1980] 499 F. Supp. 53.

¹³⁷³ H. Ward CLASSEN, « Judicial intervention in contractual relationships under the Uniform Commercial Code and Common Law », (1991) 42 *S. C. Law Rev.* 379, 397.

d'*impracticability*¹³⁷⁴ mérite d'être défini (Paragraphe 1) avant d'en étudier les éléments constitutifs (Paragraphe 2).

A. Définition de l'*impracticability*

Le champ d'application de l'*impracticability* a été étendu pour recouvrir un nombre croissant de situations (1). Elle nécessite pour sa mise en œuvre une exécution particulièrement onéreuse (2).

1. Les contrats soumis à l'*impracticability*

Les motifs de la rédaction du UCC 2-615 ont été expliqués de la manière suivante :

*« Thus, Professor Llewellyn apparently felt at the time he drafted section 2-615 that parties to a sales contract basically presuppose that the seller should be excused from his duty to perform where such performance has become commercially impracticable because of supervening circumstances not within the contemplation of the parties at the time of contracting; that the widespread use of force majeure clauses illustrates that such a presupposition generally exists; that such clauses are useful in any given contract to identify the kinds of supervening events, the nonoccurrence of constitutes a basic assumption upon which the particular contract was made; that such clauses ought to be given effect where the specified contingency has occurred and made performance commercially impracticable, because in that case, a contingency has happened, the non-happening of which was a basic assumption on which the contract was made; and that excuse can be granted even where there is no force majeure clause in the contract, upon proof that the parties assumed the non-occurrence of the contingency that has occurred and rendered performance impracticable »*¹³⁷⁵.

L'*impracticability* peut se définir¹³⁷⁶ comme : *« a contracting party may be discharged if, as a result of unexpected supervening events, performance of the contract, through remaining physically possible, has become severely more burdensome for that party »*¹³⁷⁷.

¹³⁷⁴ E. PEEL, préc., note 437, p. 881 : « [a] number of cases illustrate the view that “impracticability” is not generally sufficient to frustrate a contract in English law ».

¹³⁷⁵ W. D. HAWKLAND et L. J. RUSCH, préc., note 496 par. 2-615: 1 Background.

¹³⁷⁶ D'autres définitions sont également données de l'*impracticability*. Voir, entres autres, *Id.*, par. 2-615: Background: *« thus, Professor Llewellyn apparently felt at the time he drafted section 2-615 that parties to a sales contract basically presuppose that the seller should be excused from his duty to perform where such performance has become commercially impracticable because of supervening circumstances not within the contemplation of the parties at the time of contracting; that the widespread use of force majeure clauses illustrates that such a presupposition generally exists; that such clauses are useful in any given contract to identify the kinds of supervening events, the nonoccurrence of constitutes a basic assumption upon which the particular contract was made; that such clauses ought to be given effect where the specified contingency has occurred and made performance commercially impracticable, because in that case, a contingency has happened, the non-happening of which was a basic assumption on which the contract was made; and that excuse can be granted even where there is no force majeure clause in the contract, upon proof that the parties assumed the non-occurrence of the contingency that has occurred and rendered performance impracticable »*; R. S. SUMMERS, préc., note 500, p. 925 et s. et références citées.

¹³⁷⁷ G. H. TREITEL, préc., note 414.

Comme le précise Farnsworth, la règle du UCC s'applique dans les cas de contrats de vente, mais a été largement acceptée comme règle générale en matière contractuelle et est maintenant reprise dans le *Restatement (Second) of Contracts*. Elle a pour effet de protéger le vendeur des effets de circonstances commercialement imprévisibles ou de réglementations gouvernementales qui vont altérer la nature essentielle de l'exécution.

Le §261 du *Restatement (Second)* parle d'un évènement, alors que le UCC évoque une éventualité, un imprévu. Cependant, il a été accepté que ces deux termes renvoient à la même chose, c'est-à-dire un imprévu. Ni le UCC ni le *Restatement* ne définissent à quoi ces imprévus renvoient¹³⁷⁸. Le *Comment 2* du UCC 2-615 précise que les rédacteurs n'ont pas voulu donner plus de détails et que le terme s'appréciera en fonction des objectifs de la loi uniforme¹³⁷⁹. En outre, ces deux articles renvoient à des règles par défaut, c'est-à-dire qu'elles peuvent être modifiées par une stipulation expresse, telle qu'une clause de force majeure¹³⁸⁰. Enfin, ces articles ne s'appliquent qu'aux prestations futures et n'excusent en rien l'un des contractants qui aurait violé ses obligations en n'exécutant pas la prestation due. Dans ce cas, le cocontractant pourra toujours le poursuivre pour violation du contrat.

L'article UCC 2-615 parle explicitement du vendeur, mais ne fait absolument pas référence à l'acheteur. En effet, « *[u]pon the occurrence of an unforeseeable frustrating event, « a contingency whose non-occurrence was a basic assumption », only the seller's delay or nonperformance is excused* »¹³⁸¹. La question de savoir si ce dernier pouvait se prévaloir du UCC s'est donc posée. Dans le reste de la loi uniforme, le vendeur et l'acheteur sont traités sur un pied d'égalité. Il est difficile de concevoir que la section sur *l'impracticability* diffère du reste du UCC. En effet, il a été admis que toutes les parties contractantes pouvaient se prévaloir de cette doctrine même si elles ne sont pas toutes explicitement citées¹³⁸². Ceci s'explique par le fait que *l'impracticability* s'applique de façon encore plus rare à l'acheteur

¹³⁷⁸ L. A. DiMATTEO, préc., note 476, 268 : « *[i]t fails to provide any guidance as to the types of factors to be used in making the determination of the existence of an impracticable performance or basic assumption* ».

¹³⁷⁹ J. J. WHITE, préc., note 1365, cmt 2 : « *[t]he present section deliberately refrains from any effort at an exhaustive expression of contingencies and is to be interpreted in all cases sought to be brought within its scope in terms of its underlying reason and purpose* ».

¹³⁸⁰ *Eastern Air Lines v. McDonnell Douglas Corp.*, [1976] 532 F. 2d 957.

¹³⁸¹ S. H. JENKINS, préc., note 1354, 2022.

¹³⁸² *Syrov v. Alpine Resources Inc.*, [1992] 841 P. 2d 1279; *Engel Industries Inc. v. First American Bank*, [1992] 798 F. Supp. 9; *Lawrance v. Elmore Bean Warehouse Inc.*, [1985] 702 P. 2d 930; *Mextel Inc. v. Air-Shields Inc.*, [2005] 56 U.C.C. Rep. Serv. 2d 1; *Golsen v. ONG Western Inc.*, [1988] 5 U.C.C. Rep. Serv. 2d 605; G. T. McLAUGHLIN, préc., note 474.

qu'au vendeur, car sa seule obligation est le paiement d'une somme d'argent¹³⁸³. En outre, le commentaire 9 du UCC 2-615 parle explicitement de l'acheteur¹³⁸⁴.

D'après la doctrine américaine, pour que l'*impracticability* soit reconnue, quatre éléments doivent être démontrés¹³⁸⁵. Cependant, certaines jurisprudences ou certains auteurs n'en demandent que deux¹³⁸⁶, d'autres trois¹³⁸⁷. Les éléments dont il est question sont le minimum requis et malgré certaines divergences, quatre sont généralement pris en considération. Tout d'abord, l'évènement doit avoir rendu l'exécution « impraticable », c'est-à-dire beaucoup plus difficile, onéreuse à réaliser. Ensuite, les parties doivent avoir admis comme présupposé de base que cet évènement ne se produirait pas. Le troisième élément concerne le fait que la partie demandant à être excusée ne doit pas avoir participé à la réalisation de l'évènement. En effet, en cas de faute de l'une des parties, l'excuse ne peut pas lui être accordée. Enfin, ce même contractant ne doit pas avoir assumé le risque cause du déséquilibre.

Des conditions préalables sont nécessaires à la mise en œuvre de l'impracticability. En effet, l'arrêt *Alimenta*¹³⁸⁸ précise que pour se prévaloir de la doctrine de l'*impracticability*, le vendeur doit avoir notifié régulièrement à l'acheteur qu'il y aura un délai dans l'exécution ou qu'il n'y aura pas de livraison. Si l'*impracticability* affecte seulement une partie de la production ou des biens, le vendeur devra répartir sa production entre ces acheteurs et leur notifier cette distribution avec le quota dont chacun disposera.

¹³⁸³ Anderson on the Uniform Commercial Code; W. D. HAWKLAND et L. J. RUSCH, préc., note 496; *Nora prings Coop Co v. Brandau*, préc., note 1361; *Ressources Inv. Corp v. Enron Corp*, [1987] 669 F. Supp. 1038; *In re Brooks Shoe Mfg Co Inc.*, [1982] 21 B.R. 604; S. E. WUORINEN, préc., note 1355.

¹³⁸⁴ J. J. WHITE, préc., note 1365, sect. 2-615, cmt 9: « [o]n the other hand, where the buyer's contract is in reasonable commercial understanding conditioned on a definite and specific venture or assumption as, for instance, a war procurement subcontract known to be based on a prime contract which is subject to termination, or a supply contract for a particular construction venture, the reason of the present section may well apply and entitle the buyer to the exemption ». Voir également, H. D. GABRIEL, préc., note 1365, p. 115.

¹³⁸⁵ E. A. FARNSWORTH, préc., note 473, p. 625; Russ LEE, « Impracticability of performance of sales contract under UCC § 2-615 », (1998) 55 ALR 5th 1, par. 2a; Daniel T. OSTAS et Frank P. DARR, « Understanding commercial impracticability: Tempering efficiency with community fairness norms », *R.U.L.J.* 1996.27.343, 346; G. H. TREITEL, *An outline of the law of contract*, 6^e éd., Oxford; Toronto, Oxford University Press, 2004, p. 355.

¹³⁸⁶ *Alamance County Board of Education v. Boddy Murray Chevrolet Inc.*, [1996] 465 S.E. 2d 306.

¹³⁸⁷ H. O. HUNTER, préc., note 521, par. 19.25: « 1) the seller must not have assumed the risk of some unknown contingency; 2) the non occurrence of the contingency must have been a basic assumption underlying the contract and 3) the occurrence of that contingency must have made performance commercially impracticable ».

¹³⁸⁸ *Alimenta (USA), Inc. v. Gibbs Nathaniel (Canada) Ltd*, [1986] 802 F. 2d 1362.

2. Une exécution impraticable

Tout d'abord, il est nécessaire que l'évènement ait rendu l'exécution, tel qu'elle a été conclue, impraticable¹³⁸⁹. Le commentaire 1 du UCC 2-615 le précise très clairement et fonde, de cette exigence, la seconde, c'est-à-dire l'imprévisibilité de l'évènement¹³⁹⁰. Cependant, avant de déterminer si l'exécution est devenue commercialement impossible, il est nécessaire de déterminer qu'elle est la prestation de la partie demandant à être excusée¹³⁹¹. Cette détermination permettra de savoir si les parties avaient prévu des moyens d'exécution alternatifs, car, le contractant ne pourra être excusé que si tous les moyens d'exécution sont devenus impossibles à utiliser¹³⁹². Les parties doivent, en effet, utiliser tous les efforts raisonnables pour surmonter l'obstacle. L'exécution sera reconnue commercialement impossible si ces efforts n'ont pas permis la réalisation de la prestation.

*« While it may be an overstatement to say that increased cost and difficulty of performance never constitute impracticability, to justify relief there must be more of a variation between expected cost and the cost of performing by an available alternative than is present in this case, where the promisor can legitimately be presumed to have accepted some degree of abnormal risk, and where impracticability is urged on the basis of added expense alone »*¹³⁹³.

Les commentaires associés à ce critère montrent qu'il peut être assez simple d'application dans certaines conditions, par exemple, lorsque l'existence d'une certaine personne ou d'une certaine chose est au cœur du contrat et nécessaire à l'exécution. Par conséquent, leur

¹³⁸⁹ E. A. FARNSWORTH, préc., note 473, p. 625. H. D. GABRIEL, préc., note 1365, p. 114 : « [a] term of art, "impracticable" implies that performance is either truly impossible or so commercially unreasonable as to be deemed impossible ».

¹³⁹⁰ J. J. WHITE, préc., note 1365, sect. 2-615, cmt 1 : « [t]his section excuses a seller from timely delivery of goods contracted for, where his performance has become commercially impracticable because of unforeseen supervening circumstances not within the contemplation of the parties at the time of contracting. The destruction of specific goods and the problem of the use of substituted performance on points other than delay or quantity, treated elsewhere in this Article, must be distinguished from the matter covered by this section ».

¹³⁹¹ *Florida Power & Light Co v. Westinghouse Elec. Corp*, [1987] 826 F. 2d 239. En l'espèce, le demandeur réclamait des dommages-intérêts pour la violation d'un contrat d'enlèvement et d'élimination de déchets nucléaires. Au moment de la formation du contrat, un programme gouvernemental existait pour le traitement des déchets. Cependant, ce programme a été interrompu par la suite. Le défendeur refusait d'exécuter le contrat car il aurait subi une perte de 80 millions de \$, alors que les profits escomptés s'élevaient à 20 millions de \$. La Cour a estimé que l'arrêt du programme de traitement des déchets nucléaire était imprévisible et que l'exécution du contrat, par un moyen alternatif, représentait un coût déraisonnable et excessif.

¹³⁹² *Transatlantic Fin Corp v. United States*, préc., note 537. Cette détermination permettra de savoir si les parties avaient prévu des moyens d'exécution alternatifs, car, le contractant ne pourra être excusé que si tous les moyens d'exécution sont devenus impossibles à utiliser.

¹³⁹³ *Id.*. Dans cette affaire, la cour estima qu'une augmentation des coûts de 44.000\$ ne rendait pas le contrat commercialement inexécutable en comparaison du prix prévu au contrat, de 305.000\$ suite au changement de route lié à la fermeture du Canal de Suez.

disparition entraîne la libération des parties¹³⁹⁴. Il en est de même en ce qui concerne les fluctuations de marché ou l'incapacité financière de l'une des parties. Ces deux éléments ne sont généralement pas considérés comme des présupposés essentiels de la relation contractuelle et n'excusent pas les parties de leur exécution¹³⁹⁵.

Toutefois, ce critère est extrêmement large et donne un grand pouvoir d'interprétation au juge. En effet, la loi uniforme parle de perte « *especially severe and unreasonable* »¹³⁹⁶. Cette expression, grâce à sa grande flexibilité, permet de prendre en considération un grand nombre de cas. Certains arrêts américains ont admis qu'une augmentation des coûts pouvait excuser le cocontractant, notamment l'arrêt *Florida Power*¹³⁹⁷, même si, de manière générale, l'augmentation des coûts d'exécution n'atteint jamais le degré nécessaire pour rendre l'exécution commercialement impossible¹³⁹⁸. En effet, un contractant ne pourra pas se voir

¹³⁹⁴ AMERICAN LAW INSTITUTE, préc., note 1366, par. 265, cmt b : « *[i]ts application is simple enough in the cases of the death of a person or destruction of a specific thing necessary for the performance. The continued existence of the person or thing (the non-occurrence of the death or destruction) is ordinarily a basic assumption on which the contract was made, so that death or destruction effects a discharge* »; J. J. WHITE, préc., note 1365, sect. 2-615, cmt 5 : « *[w]here a particular source of supply is exclusive under the agreement and fails through casualty, the present section applies rather than the provision on destruction or deterioration of specific goods. The same holds true where a particular source of supply is shown by the circumstances to have been contemplated or assumed by the parties at the time of contracting* ».

¹³⁹⁵ AMERICAN LAW INSTITUTE, préc., note 1366, par. 261, cmt b : « *[i]ts application is also simple enough in the cases of market shifts or the financial inability of one of the parties. The continuation of existing market conditions and of the financial situation of the parties are ordinarily not such assumptions, so that mere market shifts or financial inability do not usually effect discharge under the rule stated in this Section* »; J. J. WHITE, préc., note 1365, sect. 2-615, cmt 4 : « *[i]ncreased cost alone does not excuse performance unless the rise in cost is due to some unforeseen contingency which alters the essential nature of the performance. Neither is a rise or a collapse in the market in itself a justification, for that is exactly the type of business risk which business contracts made at fixed prices are intended to cover. But a severe shortage of raw materials or of supplies due to a contingency such as war, embargo, local crop failure, unforeseen shutdown of major sources of supply or the like, which either causes a marked increase in cost or altogether prevents the seller from securing supplies necessary to his performance, is within the contemplation of this section* ».

¹³⁹⁶ H. W. CLASSEN, préc., note 1373, 385 précisant que « *[t]he loss or expense must be severe, extreme, excessive, or unreasonable* ».

¹³⁹⁷ *Florida Power & Light Co v. Westinghouse Elec. Corp.*, préc., note 1391. Voir également, *Aluminium Company of America v. Essex Group Inc.*, préc., note 1372.

¹³⁹⁸ E. A. FARNSWORTH, préc., note 473, p. 628; *Mapple Farms Inc. v. City School Dist of Elmira*, [1974] 76 Misc. 2d 1080; *Eastern Air Lines v. Gulf Oil Co.*, [1975] 415 F. Supp. 429 : « *[t]hat part of the opinion that denied Gulf relief because its intracompany profits were such that it suffered no hardship, is of major importance, because it tends to make the matter of impracticability dependent on the particular economic situation of the seller claiming to be excused. Thus, what is impracticable for one seller may not be impracticable for another. But this seems correct, for it must be remembered that we are here dealing with a matter of justice, and, therefore, the individual characteristics of the parties to the contract are of paramount concern* » dans *Hawklund Uniform commercial Code Series*, par. 2-615 cmt 9 : Claims of excuse - Cost increases; L. A. DIMATTEO, préc., note 476, 266 : « *generally hardship alone will not sustain such a claim because the purpose of the contract, at least for the non-claiming party, is still in existence* ». H. D. GABRIEL, préc., note 1365, p. 114 : « *Increased costs of performance, without some other circumstance, usually do not excuse performance. In rare, extraordinary cases, however, unforeseen price increases that alter the "essential nature of the performance" may warrant relief* ».

excusé simplement parce qu'il a réalisé un moins grand profit que celui escompté¹³⁹⁹. Les cours estiment que les causes d'une augmentation des prix ne sont pas imprévisibles et donc, que sa non-réalisation ne peut pas être le présupposé essentiel sur lequel les parties ont conclu leur accord¹⁴⁰⁰. Cependant, le UCC prévoit certaines limitations, notamment lorsque l'augmentation des coûts liée à l'évènement imprévisible a changé la nature de l'exécution¹⁴⁰¹. C'est l'exemple de *Mineral Park Land Co*¹⁴⁰², dans lequel la découverte d'eau dans le gravier a changé la nature et le coût de l'excavation. Cet arrêt précise que « *[a] thing is impossible in legal contemplation when it is not practicable; and a thing is impracticable when it can only be done at excessive and unreasonable cost* ».

Il semble donc que les juridictions américaines utilisent un critère quantitatif afin de déterminer si l'exécution est impraticable, c'est-à-dire qu'elles regardent le montant des pertes en comparaison avec les conditions prévues au contrat lors de sa conclusion¹⁴⁰³. Si le coût de l'exécution ne paraît pas déraisonnable en considération des prestations réciproques du contrat, le contractant subissant cette augmentation ne pourra se voir excusé.

Il est à remarquer qu'aucun standard de mesure n'est défini ni par la section 2-615, ni par la jurisprudence. En effet, quel est le niveau de difficulté et d'augmentation des coûts à attendre pour que l'exécution soit considérée comme commercialement impossible. S'applique ici un critère fondé sur la justice et l'équité, notamment de savoir s'il est raisonnable, étant donné les faits particuliers de l'espèce, d'exiger du contractant une exécution stricte de ses obligations¹⁴⁰⁴. Ceci laisse une très grande liberté au juge dans l'appréciation de l'*impracticability*.

¹³⁹⁹ Lary LAWRENCE, « 2. Sales. Part 6. Breach, Repudiation and excuse. 2-615. Excuse by failure of presupposed conditions », dans *Lawrence's Anderson on the Uniform Commercial Code*, Westlaw, 2012, par. 2-615, cmt 9 : When UCC par. 2-615 not applicable: disappointed expectations.

¹⁴⁰⁰ *Hawland Uniform commercial Code Series*, préc., note 1398, par. 2-615, cmt 9: Claims of excuse - Cost increases.

¹⁴⁰¹ H. O. HUNTER, préc., note 521, par. 2-615, cmt 9: Claims of excuse - Cost increases.

¹⁴⁰² *Mineral Park Land Co v. Howard*, préc., note 1357.

¹⁴⁰³ *Asphalt International Inc. v. Enterprise Shipping Corp*, 667 F. 2d 261, 266 où la cour précise qu'un pétrolier est excusé de l'exécution d'une charte-partie lorsque le bateau a été détruit et que le coût de sa réparation apparaissant excessif et déraisonnable. Elle indique que « the doctrine of commercial impracticability focuses on the reasonableness of the expenditure at issue, not upon the ability of a party to pay the commercially unreasonable expense ». Ici, la valeur marchande du bateau était de 750,000\$ alors que le coût des réparations s'élevait à 1.500.000\$; Retenant le même raisonnement, voir infra, *Aluminium Company of America v. Essex Group Inc.*, préc., note 1372.

¹⁴⁰⁴ G. T. McLAUGHLIN, préc., note 474, 450.

« *If the parties have not addressed the event ex ante and if the disruption is so severe that requiring strict performance appears to be harsh and unfair, then the courts may grant relief by rescinding the contract or reforming the contractual language* »¹⁴⁰⁵.

L'impracticability prend donc en compte deux grands thèmes dans sa mise en œuvre¹⁴⁰⁶. Chacun de ces thèmes pris isolément ne permet pas au vendeur de se voir libéré de ses obligations contractuelles. En effet, la dureté des coûts pour le vendeur n'est pas une excuse en soi d'après la section 2-615, car cette dernière prend en considération les causes du résultat et non le résultat en lui-même. C'est ce que nous dit le commentaire 4 de cette section. En outre, les pertes injustifiées pour le vendeur, et la chance de gain conséquente pour l'acheteur ne peuvent avoir d'effet isolément. En effet, elle ne sera prise en compte que si la magnitude des pertes est telle qu'elle rend l'exécution commercialement impossible.

D'autres juridictions, afin de déterminer le quorum de l'impracticability, ont pris en compte la relation contractuelle dans son entier¹⁴⁰⁷. C'est ce qui s'est passé dans l'affaire Eastern Airlines où la Cour a estimé, dans un contrat d'approvisionnement en pétrole, que malgré la crise de 1973, le fournisseur avait réalisé des bénéfices en 1973 et 1974, ce qui ne lui permettait pas d'être excusé pour *impracticability*, sachant qu'il pouvait également réduire ses pertes en effectuant d'autres transactions¹⁴⁰⁸. Ainsi, « *impracticability, by reason of additional expense is not to be determined by reference to the loss, or failure, or profit, from one particular contract term in isolation. Rather, it is to be judged from the perspective of the entire undertaking* »¹⁴⁰⁹.

Enfin, certains arrêts ont rejeté les critères quantitatifs et ont insisté sur la qualité de l'exécution, notamment le fait de savoir si l'exécution de l'obligation était toujours la même.

¹⁴⁰⁵ D. T. OSTAS et F. P. DARR, préc., note 1385, 343.

¹⁴⁰⁶ *Hawland Uniform commercial Code Series*, préc., note 1398, par. 2-615, cmt 8: Operative element of commercial impracticability - Basic assumption: No agreement: « *[t]he first focuses on the harshness of imposing large costs on sellers. This theme referred to as the 'harshness case' for excuse, presupposes that courts should redistribute the gains and losses that unanticipated market-affecting events create; [...] the second theme focuses on the seemingly 'underserved' character of the losses to sellers and gains to buyer that unanticipated market-affecting events create. This theme is referred to as the 'desert case' for excuse* ».

¹⁴⁰⁷ *Louisiana Power & Light Co v. Allegheny Ludlum Industries Inc*, [1981] 517 F. Supp. 1319, 1324 précisant que : « *that had Allegheny performed under the contract as written, it would have sustained a loss of \$428.500 on the contract and that the planned profitability of the Wallingford plant would have been reduced to an overall profit of \$589.500 for the year of performance [...] There are also no facts which indicate that Allegheny would have been unprofitable during 1976 in either its overall corporate structure or in its Wallingford Tubular Division had it performed under the contract as written* ».

¹⁴⁰⁸ *Eastern Air Lines v. Gulf Oil Co*, préc., note 1398.

¹⁴⁰⁹ *Westinghouse I*, [1981] 517 F. Supp. 440.

En effet, « [t]he emphasis should be on the degree to which performance has been made different, rather than upon the degree of financial hardship suffered »¹⁴¹⁰.

Une fois ces deux points mis en œuvre, il est nécessaire de s'interroger sur les caractéristiques des circonstances.

B. *Éléments constitutifs de l'impracticability*

Pour que l'*impracticability* soit reconnue, il est nécessaire que l'évènement ayant entraîné le déséquilibre des prestations soit le présupposé essentiel des parties (1), et que sa survenance n'ait pas été assumée par l'un des contractants (2).

1. Les présupposés des parties

Outre l'exécution impraticable, le second élément nécessaire à l'admission de l'*impracticability*¹⁴¹¹ est que la non-réalisation de l'évènement doit avoir été le présupposé essentiel sur lequel le contrat a été conclu¹⁴¹². En effet, « *[i]n order for a supervening event to discharge a duty under the Section, the non-occurrence of that event must have been a "basic assumption" on which both parties made the contract* »¹⁴¹³. Ce critère est commun aussi bien au *Restatement* qu'au UCC¹⁴¹⁴. Une fois que l'exécution a été considérée comme commercialement impraticable, les juges vont déterminer si la non-survenance de l'évènement perturbateur était le présupposé essentiel des parties lorsqu'elles ont conclu leur accord.

¹⁴¹⁰ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 169; *Eastern Air Lines v. McDonnell Douglas Corp*, préc., note 1380.

¹⁴¹¹ Alan SCHWARTZ, « Sales Law and Inflation », (1977) 50 *South. Calif. Law Rev.* 1, 8: « *[t]he desert notion yields a precise and appealing statement of a case for excuse because, unlike the harshness case, it rests on widely accepted values that people should not be made to bear losses they did not consent to risk, nor be deprived of gains they bought the right to enjoy. Thus, an 'undeserved' loss will here mean a loss resulting from the materializing of a risk a party was not paid to bear, or a gain a party did not buy the right to enjoy or a loss resulting from a risk a party was paid to bear but which a court shifted to his contract partner* ».

¹⁴¹² E. A. FARNSWORTH, préc., note 473, p. 625.

¹⁴¹³ AMERICAN LAW INSTITUTE, préc., note 1366, par. 261, cmt b. La notion de « *basic assumption* » peut être rapprochée du droit allemand, et notamment du changement fondamental de circonstances relatif au déséquilibre des prestations. Voir, L. A. DIMATTEO, préc., note 476, 263: « *[t]he notion of "fundamental" change of circumstances is analogous to the notion of a "basic assumption" on which a contract is formed in the area of common law mistake and excuse. In the american doctrines of impracticability and frustration of purpose the occurrence or non-occurrence has to go a "basic assumption" of the contract. The notion of fundamental change of circumstances in the German law as a basis for exemption or adaptation assumes that the change results in a drastic change of contractual equilibrium* ».

¹⁴¹⁴ *Hawland Uniform commercial Code Series*, préc., note 1398, par. 2-615, cmt 8: Operative elements of commercial impracticability - Basic assumption: No agreement: « *[w]here the occurrence of a contingency has made performance impracticable, it is then necessary to determine whether its non-occurrence was a basic assumption on which the contract was made* ».

« Determining whether the non-occurrence of a particular event was or was not a basic assumption involves a judgment as to which party assumed the risk of its occurrence. In contracting for the manufacture and delivery of goods at a price fixed in the contract, for example, the seller assumes the risk of increased costs within the normal range. If, however, a disaster results in an abrupt tenfold increase in cost to the seller, a court might determine that the seller did not assume this risk by concluding that the non-occurrence of the disaster was a 'basic assumption' on which the contract was made »¹⁴¹⁵.

Le présuppose essentiel sur lequel le contrat est fondé doit être partagé par les deux parties. En effet, si ce dernier n'est qu'un mobile unilatéral, c'est-à-dire une cause de l'engagement de l'une seulement des parties, il ne pourra pas être pris en compte afin de justifier la libération des contractants. Afin de déterminer cette présupposition commune des parties, les cours regardent généralement les circonstances entourant la conclusion et l'exécution du contrat¹⁴¹⁶.

Si l'évènement pouvait être prévisible, les parties auraient dû le prévoir dans l'accord. Dans le cas contraire, elles en ont assumé le risque. L'*impracticability* ne peut être admise dans ce cas¹⁴¹⁷. Cependant, les Cours ont admis un standard plus objectif dans la reconnaissance de l'imprévisibilité des circonstances, en admettant que l'évènement puisse être raisonnablement prévisible¹⁴¹⁸. Certains arrêts récents font de l'imprévisibilité des circonstances l'élément à considérer en premier par les juridictions¹⁴¹⁹, avant même de savoir si l'exécution est devenue impraticable¹⁴²⁰.

Ainsi, dans l'arrêt *Maple Farms*, un producteur de lait ayant conclu un contrat de fourniture avec une école pour une durée d'un an n'a pas pu invoqué l'*impracticability* suite à l'augmentation du prix du lait cru, car la cour a estimé que cette augmentation n'était pas totalement imprévisible et que la clause de prix fixe insérée dans le contrat allouait les risques d'augmentation des prix au le vendeur¹⁴²¹.

¹⁴¹⁵ AMERICAN LAW INSTITUTE, préc., note 1366, ch. 11. Impracticability of performance and frustration of purpose - Introductory note.

¹⁴¹⁶ E. A. FARNSWORTH, préc., note 473, p. 629.

¹⁴¹⁷ H. D. GABRIEL, préc., note 1365, p. 114 : « [t]he courts have interpreted foreseeability as an objective test. A party will not be excused if it could have foreseen the contingency regardless of whether it actually foresaw the event. In determining whether a contingency is foreseeable, the court may look to the contract itself, including terms supplied by trade usage, as well as other factors, including the business sophistication of the parties ».

¹⁴¹⁸ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 164.

¹⁴¹⁹ *Waldinger Corp v. C.R.S. Group Engineers, Inc.*, [1985] 775 F. 2d 781.

¹⁴²⁰ *Iowa Elec Light & Power Co. v. Atlas Corp*, [1978] 467 F. Supp. 129.

¹⁴²¹ *Maple Farms, Inc. v. The City of Elmira School District*, [1974] 76 Misc. 2d 1080.

2. Risques assumés et faute des parties

En troisième lieu, l'impracticability doit être intervenue sans que les parties n'y aient contribué, c'est-à-dire qu'elles ne doivent pas avoir commis de faute participant à la réalisation de l'évènement. Cette exigence est apparente dans le *Restatement (Second) of Contracts*, §261, mais pas dans le UCC 2-615. Cependant, il est admis que cette condition doit également être remplie¹⁴²².

Enfin, le contractant demandant à être excusé ne doit pas avoir assumé une obligation plus importante que celles imposées dans la loi ou relatives à l'obligation en question¹⁴²³. Cette condition est exprimée dans la *Restatement* par l'insertion de « *unless the language or the circumstance indicate the contrary* ». Le UCC précise dans son commentaire 8¹⁴²⁴ que l'obligation assumée par un contractant n'est pas seulement à rechercher dans les stipulations contractuelles, mais également dans les circonstances entourant la conclusion du contrat¹⁴²⁵. En outre, les juges peuvent également se fonder sur les coutumes et usages relatifs au contrat en cause.

Se retrouve également ici le critère de prévisibilité¹⁴²⁶ ainsi que la sophistication présumée des personnes à qui s'adresse le UCC¹⁴²⁷. En effet, l'évènement donnant lieu à libération des parties doit, normalement, être imprévisible et exceptionnel¹⁴²⁸. Le contractant, étant un professionnel, devra se prémunir contre les évènements qui sont normalement prévisibles dans

¹⁴²² E. A. FARNSWORTH, préc., note 473, p. 625.

¹⁴²³ *Id.*

¹⁴²⁴ J. J. WHITE, préc., note 1365, sect. 2-615, cmt 8 : « [t]he provisions of this section are made subject to assumption of greater liability by agreement and such agreement is to be found not only in the expressed terms of the contract but in the circumstances surrounding the contracting, in trade usage and the like. Thus the exemptions of this section do not apply when the contingency in question is sufficiently foreshadowed at the time of contracting to be included among the business risks which are fairly to be regarded as part of the dickered terms, either consciously or as a matter of reasonable, commercial interpretation from the circumstances. (See *Madeirense Do Brasil, S.A. v. Stulman-Emrick Lumber Co.*, 147 F.2d 399 (C.C.A., 2 Cir., 1945).) The exemption otherwise present through usage of trade under the present section may also be expressly negated by the language of the agreement. Generally, express agreements as to exemptions designed to enlarge upon or supplant the provisions of this section are to be read in the light of mercantile sense and reason, for this section itself sets up the commercial standard for normal and reasonable interpretation and provides a minimum beyond which agreement may not go. Agreement can also be made in regard to the consequences of exemption as laid down in paragraphs (b) and (c) and the next section on procedure on notice claiming excuse ».

¹⁴²⁵ L. LAWRENCE, préc., note 1399, par. 2-615, cmt 40: Unforeseen contingency : « [w]hether a contingency was reasonably foreseeable is determined objectively as of the time the contract was made. It does not matter what the seller subjectively believed or expected ».

¹⁴²⁶ *Eastern Air Lines v. Gulf Oil Co.*, préc., note 1398.

¹⁴²⁷ G. T. McLAUGHLIN, préc., note 474, 449.

¹⁴²⁸ L. LAWRENCE, préc., note 1399, par. 2-615, cmt 38: Nature of contingency.

la branche d'activité donnée. Si ce dernier ne s'assure pas, par une stipulation contractuelle, contre la possibilité de survenance de l'évènement, il sera considéré comme ayant assumé le risque de cet évènement. Les cours ont également estimé que si l'évènement était raisonnablement prévisible, les contractants devaient s'être prémunis contre la survenance de ce dernier¹⁴²⁹.

Cependant, les parties peuvent ne pas avoir prévu un tel risque, notamment afin d'éviter de contrarier les négociations ou parce que celui-ci n'apparaît pas comme suffisamment important en comparaison du pouvoir de négociation du contractant. En outre, il est difficile d'admettre qu'une partie pouvant raisonnablement prévoir un certain risque a les moyens de l'éviter ou de s'assurer contre celui-ci. Ainsi, pour Farnsworth, la prévisibilité de l'évènement et du risque peut être prise en compte, mais ne doit pas être péremptoire¹⁴³⁰. Les parties ne devraient donc être considérées comme ayant assumé un certain risque que lorsqu'elles avaient les moyens de l'éviter. Ce critère devient alors une question relevant de la justice et de l'équité quant à la distribution résultant de cette augmentation des coûts d'exécution issue d'un évènement raisonnablement prévisible, mais non pris en compte par les parties¹⁴³¹.

Si les parties ont expressément garanti l'exécution de la prestation dans leur accord, ces dernières ne pourront pas demander à être excusées par la suite¹⁴³². Par conséquent, « *in every case the starting point of inquiry should be the determination of whether or not the parties have made an agreement, express or implied, on excuse from the duty to perform because of the happening of some supervening events* »¹⁴³³.

¹⁴²⁹ *Rockland Indus v. E. + E. (U.S.) Inc.*, [1998] 991 F. Supp. 468; L. LAWRENCE, préc., note 1399, par. 2-615, cmt 40: Unforeseen contingency: « [t]he test to be applied to element of foreseeability under the doctrine of commercial impracticability is whether the contingency that developed was one which parties could reasonably be thought to have foreseen as a real possibility that could affect performance of sales contract and was thereby one of that variety of risks which parties are tacitly assigning to promisor by their failure to provide for it explicitly. If it was, performance is required, but if not, performance is excused ».

¹⁴³⁰ E. A. FARNSWORTH, préc., note 473, p. 631.

¹⁴³¹ *Hawland Uniform commercial Code Series*, préc., note 1398, par. 2-615, cmt 9: Claims of excuse - Cost increases; L. LAWRENCE, préc., note 1399, par. 2-615, cmt 40: Unforeseen contingency: « [b]efore UCC 2-615 can be applied, it must be determined that the risk of the given contingency was so unusual or unforeseen and would have such severe consequences that to require performance would be to grant the promisee an advantage which the promisee did not bargain for in making the contract ».

¹⁴³² *Gulf Oil Corp v. F.P.C.*, [1977] 563 F. 2d 588 (U.S. Court of Appeals).

¹⁴³³ W. D. HAWKLAND et L. J. RUSCH, préc., note 496, par. 2-615, cmt 7: Operative elements of commercial impracticability - Basic assumption: Agreement.

Le droit américain, à l'instar du droit italien, ne reconnaît que rarement les changements de circonstances, notamment eu égard à ses conditions d'application. En effet, il apparaît difficile de démontrer une exécution devenue particulièrement onéreuse.

La dernière codification à avoir admis les changements de circonstances est l'ordonnance 2016-131, en droit français. Elle admet ainsi la célèbre révision pour imprévision. Le rapport au Président de la République précise que « [l]a France est l'un des derniers pays d'Europe à ne pas reconnaître la théorie de l'imprévision comme cause modératrice de la force obligatoire du contrat »¹⁴³⁴. Semblant être très inspirée des codifications privées, elle apparaît concevoir les changements de circonstances d'un point de vue économique à l'instar du droit américain ou du concept d'*excessiva onerosità* du droit italien.

Paragraphe 3 – Les changements de circonstances dans le nouveau droit français

Le nouveau droit civil français admet à l'article 1195 la révision pour imprévision.

« La disposition est très inspirée par la problématique de l'imprévision, à savoir l'hypothèse de l'onérosité excessive. La même remarque peut être faite à propos des textes correspondants des Principes Unidroit, des principes européens du droit du contrat, du projet de Cadre commun de référence, des Principes contractuels communs ou de l'avant-projet Ohada. Or le déséquilibre des prestations n'est que l'une des deux hypothèses où l'économie du contrat est bouleversée. Tel est également le cas si le contrat perd son utilité économique pour l'une des parties »¹⁴³⁵.

Ainsi, l'article 1195 considère que pour admettre les changements de circonstances, il est nécessaire que l'exécution du contrat par l'une des parties soit devenue particulièrement onéreuse (A) due à la survenance de circonstances imprévisibles et extérieures (B).

A. L'onérosité excessive de l'exécution

L'article 1195 nouveau du Code civil ne semble pas limiter le champ d'application des changements de circonstances à certains contrats en particulier (1), mais impose une exécution particulièrement onéreuse (2).

¹⁴³⁴ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préc., note 61, p. 15 (version électronique).

¹⁴³⁵ Marcel FONTAINE, « Table ronde: le regard des juristes européens », *RDC* 2009.1.372, par. 16.

1. Les contrats soumis au changement de circonstances.

L'article 1195 nouveau du Code civil ne limite pas le champ d'application des changements de circonstances à certains contrats¹⁴³⁶. Il ne fait pas non plus de distinction entre les contrats à durée déterminée et ceux à durée indéterminée, même si ces derniers peuvent être résiliés de manière unilatérale. De la même manière, aucune distinction n'est faite entre les contrats instantanés et les contrats à exécution successive¹⁴³⁷. Cet article les considère donc tous éligibles au changement de circonstances¹⁴³⁸. En outre, les actes unilatéraux ne sont pas exclus de son champ d'application.

Toutefois, certains estiment que les remèdes proposés au changement de circonstances n'ont d'intérêt que dans les contrats de durée, ce qui limiterait l'application de cette disposition aux contrats de longue durée¹⁴³⁹.

En outre, l'article 1195 nouveau du Code civil ne précise pas si l'exécution doit ou non avoir débuté. Cette caractéristique paraît peu importante, dans le sens où l'essentiel réside dans le fait qu'elle ne doit pas être achevée. Le juge, dans sa qualification des changements de circonstances, et notamment dans la révision des termes de l'engagement, devra néanmoins en tenir compte, puisqu'un commencement d'exécution peut atténuer le caractère excessif de l'exécution¹⁴⁴⁰.

¹⁴³⁶ Yves PICOD, « Le charme discret de l'imprévision à la française », *A.J. Aff. - Concurr. - Distrib.* 2015.441 : « [à] la différence de l'avant-projet Catala, le projet d'ordonnance ne cantonne pas l'intervention du juge au contrat à exécution successive ou échelonnée, laquelle constitue pourtant la terre d'élection de l'imprévision ».

¹⁴³⁷ Rémy CABRILLAC, « L'article 1196: la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision », *RDC* 2015.3.112, 2 (version électronique) : « [d]e même, le projet d'ordonnance ne prend pas la peine de préciser que la révision s'applique, comme le faisait le projet Catala, « aux contrats à exécution successive ou échelonnée » (art. 1135-1), puisqu'il a vocation à ne s'appliquer qu'aux contrats dont l'exécution s'inscrit dans la durée ».

¹⁴³⁸ B. FAUVARQUE-COSSON, préc., note 56, 1 (version électronique). H. LÉCUYER, préc., note 96 à la page 658.

¹⁴³⁹ L. AYNÈS, préc., note 1183 : « [l]e devoir de renégociation ne s'attache véritablement qu'au contrat de durée, et même de longue durée, à l'égard desquels la rupture est traumatisante : contrat de distribution, de représentation ; contrat de bail, de franchise, de licence, de crédit-bail, de financement en général, de travail ».

¹⁴⁴⁰ T. REVET, préc., note 61, 5 (version électronique).

2. La définition de l'onérosité excessive

L'article 1195 nouveau du Code civil précise que le changement de circonstances doit rendre « l'exécution excessivement onéreuse pour une partie », ce qui suppose qu'elle ne soit pas devenue impossible, renvoyant alors au concept de force majeure.

Le terme d'onérosité excessive semble alors renvoyer à une évolution des coûts. Il est cependant difficile de dire si cette formulation comprend également la perte de valeur de la prestation pour le créancier¹⁴⁴¹. Pour certains, « [l] onérosité « excessive » se rencontre quand l'exécution se fait « excessivement » à perte. Dans cette optique, le critère s'apprécie au regard de l'économie du contrat en cause et non des capacités du débiteur »¹⁴⁴². Pour d'autres, en référence aux Principes du droit européen du contrat, l'onérosité excessive renvoie autant à une augmentation considérable des coûts d'exécution qu'à une diminution drastique de la valeur de la contre-prestation¹⁴⁴³. L'article 1195 nouveau du Code civil ne fait aucune précision et ne prévoit aucun seuil à partir duquel l'excessivité pourrait être appréciée, « [u]ne large place est ainsi faite à l'appréciation du juge »¹⁴⁴⁴. En outre, elle ne fait pas de référence au fondement du contrat.

L'excessivité semble renvoyer à une charge supplémentaire par rapport à ce qui avait été accepté¹⁴⁴⁵. C'est un dépassement du seuil contractuellement accepté par les contractants.

« Elle serait caractérisée par la différence entre la valeur de ce que l'on fournit et la valeur de ce que l'on reçoit. Par suite, l'exécution du contrat deviendrait "onéreuse" au sens de l'article 1195 aussitôt qu'elle coûterait plus qu'elle ne rapporte. Ainsi comprise, la condition d'"onérosité" n'est guère exigeante. À cet égard, l'essentiel tient au caractère "excessif" de l'onérosité »¹⁴⁴⁶.

¹⁴⁴¹ Jean-Denis PELLIER, « Réflexions sur l'imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats (observations sur l'article 1196 du projet de réforme) », *Petites Affiches* 2015.228.8, 3 (version électronique) : « l'on peut se demander quelle conception du caractère excessivement onéreux de l'exécution prévaudra : faudrait-il retenir une conception causaliste conduisant à caractériser cette condition dès lors que l'équilibre initial du contrat est rompu ou faudrait-il l'apprécier à l'aune de la partie qui invoque le bouleversement ? ».

¹⁴⁴² Philippe STOFFEL-MUNCK, « La résiliation pour imprévision », *A.J. Aff. - Concurr. - Distrib.* 2015.262, 2 (version électronique).

¹⁴⁴³ Philippe DUPICHOT, « La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision », dans Philippe STOFFEL-MUNCK (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Paris, Dalloz, 2015, p. 73 à la page 76 et s.

¹⁴⁴⁴ Nicolas FERRIER, « Le renforcement du rôle du juge dans la détermination et la révision du contenu du contrat », dans Reiner SCHULZE, Denis MAZEAUD, Guillaume WICKER et Gérald MÄSCH, *La réforme du droit des obligations en France: 5èmes journées franco-allemandes*, 20, Paris, Société de législation comparée, 2015, p. 73 à la page 92.

¹⁴⁴⁵ T. REVET, préc., note 61, 5 (version électronique) : « [l]e déséquilibre devra être nettement caractérisé [... car il doit correspondre] à un écart considérable entre ce que l'une des parties fournit et ce qu'elle reçoit ».

¹⁴⁴⁶ Philippe STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC*, Hors-série, 2016, 112, 7 (version électronique).

Pour certains, l'utilisation de l'expression « excessivement onéreuse » est un « bon compromis entre l'exécution simplement plus difficile ou onéreuse, à laquelle le débiteur ne doit pas échapper sous peine de menacer la sécurité des relations juridiques, et l'exécution impossible qui doit être appréciée à la lumière de la force majeure »¹⁴⁴⁷.

Le projet Catala prévoyait une perte d'intérêt dans le contrat à l'article 1135-1, condition qui n'a pas été reprise. Cette absence de référence serait alors cohérente avec le nouveau droit civil français qui « abandonne formellement [les notions de cause ou d'intérêt au contrat] sur le bord du chemin... »¹⁴⁴⁸. Cette modification du critère du déséquilibre apparaît plus étroite à certains que la privation d'intérêt ou d'utilité¹⁴⁴⁹, alors que d'autres considèrent que la référence à la perte d'intérêt du contrat est une condition plus rigoureuse¹⁴⁵⁰. En outre, le critère de l'onérosité excessive serait plus subjectif que celui d'altération fondamentale de l'équilibre issu des Principes d'Unidroit, prenant en considération les « coûts de fabrication sans répercussion possible sur la clientèle »¹⁴⁵¹.

Outre les questions relatives à l'objet de l'excessivité, il est également utile de se demander comment il va être interprété. Les juges prendront-ils en compte l'homme raisonnable ou le débiteur en particulier ? Pour certains, une appréciation subjective ne serait pas une bonne solution, entraînant certaines distorsions. En outre, le droit positif a tendance à avoir une interprétation objective de l'excès¹⁴⁵².

L'article 1195 nouveau du Code civil semble donc particulièrement inspiré par les débats en matière d'imprévision, qui se focalisait principalement sur un bouleversement de nature économique¹⁴⁵³. La même remarque peut être faite concernant le texte des Principes d'Unidroit, des Principes du droit européen du contrat, du projet de Cadre commun de

¹⁴⁴⁷ R. CABRILLAC, préc., note 1437, 2 et s. (version électronique).

¹⁴⁴⁸ P. DUPICHOT, préc., note 1443 à la page 77.

¹⁴⁴⁹ N. FERRIER, préc., note 1444 à la page 92.

¹⁴⁵⁰ R. CABRILLAC, préc., note 1437, 2 et s. (version électronique).

¹⁴⁵¹ Y. PICOD, préc., note 1436.

¹⁴⁵² P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 1446, 7 (version électronique).

¹⁴⁵³ J. KLEINSCHMIDT et D. GROB, préc., note 559, 11 (version électronique) : « [la théorie allemande du fondement contractuel] couvre tous les hypothèses où les parties se sont basées sur des considérations relatives à des circonstances qui n'ont pas été intégrées au contrat, mais qui ont néanmoins été déterminantes du consentement. Sont ainsi inclus les cas où les changements de circonstances économiques interviennent après la conclusion du contrat mais aussi le sort de contrats interdépendants. À la différence de cette conception vaste du fondement contractuel, l'imprévision française – entendue comme l'hypothèse du fameux arrêt Canal de Craponne – remonte à une analyse purement économique d'un changement de circonstances après la conclusion du contrat ».

référence ou encore des Principes contractuels communs. Cette vision apparaît particulièrement réductrice, dans le sens où elle ne couvre que l'une des deux faces de l'imprévision, oubliant les cas de perte d'utilité du contrat¹⁴⁵⁴.

« L'adjectif "excessif" signifie que l'altération économique doit être très importante : il s'agit, comme le dit le juge administratif, d'un "bouleversement de l'économie du contrat". [... Cette expression] n'est pas inconnue du droit privé : la Cour de cassation l'utilisait déjà dans le contentieux du marché à forfait. Elle permettrait d'élargir raisonnablement le domaine de [l'article 1195] au cas où, sans être forcément plus onéreux, le contrat perd tout son intérêt pour l'une des parties »¹⁴⁵⁵.

Le critère de l'onérosité excessive semble donc plus étroit et réducteur que celui de bouleversement de l'économie du contrat ou encore celui de disparition du fondement contractuel. Une appréciation objective de l'excessivité de l'onérosité semble également prévaloir. Cependant, cette excessivité doit résulter de circonstances imprévisibles et extérieures.

B. Caractéristiques des circonstances

Les changements de circonstances ne pourront être mis en œuvre que si les circonstances entraînant le déséquilibre des prestations sont imprévisibles (1) et extérieures (2).

1. Imprévisibilité des circonstances

L'imprévisibilité de l'évènement semble être un critère récurrent dans la mise en œuvre des changements de circonstances. Cependant, le type de circonstances n'est généralement pas limité, les textes ne donnant aucune précision sur l'évènement en question.

L'article 1195 nouveau du Code civil prévoit simplement « un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat ». Cette formulation apparaît particulièrement large, ne se limitant pas au seul changement de circonstances économique, ni même à un quelconque autre type de circonstances¹⁴⁵⁶. Par cette formulation, elle laisse entendre que toutes modifications imprévisibles lors de la conclusion du contrat permettraient alors, si les

¹⁴⁵⁴ M. FONTAINE, préc., note 1435, par. 16.

¹⁴⁵⁵ Pascal ANCEL, Philippe BRUN, Vincent FORRAY, Olivier GOUT, Geneviève PIGNARRE et Sébastien PIMONT, « Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats », (2008) I-48 *J.C.P. G.* 213, 7 (version électronique).

¹⁴⁵⁶ T. REVET, préc., note 61, 4 (version électronique) : « [l]e terme 'circonstances' renvoie, de façon ouverte, à l'environnement dans lequel se sont inscrits les contractants et dans lequel ils ont inscrit leur accord : environnement économique, financier, monétaire, commercial, technologique, mais encore politique, diplomatique, militaire. Et l'on ne voit pas de raison d'en exclure l'environnement juridique – changement de loi, revirement de jurisprudence ».

autres conditions sont réunies, de caractériser un changement de circonstances¹⁴⁵⁷, à partir du moment où il s'agit d'une donnée extérieure aux contractants eux-mêmes et qu'elle ait un rapport direct avec le contrat. En outre, l'utilisation du terme changement plutôt que celui de bouleversement laisse supposer qu'une modification lente, mais continue pourrait permettre de mettre en œuvre les changements de circonstances¹⁴⁵⁸, si l'évolution entraîne une exécution excessivement onéreuse pour l'un des partenaires. Aucune brutalité dans la survenance des circonstances n'est exigée.

En ajoutant que l'évènement doit être imprévisible lors de la conclusion du contrat, le texte de l'article 1195 se distingue alors de la lésion ainsi que des conditions de formation du contrat¹⁴⁵⁹. Cependant, se pose alors la question de la distinction entre l'imprévu et l'imprévisible¹⁴⁶⁰. Que se passe-t-il si les parties n'ont pas prévu la survenance d'un

¹⁴⁵⁷ J.-D. PELLIER, préc., note 1441, 3 (version électronique): « [e]n mentionnant « un changement de circonstances », l'alinéa 1er de l'article 1196 du projet de réforme se montre assez ouvert: d'une part, il ne vise pas nécessairement des circonstances économiques et, d'autre part, il laisse entendre que toute modification des données ayant présidé à la formation du contrat peut caractériser une imprévision. On peut toutefois se demander si lesdites circonstances peuvent être non seulement factuelles, mais également juridiques. On peut également se poser la question de savoir si elles peuvent être internes aux parties, bien que la notion même de circonstances implique, semble-t-il, l'extériorité »; R. CABRILLAC, préc., note 1437, 2 (version électronique): « [l]imiter l'application du texte au seul changement de circonstances économiques aurait été trop réducteur »; P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 1446, 5 et s.: « [p]our autant, le mot reste très large car la nature des circonstances à considérer n'est pas spécifiée. Les circonstances pertinentes peuvent donc être de tous ordres. Elles peuvent être d'ordre juridique, tel qu'un changement de législation rendant l'exécution plus onéreuse comme il arrive en matière environnementale, sanitaire, sociale ou fiscale ou en raison d'embargos commerciaux. Elles sont aussi d'ordre pratique, comme la fermeture d'une voie d'approvisionnement à raison d'une guerre ou d'un accident, ou encore d'ordre technologique, comme la découverte d'un procédé nouveau rendant obsolète la technique employée pour l'exécution du contrat. Elles sont plus généralement d'ordre commercial, tel un renchérissement des approvisionnements par suite d'une évolution des cours. En fait, n'importe quelle circonstance peut être invoquée; sa pertinence dépendra uniquement de son impact sur l'onérosité de l'exécution. Au total, cette condition paraît donc peu restrictive »; P. DUPICHOT, préc., note 1443 à la page 76: « [q]uant à l'objet du changement, il doit s'agir « de circonstances »: or, ces dernières ne sont pas qualifiées; nul adjectif ne vient en préciser ou en limiter le domaine. Il pourra donc s'agir, me semble-t-il, d'un changement des circonstances économiques, d'une augmentation du prix des matières premières, d'un changement des circonstances financières, d'une perte brutale du pouvoir d'achat de la monnaie, de l'effondrement d'une place boursière. Ou d'un changement des circonstances juridiques: ainsi d'une modification législative que les parties n'auraient pas prévue. Et même, le cas échéant, d'un changement de circonstances technologiques. C'est donc une interprétation large du changement qui devrait prévaloir ».

¹⁴⁵⁸ P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 1446, 5 (version électronique): « le mot est très général et neutre: il ne renvoie pas à l'esprit à une exigence d'ampleur ou de brutalité dans la modification comme l'aurait fait une référence au « bouleversement » des circonstances. Comme cela avait été noté, ce changement peut donc se caractériser dans la continuité. A ce stade, la condition paraît dénuée de toute portée »; P. DUPICHOT, préc., note 1443 à la page 75: « [l]orsqu'on ouvre le fameux dictionnaire d'Émile Littré [...] on y lit que le changement est avant tout une mutation. Le changement, c'est donc une modification, la transformation de ce qui change, le passage d'un état à un autre ... Voilà ce qu'est positivement le changement ».

¹⁴⁵⁹ R. CABRILLAC, préc., note 1437, 2 (version électronique).

¹⁴⁶⁰ P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 1446, 6 (version électronique): « [a]vec Jean-Daniel Bretzner, on observera cependant que, dans le cas d'un contrat à durée déterminée avec clause de tacite reconduction, cette référence à la date de conclusion du contrat invite à apprécier ce qui était raisonnablement prévisible en se plaçant à la date du dernier renouvellement. Or, il est douteux que les parties réitérent leur effort d'analyse et de prévision à chaque

évènement alors même que ce dernier était prévisible ? « Mais il est évidemment délicat de déterminer ce qui était prévisible au moment de la conclusion du contrat »¹⁴⁶¹. En outre, quel est le type d'imprévisibilité à prendre en compte ? Est-ce l'évènement qui doit être imprévisible ou est-ce ses conséquences sur l'exécution du contrat qui doivent l'être ?

« En réalité, le fait générateur du bouleversement de l'équilibre contractuel n'est pas tant l'«imprévision» des parties — ou «imprévision contractuelle» — (le droit ne vient pas au secours des imprévoyants) que le changement de circonstances, survenu après la conclusion du contrat, et qui ne pouvait pas être raisonnablement pris en considération lors de cette conclusion »¹⁴⁶².

Certains auteurs font un parallèle avec le critère d'imprévisibilité nécessaire à la mise en œuvre de la force majeure. Devrait alors être prise en considération la soudaineté ou encore l'anormalité de l'évènement. En outre, les aptitudes du contractant devraient également être prises en considération, notamment son âge ou encore ses compétences afin de déterminer si « le contractant moyen auquel il se rattache aurait pu prévoir ledit changement »¹⁴⁶³.

L'article 1 : 110 (3) (b) du Draft Common Frame of Reference prévoit que l'imprévisibilité peut tout autant correspondre à l'évènement qu'à ses conséquences sur le contrat. Les autres sources européennes prévoient d'ailleurs la même chose, par une appréciation in abstracto, « fondée sur ce qu'aurait pu prévoir un professionnel du même genre, normalement prudent et diligent, dans le même contexte »¹⁴⁶⁴. Cette appréciation renvoie au terme « raisonnement imprévisible » utilisé par les Principes européens du droit du contrat. L'article 1195 nouveau du Code civil n'utilise pas le critère du raisonnable pour qualifier l'imprévisibilité, alors qu'elle aurait pu le faire. C'est donc au juge que revient la mission de déterminer si le critère d'imprévisibilité est rempli, étant constaté ici qu'il dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Cependant, pour certains, le critère minimal serait alors que l'évènement « ne pouvait être raisonnablement pris en considération au moment de la conclusion du contrat »¹⁴⁶⁵.

reconduction. L'observation permet de souligner à nouveau combien l'imprévisibilité à laquelle se réfère le texte se distingue de la notion d'imprévu ».

¹⁴⁶¹ J.-D. PELLIER, préc., note 1441, 3 (version électronique).

¹⁴⁶² B. FAUVARQUE-COSSON, préc., note 56, 1 (version électronique); C. WITZ, préc., note 173 à la page 175.

¹⁴⁶³ T. REVET, préc., note 61, 5 (version électronique).

¹⁴⁶⁴ P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 1446, 6 (version électronique).

¹⁴⁶⁵ P. DUPICHOT, préc., note 1443 à la page 76.

2. Imputabilité des circonstances

L'article 1195 nouveau du Code civil prévoit que l'exécution excessivement onéreuse ne pourra être caractérisée que si l'une des parties n'avait pas accepté d'en assumer le risque, condition apparaissant « redondante » pour certains¹⁴⁶⁶. Cette expression démontre que l'article 1195 nouveau du Code civil est supplétif de volonté¹⁴⁶⁷, et pourra être neutralisé par une clause contractuelle¹⁴⁶⁸.

En outre, le rapport au Président reprend ce caractère supplétif en affirmant que « [c]omme l'implique la rédaction retenue, ce texte revêt un caractère supplétif, et 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 »¹⁴⁶⁹.

Cette condition est parfaitement en accord avec les principes directeurs qui président le nouveau droit civil français et notamment celui de la liberté contractuelle. En effet, les contractants demeurent libres de régler l'éventualité d'un changement de circonstances dans leur accord¹⁴⁷⁰. Elle permet également d'exclure les contrats dans lesquels un aléa est présent,

¹⁴⁶⁶ R. CABRILLAC, préc., note 1437, 2 et s. (version électronique).

¹⁴⁶⁷ P. DUPICHOT, préc., note 1443 à la page 77; P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 1446, 8 (version électronique); Y. PICOD, préc., note 1436.

¹⁴⁶⁸ T. REVET, préc., note 61, 6 (version électronique).

¹⁴⁶⁹ *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, préc., note 61, p. 15 (version électronique). P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 1446, 11 (version électronique) : « le rapport du Président est très clair. Au-delà de son affirmation liminaire et générale du caractère supplétif, « sauf disposition contraire », des règles issues de la réforme, il prend soin de répéter et souligner spécialement ce trait à propos de l'article 1195 ».

¹⁴⁷⁰ Cécile PÉRÈS, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », (2016) I-18 *J.C.P. G.* 454, 5 (version électronique) : « [p]lusieurs raisons font pencher vers l'affirmative. Le texte, d'abord : l'article 1195, alinéa 1, subordonne formellement l'imprévision à la condition que la partie, pour qui l'exécution du contrat est devenue excessivement onéreuse, n'ait pas contractuellement accepté d'assumer le risque lié au changement de circonstances imprévisible. Le rapport au président de la République souligne à ce sujet que « comme l'implique la rédaction retenue, ce texte revêt un caractère supplétif, et les parties pourront convenir à l'avance de l'écarter ». La logique, ensuite : l'alinéa 1er de l'article 1195 réservant expressément les clauses qui interdisent à un contractant de demander une renégociation du contrat, il faut en toute rigueur reconnaître la validité de celles, moins radicales, qui aménagent simplement le régime légal prévu par l'alinéa 2 en cas de refus ou d'échec de la renégociation. La fonction de cette règle supplétive, enfin : jusqu'ici, le refus jurisprudentiel de la révision pour imprévision pouvait être analysé comme une règle supplétive répulsive (penalty default rule suivant la terminologie nord-américaine) en ce sens qu'elle incitait fortement les parties à exercer en amont leur liberté contractuelle en stipulant des clauses d'adaptation automatique. Aujourd'hui, le régime supplétif mis en place par l'alinéa 2 peut opportunément continuer à jouer ce rôle de repoussoir en encourageant les parties à définir elles-mêmes les conséquences de l'évolution des circonstances pour le contrat, ce qui est a priori la meilleure garantie de l'efficacité du procédé, étant entendu que « si la clause est trop sévère, on pourra l'écarter en lui prêtant d'être à l'origine d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, soit sur le fondement du nouveau texte du Code civil, soit sur celui de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ». Le rapport au président de la République fait d'ailleurs écho à la dimension répulsive de l'intervention judiciaire, qui apparaît comme la solution non pas première et idéale mais simplement en dernier lieu inévitable, lorsqu'il souligne que « l'imprévision a donc

« l'aléa chasse l'imprévision »¹⁴⁷¹. Reste en suspens la question de savoir si l'introduction d'une clause d'acceptation du risque dans un contrat d'adhésion pourra constituer une clause abusive, au sens de l'article 1771 nouveau du Code civil¹⁴⁷². Certains estiment « infondé de l'exclure du domaine des clauses abusives », car « la clause d'acceptation des risques consécutifs à un changement de circonstances qui n'a pu être prévu lors de la conclusion du contrat n'a pas pour objet l'évaluation de la prestation, mais l'intangibilité de l'évaluation initiale de la prestation malgré l'évolution du contexte économique, financier, commercial ou autre : insérée dans un contrat d'adhésion, la clause d'acceptation du risque d'imprévision porte donc atteinte au droit du contractant qui n'a eu d'autre choix que d'adhérer ou de ne pas adhérer à l'*instrumentum* rédigé par l'autre »¹⁴⁷³. Le caractère supplétif ne s'appliquerait alors que dans les contrats de gré à gré.

Cependant, ni le rapport au Président de la République ni l'article 1195 nouveau du Code civil ne précise s'il est possible d'aménager la disposition sur les changements de circonstances. En effet, les parties pourraient prévoir que le juge n'aurait pas de pouvoir d'adaptation ou que la circonstance devrait être seulement imprévue lors de la conclusion du contrat, mais existante¹⁴⁷⁴.

En outre, la définition généralement admise des changements de circonstances laisse apparaître que les parties ne doivent pas avoir commis de faute pour pouvoir mettre en œuvre ce mécanisme. En effet,

« le déséquilibre contractuel naît par hypothèse d'une situation imprévue, un "changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat". Ce changement nuit à l'un des contractants, c'est le postulat. Mais, face à lui, personne n'a commis de faute, ni un tiers ni le créancier qui profiterait, pour sa part, de l'évolution des circonstances. Pour ce dernier, c'est un effet d'aubaine, non le résultat d'un comportement blâmable par lequel il aurait réussi à déséquilibrer la relation en sa faveur »¹⁴⁷⁵.

vocation à jouer un rôle préventif, le risque d'anéantissement ou de révision du contrat par le juge devant inciter les parties à négocier » ».

¹⁴⁷¹ J.-D. PELLIER, préc., note 1441, 3 et s. (version électronique).

¹⁴⁷² « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

¹⁴⁷³ T. REVET, préc., note 61, 6 (version électronique).

¹⁴⁷⁴ P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 1446, 11 (version électronique).

¹⁴⁷⁵ Nicolas MOLFESSIS, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », (2015) I-52 J.C.P. G. 1415, 3 (version électronique).

L'article 1195 nouveau du Code civil ne prévoit pas, textuellement, cette condition. Elle ne saurait toutefois être totalement éliminée, sans remettre en cause la sécurité juridique.

Le texte de l'article 1195 paraît potentiellement incomplet pour renvoyer efficacement aux instruments l'inspirant. Il appartiendra donc aux juridictions de l'appliquer et de déterminer les caractéristiques essentielles des changements de circonstances à la française. Les droits supranationaux connaissent également des notions concernant les changements de circonstances.

SECTION 2 – Les changements de circonstances dans les droits supranationaux

D'un point de vue académique, les codifications privées, notamment internationales et européennes peuvent apparaître pertinentes, puisqu'elles cherchent à établir des règles de droit pouvant être considérées comme acceptées par la plupart des pays¹⁴⁷⁶. Ainsi, peuvent être particulièrement pris en considération les Principes Unidroit, les Principes européens du droit du contrat ainsi que le Draft common frame of reference¹⁴⁷⁷. Tous ces instruments ont admis un mécanisme afin de prendre en considération les changements de circonstances, même si les Principes d'Unidroit reconnaissent le hardship alors que les autres parlent de changement de circonstances.

« The UNIDROIT Principles and PECL regulate the legal institute of changed circumstances in a very similar way because the working groups of both instruments have worked in close cooperation and many of the members were the same in both groups. one of the main differences worth mentioning is that Article 6.2.2 of the UNIDRoIT Principles also acknowledges hardship with respect to events that have occurred before the conclusion of the contract but became known after the events occurred, whereas Article 6.111 of PECL recogni- zes hardship only with respect to events subsequent to the conclusion of the contract, the prior ones being dealt with under the rule on mistakes (Article 4:103 of PECL) »¹⁴⁷⁸.

¹⁴⁷⁶ E. H HONDIUS, « Current developments. European private law. Survey 2002-2004 », (2004) 12 *Eur. Rev. Priv. Law* 855, 863.

¹⁴⁷⁷ Martijn W. HESSELINK, « CFR & social justice: a short study for the european parliament on the values underlying the Draft Common Frame of Reference for european private law - What roles for fairness and social justice? », *Cent. Study Eur. Contract Law Work. Pap. Ser.* 2008.2008/08, 70, en ligne : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1270575 précisant que le Draft common frame of reference « *is likely to play a prominent role in the further development of European contract law* ».

¹⁴⁷⁸ E. BARANAUSKAS et P. ZAPOLSKIS, préc., note 401, 208.

Ces codifications privées sont rédigées de manières particulièrement détaillées. En effet, les Principes Unidroit concernant le *hardship* se composent de trois articles¹⁴⁷⁹.

*« Another difference between the two legal instruments is that the UNIDROIT Principles stipulate an additional condition for the application of hardship: “the events are beyond the control of the disadvantaged party” (Article 6.2.2, point c). While the PECL do not explicitly establish this particular requirement, a systemic and logical analysis of PECL reveals that an identical requirement is also established by the PECL »*¹⁴⁸⁰.

Les conditions d'application étant similaires, ces instruments seront donc étudiés ensemble.

Pour être reconnus, les changements de circonstances doivent entraîner une exécution particulièrement onéreuse pour le contractant subissant la situation (Paragraphe 1), suite à la survenance d'un évènement imprévisible et extérieur (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Le hardship et le changement de circonstances

De la même manière que les droits américain, italien et français, les instruments supranationaux supposent, pour mettre en œuvre la notion de changement de circonstances, un déséquilibre des prestations. La condition d'un déséquilibre significatif des prestations permet de considérer la règle comme exceptionnelle (A), ayant pour conséquence de rendre l'exécution particulièrement onéreuse (B).

A. Une règle exceptionnelle

Le principe de la force obligatoire des contrats est reconnu dans les trois instruments. Cette règle y est rappelée dans le texte de la disposition concernant les changements de circonstances, même si elle fait l'objet d'une disposition plus générale¹⁴⁸¹. Il apparaît donc que

¹⁴⁷⁹ Mustapha MEKKI, « Hardship et révision des contrats. 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits? », (2010) I-49 *J.C.P. G.* 1219, 4 (version électronique): « [l]es codifications doctrinales ont généralement opté pour une disposition rédigée de manière très détaillée afin d'encadrer à la fois la négociation des parties et surtout l'intervention du juge ».

¹⁴⁸⁰ E. BARANAUSKAS et P. ZAPOLSKIS, préc., note 401, 208.

¹⁴⁸¹ Voir, l'article 1.3 des Principes d'Unidroit: « Le contrat valablement formé lie ceux qui l'ont conclu. Les parties ne peuvent le modifier ou y mettre fin que selon ses dispositions, d'un commun accord ou encore pour les causes énoncées dans ces Principes. » ; l'article 1 : 102 des Principes européens du droit du contrat : « (1) Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en déterminer le contenu, sous réserve des exigences de la bonne foi et des règles impératives posées par les présents Principes » et l'article II – 1 : 103 des Draft common frame of reference: « *Binding effect – (1) A valid contract is binding on the parties. (2) A valid unilateral undertaking is binding on the person giving it if it is intended to be legally binding without acceptance. (3) This Articles does not prevent modification or termination of any resulting right or obligation by agreement between the debtor and creditor or as provided by law* ».

chacun de ces instruments considère les changements de circonstances comme une exception à ce dernier principe¹⁴⁸². Ils reposent sur les mêmes postulats que le droit français et québécois. En outre, le rappel du principe de la force obligatoire permet de rappeler que la procédure visée par les changements de circonstances ne permet pas de suspendre l'exécution de ses obligations, sauf à ses risques et périls¹⁴⁸³, de la même manière qu'il n'appartient pas au juge d'évaluer l'équilibre des prestations voulues par les parties lors de la conclusion du contrat sans changement de circonstances¹⁴⁸⁴.

Les Principes européens du droit du contrat (2) et les Principes d'Unidroit (1) ne font aucune distinction, pour l'application des changements de circonstances, entre les contrats en cause. En effet, la disposition s'applique quel que soit le rapport contractuel¹⁴⁸⁵. Cependant, il est nécessaire qu'il y ait un contrat¹⁴⁸⁶. Le Draft Common Frame of reference (3) va plus loin, incluant les actes unilatéraux dans son alinéa 2.

1. Les Principes d'Unidroit

L'article 6.2.1 des Principes d'Unidroit prévoit que « les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse [...] ». Cet article démontre que la force obligatoire du contrat est le principe, le hardship n'étant qu'une exception à ce dernier¹⁴⁸⁷.

Le hardship est prévu à l'article 6.2.2 qui en précise la définition :

« There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

(a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;

(b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;

(c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and

¹⁴⁸² I. H. SCHWENZER, préc., note 479, 714; Dietrich MASKOW, « Hardship and force majeure », (1992) 40 *Am. J. Comp. Law* 657, 661 : « [i]t is only repeated here in order to make clear that the Principles also take the principle "pacta servanda sunt" as a basis, and that the possibility of adaptation is of an extraordinary character ».

¹⁴⁸³ O. LANDO et H. G. BEALE, préc., note 16, p. 324.

¹⁴⁸⁴ L. A. DiMATTEO, préc., note 476, 271 : « the first order rule for any court or tribunal is to enforce a commercial contract as written. It is not the courts role to evaluate the relative values, benefits, and costs being exchanged between the parties to the contract or as changed by subsequent events ».

¹⁴⁸⁵ Mustapha MEKKI, « Hardship et révision des contrats. 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision », (2010) I-50 *J.C.P. G.* 1257, 17 (version électronique).

¹⁴⁸⁶ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1325, 248.

¹⁴⁸⁷ L. ROLLAND, préc., note 155 à la page 603.

(d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party ».

Le hardship sera donc admis lorsqu'il y aura un déséquilibre contractuel provoqué par un évènement imprévisible dont le risque de survenance sera en dehors de la sphère de contrôle de la partie désavantagée par sa survenance.

« L'article 6.2.2 des "principes relatifs aux contrats du commerce international [...] illustre bien les conditions usuelles associées au concept : altération fondamentale de l'équilibre des prestations (augmentation du coût d'exécution des obligations ou diminution de la valeur de la contre-prestation), évènements survenus ou portés à la connaissance de la partie lésée après la conclusion du contrat, évènements raisonnablement imprévisibles pour la partie lésée, échappant à son contrôle et dont le risque n'a pas été assumé par elle »¹⁴⁸⁸.

Deux éléments sont nécessaires à la reconnaissance du hardship, à savoir des critères relatifs à l'évènement (imprévisible, en dehors de la sphère de contrôle et de risque du contractant désavantagé et non pris en compte) et un déséquilibre du contrat par une augmentation des coûts d'exécution ou une diminution de la valeur de l'exécution.

2. Les Principes européens du droit du contrat

L'alinéa premier de l'article 6 : 111 des Principes européens du droit du contrat précise qu'« une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué ».

L'article 6 : 111 des Principes européens du droit du contrat propose donc une vision en trois temps pour l'admission des changements de circonstances. Il dispose que :

« (1) Une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué.

(2) Cependant, les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances

(a) qui est survenu après la conclusion du contrat,

(b) qui ne pouvait être raisonnablement pris en considération au moment de la conclusion du contrat,

(c) et dont la partie lésée n'a pas à supporter le risque en vertu du contrat.

(3) Faute d'accord des parties dans un délai raisonnable, le tribunal peut

(a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe,

¹⁴⁸⁸ Josée RINGUETTE, *Le hardship: vers une reconnaissance du principe par les tribunaux arbitraux du commerce international*, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de maîtrise, option droit des affaires (LL.M.), 2003, p. 8, en ligne : <https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/bitstream/1866/2368/1/11457420.PDF>; B. OPPETIT, préc., note 1285, 799 et s.

(b) ou l'adapter de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances.

Dans l'un et l'autre cas, il peut ordonner la réparation du préjudice que cause à l'une des parties le refus par l'autre de négocier ou sa rupture de mauvaise foi des négociations ».

3. Le Draft common frame of reference

Dans le Draft common frame of reference, la règle concernant les changements de circonstances est une limitation particulière à la liberté contractuelle et à l'autonomie de la volonté. En effet, il précise que :

*« Many modern laws have recognised that in extreme circumstances it may be unjust to enforce the performance of contractual obligations that can literally still be performed according to the original contract terms if the circumstances in which the obligations were assumed were completely different to those in which they fall to be enforced »*¹⁴⁸⁹.

Le Draft common frame of reference admet une exception à la force obligatoire des contrats en considération du principe de justice. Cependant, le principe reste bien celui de la force obligatoire, les parties étant libres d'exclure l'application de la disposition concernant les changements de circonstances¹⁴⁹⁰.

« III. – I:110: Variation or termination by court on a change of circumstances

(1) An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished.

(2) If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may:

(a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or

(b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court.

(3) Paragraph (2) applies only if:

(a) the change of circumstances occurred after the time when the obligation was incurred;

(b) the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances;

(c) the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances; and

(d) the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation ».

Dans les trois instruments, il est nécessaire qu'un déséquilibre des prestations apparaisse suite à la survenance d'un événement imprévisible.

B. Le déséquilibre des prestations

Chacun des trois instruments prévoit que la survenance de l'évènement doit avoir rendu l'obligation particulièrement onéreuse pour l'une des parties. Ainsi, il doit y avoir une

¹⁴⁸⁹ C. VON BAR, É. CLIVE et H. SCHULTE-NÖLKE, préc., note 16, p. 75.

¹⁴⁹⁰ *Id.* : « [i]t is also recognised in the DCFR but the parties remain free, if they wish, to exclude any possibility of adjustment without the consent of all the parties ».

augmentation des coûts d'exécution ou une diminution de la valeur de la contreprestation, ce qui signifie que les deux contractants peuvent invoquer le changement de circonstances¹⁴⁹¹. Cependant, certaines différences peuvent apparaître entre les Principes d'Unidroit (1), les Principes européens du droit du contrat (2) et le Draft common frame of reference (3).

1. Les Principes d'Unidroit

Pour que le *hardship* soit reconnu, il est nécessaire que le contractant subissant le changement de circonstances démontre que l'altération de l'équilibre contractuel est fondamentale. L'expression « altération fondamentale » est particulièrement vague afin de couvrir un nombre important de cas. L'objectif est d'éviter d'être trop restrictif¹⁴⁹².

*« Hardship requires a change in circumstances so severe and fundamental that the promisor cannot be held to its promise in spite of the possibility of performance. If an unforeseeable event, not within the control of the disadvantaged party and the occurrence of which was not a risk assumed by the disadvantaged party, occurs or becomes known after contracting, and the equilibrium of the contract is fundamentally altered for either party because of an increased cost of performance or the decrease in value of the performance received, hardship results »*¹⁴⁹³.

Conformément au commentaire 2 de l'article 6.2.2, les circonstances détermineront si le changement est fondamental. Cette altération de l'équilibre contractuel peut revêtir deux formes, à savoir une augmentation du coût de l'exécution ou une diminution de la valeur de la prestation.

*« It is, however, justified that the concept of hardship adopted by the UPICC/PECL encompasses both situations where the cost of performance has increased and situations where the value of the performance received by the other party has decreased. The latter situation also includes situations of frustration of purpose. As noted in the Official Comment, a 'substantial decrease in the value or the total loss of any value of the performance may not only be due to drastic changes in market conditions, but also the frustration of the purpose for which the performance was required'. The position taken by the UPICC is reasonable since, from an economic perspective, the two situations should be treated in the same way »*¹⁴⁹⁴.

L'augmentation des coûts d'exécution correspond au fait que l'un des partenaires subit une augmentation substantielle du coût dans l'exécution de sa propre prestation. Il s'agit ici

¹⁴⁹¹ I. H. SCHWENZER, préc., note 479, 715.

¹⁴⁹² D. MASKOW, *Progressive Codification of International Trade Law. Proposed Rules on Hardship with Introduction and Explanatory Report (Unidroit)*, Study L - Doc 24, Rome, 1983, en ligne: <http://www.unidroit.org/preparatry-principles-2010>, p. 12.

¹⁴⁹³ S. H. JENKINS, préc., note 1354, 2027 et s. .

¹⁴⁹⁴ Christoph BRUNNER, *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*, Austin; Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p. 410.

principalement d'une obligation non monétaire. Cette augmentation est généralement due à une augmentation spectaculaire du coût des matières premières¹⁴⁹⁵.

*« In analysing the typical cases it is evident that the attainment of the aim of the obligor if the non money performance can mainly be disturbed by an increase in his costs (inflation) so that it becomes impossible to make a profit in fulfilling the contract, on the contrary, he will incur losses. That means that the original economic equilibrium of the contract is heavily disturbed. The same result occur, where the contract currency is devaluated »*¹⁴⁹⁶.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 17 février 2015, a ainsi pu estimer qu'un fournisseur d'appareils de chauffage devait prouver soit une augmentation des coûts d'exécution du contrat soit une altération fondamentale de l'équilibre des prestations afin de pouvoir invoquer le *hardship*. Le fournisseur ayant invoqué une hausse des prix de 4 à 16 % ainsi qu'une perte de 58 % de sa marge brute n'apportait pas la preuve d'une augmentation exceptionnelle des coûts des matières premières. Elle rejette donc le moyen¹⁴⁹⁷.

Par contre, la Cour de cassation de Belgique a statué que les parties devaient renégocier les termes de leur accord lorsque, par suite d'événements imprévisibles entraînant une augmentation du prix de l'acier de 70 %, l'exécution du contrat de vente de tuyau d'acier était devenue particulièrement préjudiciable¹⁴⁹⁸.

Le critère de la diminution du coût de la prestation correspond à une diminution de la valeur de l'exécution pour le contractant devant la recevoir. Elle inclut également la perte totale de valeur de la prestation. Il peut s'agir autant d'obligation monétaire que non monétaire. Ce critère prend en compte la diminution du coût de la prestation, comme en cas d'augmentation drastique de l'inflation sur le prix négocié, ou encore la disparition du fondement contractuel, notamment en cas d'embargo ou de changement de législation¹⁴⁹⁹.

¹⁴⁹⁵ Principes Unidroit, article 6.2.2 cmt 2a.

¹⁴⁹⁶ D. MASKOW, préc., note 1492, p. 11.

¹⁴⁹⁷ Cass. Com., 25 février 2015, pourvoi n° 12-29.550, 13-18.956, 13-20.230, (*Dupiré Invicta industrie v. Gabo*) : « [m]ais attendu que l'arrêt retient que la société Dupiré Invicta industrie, qui produit aux débats une documentation sur le cours mondial des matières premières ainsi que diverses lettres de ses fournisseurs annonçant des hausses de prix de 4 % à 16 %, et qui évoque la nécessité corrélative d'augmenter le prix des marchandises facturées à la société Gabo en raison de la diminution de 58% de sa marge brute, ne rapporte pas la preuve de l'augmentation du coût de l'exécution des ses obligations au titre du contrat du 12 février 2001, ni d'une situation qui a altéré fondamentalement l'équilibre des prestations et constituant un cas de *hardship* ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a effectué la recherche prétendument omise, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ».

¹⁴⁹⁸ Cour de cassation de Belgique, 19 juin 2009, C.07.0289.N.

¹⁴⁹⁹ Principes Unidroit, article 6.2.2 cmt 2b. D. MASKOW, préc., note 1492, p. 11 et s. précisant que « [t]he attainment of the aim of the obligor of the money performance i.e. the obligee of the non money performance, can

« Lorsque les juristes d'Unidroit se sont penchés sur la question de l'imprévision, ils ont choisi, à l'article 6.2.2, de ne pas seulement s'inquiéter du débiteur en mauvaise posture, consacrant ainsi toute la signification et la portée légitime de la théorie : "la logique exige qu'à l'imprévision des pertes corresponde l'imprévision des bénéfices" »¹⁵⁰⁰.

Il est à noter qu'un regret d'un contractant sur la prestation demandée ne pourra être pris en considération¹⁵⁰¹. Pour que la disparition du fondement contractuel soit reconnue, il est nécessaire que ce fondement ait été connu ou devait être connu des deux parties¹⁵⁰². De surcroît, l'altération de l'équilibre contractuel doit être fondamentale et décisive. C'est un critère objectif¹⁵⁰³. Une altération n'ayant que des conséquences mineures sur le contrat ne pourra être prise en considération¹⁵⁰⁴.

*« It is thus clear that the drafters of the UNIDROIT Principles consider "frustration of purpose" to be an inherent part of the hardship legal institute, which confirms the earlier conclusion of this article that frustration of contract (same as under English law) covers not only instances of impossibility of contract but also instances of more cumbersome performance, including the disappearance of purpose »*¹⁵⁰⁵.

Les Principes d'Unidroit se fondent donc sur une altération fondamentale de l'équilibre du contrat. Le terme fondamental montre bien que l'altération doit avoir une importance particulière. *« It has been argued that the word 'fundamental' implies a high threshold for the configuration of hardship, reflecting the general rule laid down in Art. 6.2.1 »*¹⁵⁰⁶.

L'altération de l'équilibre contractuel, même s'il est explicité dans les commentaires et recouvre deux réalités reste une notion plutôt vague.

« On fait parfois référence à un changement de circonstances "substantiel". De tels critères sont imprécis, mais cette imprécision nous apparaît inévitable puisque chaque cas est un cas d'espèce. Tenter

be impeded primarily by events making the non money performance useless to him (the factory where the machine bought shall be installed is destroyed by an earthquake, the supply of certain raw materials becomes superfluous since indigenous sources have been discovered). The definition covers both cases ».

¹⁵⁰⁰ J. BÉDARD, préc., note 2, 767.

¹⁵⁰¹ C. BRUNNER, préc., note 1494, p. 399.

¹⁵⁰² Principes Unidroit, article 6.2.2 cmt 2b.

¹⁵⁰³ D. MASKOW, préc., note 1482, 662 : « [t]his means that the Principles have taken the objective approach, that is to say, hardship exists if these objective criteria are observed, and it is not necessary that the parties themselves in a subjective manner have made the maintenance of certain conditions a basis of their relationship ».

¹⁵⁰⁴ D. MASKOW, préc., note 1492, p. 12 : « [a]lterations with minor consequences shall not be taken into consideration. Though the nature and importance of the events as such is not relevant their consequences for the contracts must be decisive. That means alterations which lead to a certain reduction of the profit expected or even to a certain loss are irrelevant. The consequences must be serious, e.g. the performance must be a substantial burden or useless as the case may be for either party ».

¹⁵⁰⁵ E. BARANAUSKAS et P. ZAPOLSKIS, préc., note 401, 209.

¹⁵⁰⁶ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1325, 248 et s.

d'identifier un pourcentage précis qui servirait de barème est inutile puisque ce sont les circonstances qu'il importe d'analyser »¹⁵⁰⁷.

L'imprécision du critère laisse pourtant une partie de la doctrine perplexe, dans le sens où aucun seuil dans la nouvelle version n'est prévu.

« The definition of hardship, which appears in Article 6.2.2., is complex, because it not only defines the nature of the burden, but also other factors that must coexist with the burden to make it legally relevant. [...] there must have been « the occurrence of events fundamentally alter[ing] the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished ... ». When is the equilibrium of a contract fundamentally altered? « [A]n alteration amounting to 50% or more of the cost of a party's performance is likely to involve a 'fundamental' alteration » justifying invocation of the doctrine. [...] Nonetheless, the buyer may have redress under the hardship provisions. As a factual matter, hardship exists if the « equilibrium of the contract » is « fundamentally altered » by events that occur or become known after contracting. [...] hardship as a fact does not automatically trigger the judicial concept of hardship. In addition, it must be shown that the events could not reasonably have been taken into account, are not within the party's control, and the risk was not assumed »¹⁵⁰⁸.

Il est précisé que la situation de *hardship* ne pourra être reconnue que si l'exécution ne s'est pas encore réalisée. En effet, si l'exécution a déjà eu lieu, l'un des contractants ne pourra plus invoquer le *hardship*. De la même manière, en cas d'exécution partielle, seule la partie de la prestation restant à exécuter pourra faire l'objet d'un remède en cas de reconnaissance d'un changement de circonstances¹⁵⁰⁹.

2. Les Principes européens du droit du contrat

Après avoir rappelé le principe de la force obligatoire du contrat¹⁵¹⁰, les Principes européens du droit du contrat prévoient que les parties doivent chercher à renégocier ou à mettre fin d'un commun accord à leur contrat lorsque par suite d'un changement de circonstances, l'exécution du contrat est devenue onéreuse à l'excès pour l'un des partenaires. Cette disposition ne sera

¹⁵⁰⁷ J. RINGUETTE, préc., note 1488, p. 130.

¹⁵⁰⁸ J. M. PERILLO, préc., note 515, 22.

¹⁵⁰⁹ D. MASKOW, préc., note 1492, p. 13 : « *the change must have occurred before performance. That means alterations of circumstances can only be considered insofar as they relate to performance not yet rendered. This limitation is necessary in order to avoid that performed contracts are discussed anew. This is so self evident that most contractual provisions do not even foresee this case. Nevertheless for a more general regulation this does not seem to be superfluous. Where performance has only been partially rendered, renegotiation may only relate to the part not yet rendered. It is true in case of termination because of hardship a solution has to be found for the performance already rendered [...]. As well where only the money performance is still outstanding (wholly or partly) renegotiation because of hardship would only be possible in cases of striking devaluation* ».

¹⁵¹⁰ B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD et A. H. C. des amis de la culture juridique FRANÇAISE, préc., note 16, p. 528 : « l'affirmation selon laquelle le déséquilibre contractuel, survenu lors de l'exécution du contrat, n'emporte pas un relâchement de sa force obligatoire, confirme le principe de la force obligatoire du contrat et confère à l'impératif de stabilité contractuelle, ou de sécurité des relations contractuelles (a. 1:106) une forte portée ».

applicable que si le contractant désavantagé n'a pas assumé le risque du changement de circonstances¹⁵¹¹.

*« The general assumption of the performance as such does not entitle the party to refuse to fulfill his/her obligations. Excessive onerousness may be directly linked to the increase in performance costs [...] or may result in the loss of value as far as the expected counterperformance is concerned »*¹⁵¹².

En outre, le commentaire de l'article précise bien que cette disposition est d'application exceptionnelle, et ne permet pas la renégociation ou la modification d'un contrat lorsque l'un des partenaires considère qu'il a fait une mauvaise affaire. Ceci provient de la réaffirmation de la force obligatoire du contrat dans le premier paragraphe de l'article et du terme « *however* » dans le second¹⁵¹³. Se retrouve alors la formule de l'article 1467 du *Codice civile*.

La première condition concerne le caractère excessivement onéreux. En effet,

*« the change in circumstances must have brought about a major imbalance in the contract. A contract, especially one of long duration, is made in a particular economic context which may not last [...]. A subsequent change in the economic context is not enough to give rise to the right to have the contract revised. The « imprévision » mechanism only comes into play if the contract is completely overturned by events, so that although it still can be performed, this will involve completely exorbitant costs for one of the parties. the terms of the paragraph show clearly that the court should not interfere merely because of some disequilibrium »*¹⁵¹⁴.

Le commentaire prévoit que le terme « *excessive onerosity* » renvoie autant à une augmentation des coûts d'exécution qu'à une contre-prestation devenue sans valeur. Par exemple, « *if the cost of building work which has already been executed is to determined by reference to some index of a price which collapses in a quite unforeseeable way* »¹⁵¹⁵. En outre, il suppose que le contrat soit complètement bouleversé par les événements, ce qui nécessite alors que la partie étant censée l'exécuter le fasse à des coûts exorbitants¹⁵¹⁶. Les

¹⁵¹¹ Denis MAZEAUD, « Principes du droit européen du droit du contrat, Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs. Trois codifications savantes, trois visions de l'avenir contractuel européen ... », *RTD eur.* 2008.723, par. 24.

¹⁵¹² L. ANTONIOLLI, préc., note 448, p. 311.

¹⁵¹³ O. LANDO et H. G. BEALE, préc., note 16, p. 324 : « *it will only be in exceptional circumstances that the rules permitting renegotiation will operate. They must not provide a means for a party which has entered a contract which has simply turned out badly to revise it. The first paragraph restates the principle of sanctity of contract in an unambiguous terms, and the exceptional nature of the intervention is reinforced by the word "However" which introduces the rule on renegotiation in paragraph* ».

¹⁵¹⁴ *Id.*, p. 325.

¹⁵¹⁵ *Id.*

¹⁵¹⁶ *Id.* : « *[t]he "imprévision" mechanism only comes into play if the contract is completely overturned by events, so that although it still can be performed, this will involve completely exorbitant costs for one of the parties* » ; R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1325, 249 : « *the PECL official comment adds that such excessive onerousness takes places when the changed circumstances result in a "major imbalance in the contract" such that the contract is "completely overturned by events"* ».

Principes européens du droit du contrat mettent donc l'accent sur le caractère imprévisible des conséquences particulièrement onéreuses pour l'un des contractants. La condition est la même que dans les Principes d'Unidroit, même si dans cette dernière, elle est reconnue de manière implicite à travers la notion d'altération fondamentale de l'équilibre contractuel.

Les Principes européens du droit du contrat cherchent à avoir une approche large et flexible afin de parvenir à un mécanisme concernant les changements de circonstances qui permette de satisfaire les exigences de justice contractuelle¹⁵¹⁷. Pour ce faire, ils adoptent une approche en termes de coût et non une approche en termes de réalisation de l'objectif contractuel. Il cherche à répartir le coût de l'évènement imprévisible entre les partenaires, plutôt que de la laisser à la charge d'un seul¹⁵¹⁸.

« Bien que présentée par le commentaire comme “large et flexible”, la voie retenue par les Principes du droit européen du contrat est assez semblable aux solutions restrictives du droit italien. Les principes commencent par rappeler la force obligatoire du contrat [...]. Les textes suivants définissent en détail les exceptions au principe [...]. Les Principes du droit européen du contrat exigent simplement une exécution “plus onéreuse”, mais le commentaire précise que le contrat doit, conformément au texte italien, être devenu “excessivement” onéreux ou lourd à supporter. Parmi d'autres exemples, le commentaire relève que si le prix de la redevance prévue en échange de l'irrigation pendant cinquante ans d'un terrain devient dérisoire en raison de l'inflation, la révision sera ouverte »¹⁵¹⁹.

Le caractère excessif de l'onérosité permet de faire la distinction entre les risques inhérents au contrat que chaque partie va assumer naturellement et les risques exorbitants liés à la survenance d'évènement imprévisible, qui n'auront pas été assumés par l'un des partenaires. Il ne s'agit pas de prendre en considération, à travers les changements de circonstances, les aléas normaux¹⁵²⁰.

3. Le Draft common frame of reference

Le Draft common frame of reference adopte une approche quelque peu différente des Principes européens du droit du contrat et des Principes d'Unidroit. En effet, il reprend le

¹⁵¹⁷ O. LANDO et H. G. BEALE, préc., note 16, p. 323 : « [t]he Principles adopt such a mechanism, taking a broad and flexible approach, as benefits the pursuit of contractual justice which runs through them ».

¹⁵¹⁸ *Id.* : « they prevent the cost caused by some unforeseen event from falling wholly on one of the parties ».

¹⁵¹⁹ B. FAUVARQUE-COSSON, préc., note 56, 10 et s. (version électronique).

¹⁵²⁰ L. ANTONIOLLI, préc., note 448, p. 311 : « [t]he supervening onerousness does not affect the agreement if it does not exceed the usual risk involved in the contract (i.e. the risk of the change does not have to be one which, according to the contract, the party affected should be required to bear, as is the case with respect to stock exchange transactions, futures, swaps, etc.). The possibility of a change in circumstances must not be one which could reasonably have been taken into account at the time of the conclusion of the contract (the standard is that of a reasonable man) ».

même critère d'onérosité excessive, mais y ajoute le principe de justice, « *If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation* ». Il est donc exigé deux conditions pour la reconnaissance des changements de circonstances, tout d'abord l'exécution doit être particulièrement onéreuse, ensuite, exiger son exécution doit être manifestement injuste. Certains ont ainsi considéré que l'approche des Draft common frame of reference était plus restrictive que celle des Principes européens du droit du contrat ou des Principes d'Unidroit¹⁵²¹.

L'interprétation de l'injustice dans l'exigence de l'exécution de la prestation peut apparaître délicate, dans le sens où elle nécessitera de prendre en considération des éléments subjectifs.

*« Thus, the assessment of justice may lead the court to examine, for the application of the provision, factors which are external to the contract itself, e.g. the economic situation of the promisor, its relative position on the market and even its related contracts with third parties »*¹⁵²². *Pour d'autres, la difficulté provient du fait que la référence à la justice ne permettra pas la cohérence nécessaire à l'application de la doctrine*¹⁵²³.

Dans tous les cas, qu'il s'agisse des Principes d'Unidroit, des Principes européens du droit du contrat ou du Draft common frame of reference, l'interprétation de l'onérosité excessive ne pourra se faire qu'au cas par cas, et ne pourra pas être faite de manière arithmétique. Les commentaires des Principes d'Unidroit ont d'ailleurs été modifiés dans la version de 2004 par rapport à celle de 1994 pour en supprimer la référence à l'exécution évaluable en argent¹⁵²⁴. Afin de réaliser cette évaluation, les juridictions devront considérer l'intégralité de la relation, et pas seulement l'obligation potentiellement devenue excessivement onéreuse. « *Thus, even when the supervening events have made the performance of the affected party excessively*

¹⁵²¹ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1325, 249.

¹⁵²² *Id.*, 249 et s.

¹⁵²³ Sheldon W. HALPERN, « Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: Searching for "The Wisdom of Solomon" », (1987) 135-5 *Univ. Pa. Law Rev.* 1123, 1137 : « [n]evertheless, such a consequential inquiry raises serious obstacles to consistency in the application of doctrine. The search for boundaries for the quantification of impracticability is impeded by ad hoc determinations of costs and benefits beyond those directly attributable to performance. Such an undertaking would not only entail enormous process costs in litigation but also would limit the effect of each case and decision to its peculiar facts ».

¹⁵²⁴ Principes d'Unidroit, version 1994, article 6.2.2, cmt 2 : « [s]i toutefois les obligations peuvent faire l'objet d'un calcul précis en termes monétaires, une altération équivalant à 50% ou davantage du coût ou de la valeur de l'obligation équivaldra probablement à une altération "fondamentale" ».

onerous, if the counter-performance is also severely burdened by the new circumstances, the relevant provisions are not applicable »¹⁵²⁵.

Après avoir déterminé l'onérosité excessive de l'exécution, les dispositions concernant les changements de circonstances exigent qu'ils aient été provoqués par un évènement imprévisible et extérieur.

Paragraphe 2 – Les caractéristiques de l'évènement

Pour mettre en œuvre le *hardship*, l'évènement pris en considération doit être imprévisible et/ou imprévu (A). En outre, il ne doit pas être causé par l'un des partenaires (B).

A. Un évènement raisonnablement imprévisible

L'évènement rendant l'exécution de la prestation excessivement onéreuse doit avoir été raisonnablement imprévisible, de sorte que la partie désavantagée par ce dernier n'ait raisonnablement pu ou ne pouvait raisonnablement pas le prendre en considération. L'insertion du critère de raisonnabilité suppose une approche en considération d'un homme raisonnable, sans tenir compte du contractant en difficulté de manière particulière. C'est donc le critère de l'homme raisonnable, prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances qui sera retenu. Cette condition se retrouve dans les Principes d'Unidroit (1), les Principes européens du droit du contrat (2) et dans le Draft common frame of reference (3).

1. Les Principes d'Unidroit

Le premier paragraphe des Principes d'Unidroit prévoit que l'évènement se produit ou est connu après la conclusion du contrat¹⁵²⁶. En effet, si la partie désavantagée par le bouleversement des circonstances savait qu'un tel évènement allait se produire au moment de la conclusion du contrat, elle pouvait le prendre en considération lors de la formation, et se prémunir contre ce dernier. Dans ce cas, l'exception relevant du *hardship* ne lui sera pas ouverte¹⁵²⁷. Cependant, le texte de l'article ne précise pas que l'évènement se produise après la

¹⁵²⁵ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1325, 250.

¹⁵²⁶ Voir également, Corte Suprema de Justicia [Colombia], 21 février 2012, 11001-3103-040-2006-00537-01, *Rafael Alberto Martínez Luna y María Mercedes Bernal Cancino v. Granbanco S.A.*, en ligne : <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1709>.

¹⁵²⁷ Principes Unidroit, article 6.2.2 cmt 3a.

conclusion du contrat, il peut donc être « antérieur à l'accord de volonté dans la mesure où l'on en ignorait l'existence »¹⁵²⁸. Il s'agit là d'une différence avec les PECL ou le DCFR, qui renvoie, lorsque les circonstances se sont produites avant la conclusion du contrat, aux dispositions sur l'erreur.

Les travaux préparatoires envisageant une disposition sur le *hardship* précise que :

*« [w]here the concrete kind of impediment can be envisaged and therefore the consequences as well [...] clauses can be used which allow an automatic adaptation of the contract to such changes, like various clauses which maintain the value of the price [; ... where either the impediments are not foreseeable or their effects on the contractual obligations of the parties], can only be covered by the so called 'hardship' clauses which are also applicable to impediments of the former kind, presupposing that they have reached the quality of a real hardship »*¹⁵²⁹.

Le contractant désavantagé ne devra pas avoir pu, raisonnablement, prendre en considération l'évènement entraînant le changement de circonstances. Ce second critère appuie le premier en précisant que même si l'évènement se produit après la conclusion du contrat, il doit apparaître ne pas avoir pu raisonnablement être pris en compte par la partie désavantagée lors de la conclusion du contrat¹⁵³⁰. Lorsque le changement de circonstances se réalise de manière lente, le résultat final de ces changements peut entraîner une situation de *hardship*.

*« Il ne doit pas avoir été raisonnablement possible de prendre ces évènements en considération lors de la conclusion du contrat. Nous insistons sur la présence de l'adverbe "raisonnablement". Pour donner effet au principe du hardship, il est impératif de ne pas interpréter avec trop de rigueur ce critère. Les parties ne doivent pas être en mesure de prédire la nature précise du changement, son étendue et le moment où il surviendra, mais elles ne sont cependant pas s'en savoir qu'un changement des circonstances peut se produire et elles sont à même d'imaginer plusieurs scénarios. Le caractère imprévisible des évènements doit être analysé à la lumière du contexte qui a procédé à la conclusion du contrat. Parfois, les développements subséquents permettront de prédire aisément la suite des évènements, mais ce n'était pas nécessairement le cas lorsque les parties ont contracté leurs obligations »*¹⁵³¹.

Cependant, l'imprévisibilité de l'évènement n'est pas pour autant décisive. En effet, il ne doit pas avoir été pris en compte ou ne doit pas avoir pu raisonnablement l'être, ce qui ne signifie pas qu'il doit avoir été imprévisible.

« Therefore it should not been decisive, whether the alteration of the circumstances is foreseeable. This is often the case. It should be relevant, whether the consequences for the attainment of the aims of the parties are foreseeable (according to objective criteria). It goes without saying that the

¹⁵²⁸ L. ROLLAND, préc., note 155 à la page 604.

¹⁵²⁹ D. MASKOW, préc., note 1492, p. 5.

¹⁵³⁰ Principes Unidroit, article 6.2.2 cmt 3b.

¹⁵³¹ J. RINGUETTE, préc., note 1488, p. 129.

disadvantaged party has to use his best efforts to overcome the consequences of the change in circumstances »¹⁵³².

Le type d'évènement donnant lieu à l'ouverture de la procédure de *hardship* n'est pas précisé. En effet, seuls sont prévus les effets de ces circonstances, sans référence à leur nature¹⁵³³. Les Principes d'Unidroit sont particulièrement proches des Principes européens du droit du contrat.

2. Les Principes européens du droit du contrat

La seconde condition des Principes européens du droit du contrat concerne le moment de la survenance des circonstances. Ces dernières doivent se produire durant l'exécution du contrat. En effet, si les circonstances rendant le contrat particulièrement onéreux existaient au moment de sa conclusion, les règles sur l'erreur s'appliqueraient, conformément à l'article 4 : 103 et 4 : 105.

La troisième condition concerne l'imprévisibilité des circonstances. En effet, « *the change of circumstances should not have reasonably been taken into account by the parties* »¹⁵³⁴. Le critère qui s'appliquera ici est celui de l'homme raisonnable, placé dans la même situation. Le changement de circonstance ne doit pas avoir été pris en considération par les parties, il doit avoir été raisonnablement imprévisible.

3. Le Draft common frame of reference

Le Draft common frame of reference prévoit que le changement de circonstances doit se produire après la conclusion du contrat. En outre, il prévoit également le critère de raisonnablement en précisant que le contractant subissant l'excessivité ne doit pas avoir pris en considération ou ne pouvait raisonnablement prendre en considération les circonstances au moment de la formation du contrat.

Cependant, le Draft common frame of reference va plus loin en précisant que ce qui ne doit pas avoir été pris en considération est soit la survenance de l'évènement, soit son importance

¹⁵³² D. MASKOW, préc., note 1492, p. 12.

¹⁵³³ *Id.*, p. 11 précisant que « *[t]he relevant circumstances are characterized primarily by their effects. The effect must be that the aim which at least one party intended to achieve through the contract can no longer be attained. [...] The proposal takes as a starting point that each party has pursued their own interests or aims by entering into the contract and therefore does not refer to the purpose of the contract as a whole, since this would require establishing a common purpose of the parties the proof of which may be difficult* ».

¹⁵³⁴ O. LANDO et H. G. BEALE, préc., note 16, p. 325.

ou son intensité¹⁵³⁵. Il s'agit ici d'une innovation en considération des Principes européens du droit du contrat ou des Principes d'Unidroit, qui ne réfèrent qu'à la survenance de l'évènement, alors même que la doctrine a, depuis longtemps, admis qu'un évènement prévisible pouvait avoir des conséquences imprévisibles.

Concernant l'évènement, le Draft common frame of reference suppose un changement exceptionnel, « *exceptional change of circumstances* ». Cette expression n'est pas définie par le Draft common frame of reference.

« *The insertion of the exceptional requirement is justified in the Comment as a consequence of the consultation with the stakeholders who criticised the lack thereof in the PECL. Again, the reasons for such concern are not specifically stated, but can be deduced from the general intention to place strict limits on the application of the rules on changed circumstances* »¹⁵³⁶.

Cette absence de définition peut se comprendre puisque le Draft common frame of reference réfère également au caractère raisonnablement imprévisible des circonstances.

« Ici on peut remarquer l'importance fondamentale de l'interprétation du contrat pour arriver à la répartition des risques contractuels entre les parties. Cette interprétation relève de la sphère d'appréciation du juge et souligne déjà l'importance de l'intervention de ce dernier »¹⁵³⁷.

Avec le droit italien, le Draft common frame of reference est le seul instrument à exiger des circonstances imprévisibles et extraordinaires. Cette conception n'a pas été retenue par les Principes contractuels communs, qui n'impose, dans son article 7 : 101, le critère d'un « changement de circonstance raisonnablement imprévisible »¹⁵³⁸. Cette condition semble exiger que les circonstances soient, en plus d'être raisonnablement imprévisible, d'une particulière rareté. Il semble que, d'un point de vue pratique, elle ne puisse que très rarement être rencontrée, ce qui peut laisser penser qu'elle ne serait pas utilisable. Le critère de l'imprévisibilité raisonnable semble alors suffisant afin de concilier la justice contractuelle et

¹⁵³⁵ C. VON BAR, É. CLIVE et H. SCHULTE-NÖLKE, préc., note 16, p. 233 : « (3) Paragraph (2) applies only if: (a) the change of circumstances occurred after the time when the obligation was incurred; (b) the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances [...] ».

¹⁵³⁶ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1325, 251 et s.

¹⁵³⁷ Anna VENEZIANO, « Table ronde: Contenu et exécution du contrat », *RDC* 2009.2.873, 3 (version électronique).

¹⁵³⁸ B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD et ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, préc., note 16, p. 539, article 7 : 101 : « Changement de circonstances. (1) Si le contrat devient profondément déséquilibré, en cours de son exécution, à la suite d'un changement de circonstances raisonnablement imprévisible, les parties doivent le renégocier afin de la réviser ou de la résilier. (2) Si, en dépit de la bonne foi des contractants, les négociations n'aboutissent pas dans un délai raisonnable, ceux-ci peuvent le résilier d'un commun accord ; à défaut, le juge peut réviser équitablement le contrat ou le priver d'effets pour l'avenir ».

la liberté contractuelle, et protéger les intérêts du cocontractant. Encore faut-il que le contractant victime du changement n'en ait pas assumé le risque.

B. L'allocation des risques.

Qu'il s'agisse des Principes d'Unidroit (1), des Principes européens du droit du contrat (2) ou du Draft common frame of reference (3), ils exigent tous que la partie subissant le changement de circonstances n'ait pas assumé le risque de sa survenance. Cette allocation peut être réalisée de manière expresse ou implicite, les juridictions prenant en considération, notamment, la nature du contrat ou tout autre élément. « *In that event, in most cases, the allocation of risks ex-post is determined by the occurrence (or not) of the others conditions laid down for the application of the rules* »¹⁵³⁹. L'évènement, en plus d'être raisonnablement imprévisible, doit être extérieur.

1. Les Principes d'Unidroit

L'article 6.2.2 précise que le *hardship* ne pourra être reconnu que si les parties n'ont pas participé à la survenance de l'évènement et qu'elles n'en ont pas assumé le risque. En effet, les paragraphes c) et d) dispose que « *the events are beyond the control of the disadvantaged party ; and the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party* ».

L'évènement bouleversant les circonstances ne doit pas être sous la sphère de contrôle de la partie désavantagée. Enfin, le *hardship* ne pourra être reconnu si la partie subissant le changement de circonstances en a assumé le risque, que ce soit de manière expresse, en considération du contrat en cause ou de manière implicite¹⁵⁴⁰.

Ainsi, dans une sentence du tribunal arbitral du Mexique, il a pu être admis, dans un contrat de distribution exclusif de courges et courgettes entre un producteur de légumes et un distributeur, que les risques de pluies torrentielles et d'inondations, liés à El Niño, étaient alloués au producteur, ce qui ne permettait pas de reconnaître une situation de *hardship*¹⁵⁴¹.

¹⁵³⁹ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1325, 254.

¹⁵⁴⁰ D. MASKOW, préc., note 1492, p. 12 : « [t]he word "circumstances" shall indicate that event surrounding the contract are meant. Chagement in such circumstances do not lead to hardship cases where they are influenced by the disadvantaged party or where this party is responsible for the changement, especially where he has taken over special risks in the contract. This will prevent mistakes in commercial speculations being declared as hardship ».

¹⁵⁴¹ Centro de Arbitraje de México (CAM), 30 novembre 2006, en ligne : <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1149> [extrait traduit en anglais].

Cette affaire n'a donné lieu ni à l'application de la doctrine de la force majeure ni aux remèdes liés au changement de circonstances, ce qui démontre bien que le *hardship* est appliqué de manière exceptionnelle¹⁵⁴².

De par le fait que le texte de l'article précise que le contractant ne doit pas avoir assumé le risque de survenance de l'évènement, le *hardship* dans les Principes d'Unidroit semble être supplétif et son application pourra être exclue par l'insertion dans le contrat d'une clause contraire¹⁵⁴³.

2. Les Principes européens du droit du contrat

La quatrième condition des Principes européens du droit du contrat concerne l'allocation des risques. En cas de changement de circonstances, le juge ou les parties devront décider si le risque lié à la survenance de l'évènement bouleversant l'équilibre du contrat a été alloué à l'un des partenaires. Ceci peut résulter d'une clause express du contrat ou de sa nature, notamment les contrats aléatoires. Les dispositions sur les changements de circonstances ne s'appliquent pas lorsque l'un des contractants a pris le risque de la survenance de l'évènement¹⁵⁴⁴.

« Si les deux premières conditions énoncées aux a) et b) sont classiques, la troisième est plus originale. Elle traite de la répartition des risques du contrat en cours d'exécution. Concrète, réaliste, cette exception tient compte du fait que, dans certains cas précis, une partie peut avoir à supporter le risque du changement, soit en vertu d'une clause expresse [...], soit parce que le contrat présente un caractère spéculatif [...]. Inspirée de la réalité de la vie des affaires [...], elle ouvre la voie à des critères d'ordre économique »¹⁵⁴⁵.

Le critère est le même que dans les Principes d'Unidroit.

3. Le Draft common frame of reference

De la même manière que les Principes d'Unidroit et les Principes européens du droit du contrat, le Draft common frame of reference exige que le contractant victime des changements

¹⁵⁴² A. VENEZIANO, préc., note 1537, 4 (version électronique).

¹⁵⁴³ Élise CHARPENTIER, « L'émergence d'un ordre public ... privé: une présentation des Principes d'Unidroit », (2002) 36 *R.J.T.* 355, 364 : « [a]insi, les dispositions relatives au *hardship* ne sont probablement pas impératives en raison, notamment, de la définition de cette notion qu'on trouve dans les Principes. L'alinéa d) de l'article 6.2.2 précise, en effet, qu'il n'y a pas de *hardship* si la partie lésée a assumé le risque du changement de circonstances. Or, on peut prétendre que les contractants ont voulu assumer ce risque en excluant l'application des dispositions relatives au *hardship* ».

¹⁵⁴⁴ O. LANDO et H. G. BEALE, préc., note 16, p. 326.

¹⁵⁴⁵ B. FAUVARQUE-COSSON, préc., note 56, 11.

de circonstances n'assume pas ou ne peut être raisonnablement regardé comme assumant les risques de changement de circonstances.

Toutefois, la prise en compte de l'intensité des conséquences des changements de circonstances peut avoir certaines conséquences. En effet, le Draft common frame of reference pourrait reconnaître que malgré l'allocation de certains risques à l'un des partenaires, leur intensité pourrait être considérée comme imprévisible, ce qui justifierait d'exclure ce risque et de permettre l'admission des changements de circonstances¹⁵⁴⁶.

Les Principes d'Unidroit, les Principes européens du droit du contrat et le Draft common frame of reference ont donc une vision en terme économique de l'imprévision et ne prennent pas en compte l'impossibilité de réaliser l'objectif voulu par les parties en contractant. Le nouveau droit français semble donc fortement inspiré de ces instruments.

¹⁵⁴⁶ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1325, 255. Comp. B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD et ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, préc., note 16, p. 539, article 7: 102: « Clauses relatives à la répartition des risques - Une clause qui reporterait sur l'une des parties l'essentiel des risques d'un changement de circonstances n'est valable que si elle n'emporte pas de conséquences déraisonnables pour cette partie. La clause ne peut recevoir application lorsque le changement de circonstances est imputable en tout ou partie à celle au bénéfice de laquelle elle a été stipulée ». D. MAZEAUD, préc., note 1511, par. 25 précisant que lorsque les parties ont prévu que l'une d'entre elles assumerait le risque de survenance de l'évènement, cette clause contractuelle ne fait pas échec à la reconnaissance des changements de circonstances si « son application emporterait des conséquences déraisonnables pour le contractant auquel elle est opposée ».

Conclusion du chapitre 1

Le droit italien, les codifications supranationales et le nouveau droit français semblent avoir les mêmes conditions d'application, à savoir une onérosité excessive provoquée par un changement de circonstances raisonnablement imprévisible et extérieur ou ayant des conséquences imprévisibles. Cependant, le droit italien ne permet pas la révision du contrat en cas de changement de circonstances, alors que les codifications savantes considèrent l'adaptation du contrat comme le remède principal en cas d'échec des négociations¹⁵⁴⁷. Cependant, des distinctions apparaissent lorsque ces instruments sont regardés dans le détail.

À l'instar du droit italien, le Draft common frame of reference exige un évènement imprévisible et extraordinaire alors les Principes d'Unidroit, les Principes européens du droit du contrat et le nouveau droit français n'exigent qu'un évènement imprévisible ou raisonnablement imprévisible. Le droit américain n'a pas réglé la question de l'imprévisibilité avec certitude. Cette double exigence concernant l'évènement permet de renforcer l'idée du caractère particulièrement exceptionnel des changements de circonstances, en termes de fréquence ou d'intensité. La mise en application du *hardship* semble alors plus rigoureuse.

La substitution du caractère raisonnablement imprévisible au qualificatif imprévisible permet d'élargir la notion et de limiter le débat entre l'imprévisibilité et l'imprévu. Il pourrait ainsi, peut-être, être reconnu les capacités des contractants, notamment le lien de dépendance, les monopoles... ainsi que leur capacité de négociation. Le nouveau droit français, à l'article 1195, a fait le choix de ne pas ajouter le terme « raisonnablement » au critère de l'imprévisibilité. Le critère de l'imprévisibilité laisse une grande place à l'interprétation judiciaire.

« Several contractual clauses, legal provisions and judicial precedents contain a further limit to the effects of a supervening event by saying that the event must not have been foreseeable at the time of the conclusion of the contract [...]. The idea underlying this limit is that the party relying on the event should have provided for it under the contract and, by not taking the opportunity to do so, has taken the risk of the event occurring. In cases where the parties have or ought to have foreseen a risk of the kind occurring and where the distortion of the contract is of a totally different quality, the foreseeability of the risk will not preclude the consequences of the supervening event »¹⁵⁴⁸.

¹⁵⁴⁷ L. ANTONIOLLI, préc., note 448, p. 315.

¹⁵⁴⁸ Jan M SMITS, *Elgar encyclopedia of comparative law*, 2^e éd., Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2012, p. 845.

L'évènement, enfin, ne doit pas entrer dans la sphère de risque de la partie subissant le changement de circonstances. Seront alors prises en considération les clauses contractuelles, la nature du contrat, mais également les éléments extérieurs au contrat, afin de déterminer si les parties avaient envisagé la survenance de l'évènement. Le droit américain, en choisissant de prendre en compte le présupposé des parties, a une vision élargie autant du caractère imprévisible que de l'allocation des risques.

« several effects of supervening events will not arise if the event is at the respective party's risk or default or, as a subcategory of the latter, the single effect in question has been thus excluded. There are three classic limits of this kind. First, there might be a contractual provision dealing with the event, thereby deviating from the rule applied by law ; second, the event in question could have been anticipated by the respective party ; third, if the event was induced by the party relying on it, for example because he was at fault or the event was under his control or he could have overcome it. But not all three limits apply to all consequences a supervening may arise »¹⁵⁴⁹.

Il est à noter que l'article 1195 nouveau du Code civil ne précise pas, textuellement, que les contractants ne doivent pas avoir participé à la survenance de l'évènement, alors que les autres droits et instruments ne reconnaîtront pas les changements de circonstances en cas de faute de l'une des parties, que cette dernière ait entraîné sa survenance ou ait été en faute avant cette dernière. Les changements de circonstances n'excusent pas un contractant défaillant avant sa survenance.

Les changements de circonstances entendus d'un point de vue économique semblent donc limités ou restreints¹⁵⁵⁰. Le législateur italien a édicté les dispositions sur l'*excessiva onerosità* alors même que le concept de *presupposizione* existait déjà. Ces deux notions sont alors complémentaires, l'une renvoyant à des conséquences économiques et l'autre à des conséquences utilitariste. À l'exception des Principes d'Unidroit qui parlent d'altération

¹⁵⁴⁹ *Id.*, p. 844 et s.

¹⁵⁵⁰ Suzanne LEQUETTE, « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.* 2016.1148, 4 (version électronique): « [o]n 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 évènement d'une certaine ampleur et présentant un caractère imprévisible vient en bouleverser l'équilibre au point d'en justifier la renégociation, ce que l'on appelle aussi le hardship. Or le contrat d'intérêt commun obéit, sur ce point, à une logique différente. Il n'opère pas, en effet, nécessairement la fixation de l'ensemble de prestations lors de sa formation dans la mesure où son contenu repose non sur un rapport de réciprocité, mais sur un rapport d'adéquation entre des moyens et une finalité, en sorte que son contenu est naturellement appelé à se moduler. Note de bas de page. La question qui se pose est donc ici moins celle de la révision pour imprévision que celle de l'adaptation du contenu du contrat. C'est dire que le texte, lorsqu'il est appliqué au contrat d'intérêt commun, présente des conditions trop restrictives. Pour ce type de contrat, l'adaptation du contrat sera certes évidemment requise en cas de hardship. Mais il importe d'aller au-delà et de retenir une compréhension plus large des conditions de l'adaptation ».

fondamentale de l'équilibre contractuel, il apparaît difficile de voir dans ces instruments le moyen de prendre en considération la non-réalisation du but du contrat. Cela dépend cependant de l'interprétation des juges.

Le droit allemand et le droit anglais, en axant leur excuse sur le fondement ou l'objectif du contrat, semblent avoir une vision élargie des changements de circonstances.

CHAPITRE 2 – Les changements de circonstances à travers le fondement contractuel

Les changements de circonstances peuvent être admis lorsque l'objectif du contrat, tel que voulu par les parties, ne peut plus être atteint. Dans ce cas, les contractants ne peuvent obtenir la satisfaction de leurs intérêts, ce qui justifie qu'un remède leur soit octroyé.

Le droit allemand, avec le concept de *störung der Geschäftsgrundlage* propose une solution originale au changement de circonstances. Il semble avoir une vision assez large de ce concept, même si de nombreuses conditions doivent être remplies (Section 1).

La première juridiction à avoir admis un remède en cas d'impossibilité d'obtenir l'objectif pour lequel le contrat avait été formé est l'Angleterre, avec le concept de *frustration of purpose*. Le droit anglais a soumis cette notion à certaines conditions et semble plutôt réfractaire à son admission de manière générale (Section 2).

SECTION 1 – La *störung der Geschäftsgrundlage*

Le droit allemand a admis, depuis la fin de la Première Guerre mondiale, la *Geschäftsgrundlage* afin de remédier au changement de circonstances. Avant de déterminer l'interprétation qui est faite des critères liés aux circonstances et à leurs conséquences (Paragraphe 2), il apparaît nécessaire de définir la *Geschäftsgrundlage* (Paragraphe 1).

Paragraphe 1 – La définition du fondement contractuel

Les remèdes au changement de circonstances ne sont applicables qu'à certains types de relations, et particulièrement aux relations juridiques (A). La définition de la *Geschäftsgrundlage*, renvoie au fondement contractuel et requiert, pour son admission, qu'elle soit commune aux deux parties (B).

A. Les contrats soumis à la *Geschäftsgrundlage*

La *Störung der Geschäftsgrundlage* a un champ d'application plutôt large, dans le sens où sont pris en considération autant l'erreur que les changements de circonstances postérieurs à la conclusion du contrat (1). En outre, elle suppose une relation contractuelle (2).

1. Cas d'application de la *Geschäftsgrundlage*

Trois cas d'application de la *Störung der Geschäftsgrundlage* sont prévus. Tout d'abord, il y a les cas des « troubles d'exécution (*Äquivalenzstörungen*) »¹⁵⁵¹ qui comprennent les cas de déséquilibre des prestations, à savoir l'imprévision monétaire et l'enrichissement imprévu d'une prestation en nature¹⁵⁵². Les risques étant normalement prévisibles, ces cas sont extrêmement rares. Il s'agit d'un changement du fondement objectif des prestations¹⁵⁵³.

Le second cas correspond aux « troubles du but contractuel (*Zweckstörungen*) »¹⁵⁵⁴. Le créancier n'a, dans ces cas, plus d'intérêt dans l'exécution du contrat. La *Geschäftsgrundlage* du contrat doit avoir été faite sienne par les partenaires.

Enfin, la dernière application correspond à une « erreur sur les motifs (*Gemeinsamer Motivirrtum*) »¹⁵⁵⁵, à savoir une erreur sur les circonstances de fait ou de droit qui constitue le fondement du contrat.

2. Les contrats en cause

La *Wegfall der Geschäftsgrundlage* ne s'applique pas à tous les types de relation juridique. En effet, il doit exister une relation contractuelle.

La *Geschäftsgrundlage* est applicable à tous les contrats, qu'ils soient unilatéraux ou synallagmatiques, à titre gratuit ou à titre onéreux, ainsi qu'aux accords entre époux¹⁵⁵⁶. Elle sera plus facilement prise en considération dans les contrats de longue durée¹⁵⁵⁷.

¹⁵⁵¹ P. ANCEL et R. WINTGEN, préc., note 396.

¹⁵⁵² *Id.*

¹⁵⁵³ Hannes RÖSLER, « Harship in German codified private law - In comparative perspective to English, French and International contract law », (2007) 3 *Eur. Rev. Priv. Law* 483, 489.

¹⁵⁵⁴ P. ANCEL et R. WINTGEN, préc., note 396.

¹⁵⁵⁵ *Id.*

¹⁵⁵⁶ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 251.

¹⁵⁵⁷ B. JALUZOT, préc., note 428, p. 453.

Cependant, la Cour refuse de contrevenir à la force obligatoire du contrat dans les contrats aléatoires, à terme ou ceux contenant une obligation de garantie¹⁵⁵⁸. Elle estime également que pour les ventes de biens « génériques », le vendeur supporte les risques de perte.

Pour les obligations pécuniaires, la Cour estime qu'il appartient au créancier de supporter les risques de dévaluation, sauf clause contractuelle contraire ou si le coût de la vie a augmenté de plus de 150 %. Cette approche ne s'applique pas au cas des pensions alimentaires, qui peuvent être réévaluées même si la dévaluation excède seulement 10 %¹⁵⁵⁹.

« *The main types of cases concerning section 313 German Civil Code are inflation, devaluation of the corresponding obligation, unreasonableness of performance (which is sometimes called economic impossibility), frustration of purpose of the contractual obligation, and common errors of motivation* »¹⁵⁶⁰.

Enfin, les cours n'appliquent pas la doctrine de la *Wegfall der Geschäftsgrundlage* lorsque l'obligation a déjà été exécutée ou lorsque le changement de circonstances se produit alors que le débiteur est déjà en défaut d'exécution¹⁵⁶¹. Cependant, il existe de nombreuses exceptions, qu'il s'agisse de prendre en considération la *Geschäftsgrundlage* ou le déséquilibre des prestations.

« Ce sera [...] normalement aux hypothèses où la *Geschäftsgrundlage* ne correspond pas à la réalité existant à la conclusion du contrat et où les attentes des parties ne se réalisent pas après la conclusion du contrat, que la *Geschäftsgrundlage* s'appliquera aux contrats déjà exécutés »¹⁵⁶².

La théorie de la *Wegfall der Geschäftsgrundlage* n'est pas reconnue comme un principe de droit, mais à un caractère subsidiaire. En effet, elle ne sera pas appliquée si le risque a été expressément prévu par une clause contractuelle, par exemple une clause de prix fixe. Elle ne sera pas non plus appliquée si l'allocation des risques peut être constatée par une interprétation constructive de la volonté des parties, à savoir leur commune intention. Les règles concernant la rescision, la force majeure ou encore la responsabilité des produits défectueux, par exemple,

¹⁵⁵⁸ A. KARAMPATZOS, préc., note 389, 125 et s. et références citées; Juan Carlos M. DASTIS, « Change of circumstances (Section 313 BGB) trigger for the next financial crisis? », *Eur. Rev. Priv. Law* 2015.1.85, 93 : « [a] more accurate statement is that section 313 BGB is only inapplicable in speculative contracts if the typical speculative risk materialises. Recently the OLG of Frankfurt decided a case that provides a good example of a speculative contract where the typical speculative risk had not materialised, because the loss from an index certificate followed from criminal manipulations by an investment manager ».

¹⁵⁵⁹ A. KARAMPATZOS, préc., note 389, 126.

¹⁵⁶⁰ Philip RIDDER et Philippe WELLER, « Unforeseen circumstances, hardship, impossibility and force majeure under german contract law », (2014) 3 *Eur. Rev. Priv. Law* 371, 391.

¹⁵⁶¹ A. KARAMPATZOS, préc., note 389, 126. Voir également, D. PHILIPPE, préc., note 14.

¹⁵⁶² D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 254.

s'appliqueront en priorité au §313 B.G.B.¹⁵⁶³. Enfin, la théorie de la *Wegfall der Geschäftsgrundlage* ne sera pas appliquée en cas de contradiction avec un article du B.G.B. ou une loi, comme en cas d'absence de conformité lors de la délivrance de biens.

B. La définition de la Geschäftsgrundlage.

Le concept de *Geschäftsgrundlage* est particulièrement vaste, recouvrant autant les notions de changement de circonstances objectif et subjectif, les situations de hardship et celle de disparition du fondement contractuel. « *German law's concept of change of circumstances provides relief for cases of objective and subjective impossibility, frustration of purpose, and hardship* »¹⁵⁶⁴. Ainsi, la *Geschäftsgrundlage* apparaît être une représentation des circonstances (1) et peut être appliquée autant à la disparition de l'objectif du contrat qu'à une situation de *hardship* (2).

1. Représentation des circonstances

La *Geschäftsgrundlage* est l'élément déterminant le consentement d'un contractant et sans lequel ce dernier ne se serait pas engagé. Pour qu'il soit qualifié de *Geschäftsgrundlage*, cet élément doit être connu du cocontractant, ce dernier devant s'engager avec cette connaissance, même s'ils ont des motivations différentes¹⁵⁶⁵. Par contre, si la représentation était personnelle

¹⁵⁶³ H. RÖSLER, préc., note 1553, 490.

¹⁵⁶⁴ L. A. DIMATTEO, préc., note 476, 261.

¹⁵⁶⁵ FRÉDÉRIQUE FERRAND, préc., note 387, p. 307 : « [I]es parties (ou au moins l'une d'elles mais alors que l'autre en avait connaissance) se sont fait de la situation actuelle ou future une représentation qui, sans être intégrée formellement dans le contrat, a été décisive et a fondé leur consentement à la convention »; P. ANCEL et R. WINTGEN, préc., note 396 : « les considérations relatives à des circonstances présentes ou futures qui, sans avoir été intégrées au contrat, ont néanmoins été déterminantes du consentement, dès lors qu'elles étaient soit communes aux deux parties soit propres à l'une des parties, mais connues ou susceptibles d'être connues de l'autre partie et non contredites par elle ». B. JALUZOT, préc., note 428, p. 454 : « La Haute Cour réitère régulièrement la définition de ce fondement, par exemple dans une décision du 7 mai 1997, « de jurisprudence constante, le fondement d'un contrat est constitué par la conception que se faisait une partie contractante, qui n'est pas devenue contenu de celui-ci mais qui est intervenue lors de sa conclusion, laquelle était reconnaissable et non contestée de la part du cocontractant, ou bien par la conception commune de deux contractants sur laquelle la volonté [des parties] se fonde. L'utilisation du mot « représentation » (*Vorstellung*) est un choix délicat car il n'est pas juridique et se fonde sur la vision des choses qu'avaient ces parties, laquelle, par définition n'est pas inscrite au contrat. Il s'agit pour le juge de déterminer la volonté réelle des parties au moment de la formation du contrat et de n'en retenir que les éléments communs aux deux parties, qui ont été la base de la formation du contrat ou étant le moins essentiel pour l'un et non ignoré par l'autre. Le fondement du contrat se distingue donc des motivations personnelles d'une partie, car l'élément en question doit avoir été connu des deux contractants, alors que le propre des motifs est d'être personnels à une seule partie et inconnu de l'autre »; P. ANCEL et R. WINTGEN, préc., note 396 : la Haute juridiction allemande définit le fondement du contrat comme « les considérations relatives à des circonstances présentes ou futures qui, sans avoir été intégrées au contrat, ont néanmoins été déterminantes du consentement, dès lors qu'elles étaient soit communes aux deux parties soit

à une seule des parties, elle n'entrera pas dans le fondement de l'acte. Il faut qu'elle ait « été intégrée à la volonté des deux contractants »¹⁵⁶⁶. Enfin, la représentation ne doit pas avoir été intégrée au contenu contractuel. Il s'agit alors d'une notion complexe qui nécessite une analyse minutieuse des faits¹⁵⁶⁷. Les circonstances peuvent être de natures diverses, allant du maintien de la stabilité monétaire au maintien de la législation¹⁵⁶⁸.

La *Geschäftsgrundlage* va plus loin que le simple motif. « *Mere unilateral motifs of only one party are not sufficient to constitute the foundation of the contract ; however, a unilateral foundation of transaction may be sufficient where it is sufficiently recognizable to the other party* »¹⁵⁶⁹. En effet, elle doit être connue du partenaire, mais il faut également que le contrat ait été conclu en considération de ce motif¹⁵⁷⁰.

« Le fait que le motif ait été communiqué au partenaire contractuel ou que le motif erroné soit commun ne permet pas de déduire que le motif constitue la *Geschäftsgrundlage*. Il faut encore que le contrat, soit d'un point de vue objectif, soit du point de vue des parties contractantes, ait été conclu, de manière reconnaissable, en fonction (*in erkennbarer Beziehung auf*) de la représentation de circonstances considérées comme existantes ou comme devant adopter dans l'avenir un déroulement déterminé »¹⁵⁷¹.

La *Geschäftsgrundlage* n'est pas un élément ou une condition du contrat, elle ne permet pas de l'interpréter. Elle doit être perçue par les contractants dans sa pleine signification¹⁵⁷².

Dans la *Geschäftsgrundlage*, la représentation des circonstances doit être reconnue et non contestée par le partenaire, elle porte sur l'ensemble du contrat et non sur la déclaration de volonté de l'une des parties, elle se situe sur un plan normatif et non psychologique et inclut

propres à l'une des parties, mais connues ou susceptibles d'être connues de l'autre partie et non contredites par elle ».

¹⁵⁶⁶ FRÉDÉRIQUE FERRAND, préc., note 387, p. 307.

¹⁵⁶⁷ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 261.

¹⁵⁶⁸ P. RIDDER et P. WELLER, préc., note 1560, 382 : « *On the other hand the circumstances must have been (unconsciously) presupposed by both contracting parties as remaining stable and unchanged* ».

¹⁵⁶⁹ *Id.*

¹⁵⁷⁰ H. RÖSLER, préc., note 415, 49 : « *the basis of the contract is seen as a factor, whose existence, present or future, is cognisably presupposed by at least one party at the time of the creation of the contract. Without this factor the contract would have not been concluded or would have had a different content. The factor would have been made part of the contract by that party if he or she had thought to include it, and the other party would reasonably have agreed to the inclusion. The presupposed circumstance may not be as tentative as a one-side motive, but also not as firm as to be included in the contract. The normative element is thus the most important of the criteria since it ensures that the factor forms the contractual basis for both parties* ».

¹⁵⁷¹ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 229; B. JALUZOT, préc., note 428, p. 455.

¹⁵⁷² P. RIDDER et P. WELLER, préc., note 1560, 383 donnant l'exemple de l'inflation d'après-guerre : « *one can say that the parties to a sale's contract will generally expect the respective currency not to devalue severely in near future. If a strong inflation occurs, the foundation of the contract has seriously altered. The doctrine of unforeseen circumstances was actually recognized by the courts for the first time in the early 1920s, when massive inflation made it necessary to adjust contract* ».

les hypothèses issues de la *clausula rebus sic stantibus*¹⁵⁷³. La jurisprudence allemande « donne nettement préférence à l'analyse subjective et considère que seront déterminantes les opinions initiales des parties quant à l'existence actuelle ou future de certains faits, représentation, qui ont été décisifs dans la formation de la volonté desdites parties »¹⁵⁷⁴, « ce qui revient à prendre en compte les circonstances objectivement déterminantes »¹⁵⁷⁵.

Dans un arrêt du 8 février 1978¹⁵⁷⁶, le Bundesgerichtshof définit la notion de *Wegfall der Geschäftsgrundlage* comme suit :

« Selon la jurisprudence constante du B.G.H., la “Geschäftsgrundlage” d'un contrat est formée par la représentation (Vorstellungen) que se sont faite les parties de la présence, ou de la continuation de certaines circonstances sur la base desquelles la volonté contractuelle est construite. Elle peut également être formée par la représentation de pareilles circonstances propres à l'une des parties, mais qui est reconnaissable et n'est pas contestée par l'autre partie »¹⁵⁷⁷.

Le *Geschäftsgrundlage* correspond, en outre, au but du contrat et, parfois, à un déséquilibre des prestations.

2. But du contrat et déséquilibre des prestations

La *Geschäftsgrundlage* peut être envisagée comme le but du contrat (*Vertragszweck*), ce qui signifie qu'il s'agit de « [l'] intention d'utilisation de la prestation (*Verwendungszweck*) nourrie par le créancier de cette prestation lorsque son débiteur a fait siennes ces intentions d'utilisation, en les prenant en considération dans la détermination des conditions du contrat »¹⁵⁷⁸. Normalement, le créancier supporte les risques d'impossibilité d'utilisation, sauf si les conditions d'application de la *Geschäftsgrundlage* sont réunies.

¹⁵⁷³ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 231.

¹⁵⁷⁴ FRÉDÉRIQUE FERRAND, préc., note 387, p. 307.

¹⁵⁷⁵ P. ANCEL et R. WINTGEN, préc., note 396; P. RIDDER et P. WELLER, préc., note 1560, 382 : « [f]irstly, circumstances forming the foundation of the contract must have seriously altered since de conclusion of the contract. The criterion is usually called the « factual element. However, the “foundation” only covers facts that did not become part of the contractual content as such. Otherwise contractual construction would already prescribe what was to happen to the mutual obligations in case of unforeseen events ».

¹⁵⁷⁶ B.G.H., 8 février 1978, J.Z., 1978, 235 ; J.R. 1979, 60.

¹⁵⁷⁷ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 216 [traduction libre de l'auteur] : « Nach der gefestigten Rechtsprechung des B.G.H. wird die Geschäftsgrundlage eines Vertrages gebildet durch die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, aber bei Vertragsschluss zutage getretenen gemeinschaftlichen Vorstellungen beider Vertragsparteien oder die dem. Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei von dem Vorhandesein oder dem künftigen Eintritt ider dem Fortbestand gewisser Umstände auf denen der Vertragswille sich aufbaut ».

¹⁵⁷⁸ *Id.*, p. 261.

Il s'agit ici de l'exemple des *Coronation cases* en droit anglais. Le droit allemand prend en compte ce type de cas. La Cour suprême allemande eut à connaître d'un cas de transfert de joueur de football. En l'espèce après la conclusion du contrat de transfert, le joueur a été impliqué dans une affaire de corruption et ne put continuer à jouer en première division. La Cour estima que le paiement des frais du transfert ne pouvait être réclamé puisque le joueur ne pouvait plus être utilisé¹⁵⁷⁹.

C'est le créancier qui refusera alors la contre-prestation, puisque cette dernière aura perdu tout intérêt. Il se peut, dans de rares hypothèses, que le débiteur refuse d'exécuter sa prestation, l'exécution étant non conforme au but contractuel. Il se peut enfin que le but envisagé du contrat puisse être atteint par un autre moyen que l'exécution de la prestation. Par exemple, dans un arrêt du 13 octobre 1959, la Cour adapta un contrat de vente de licence de pharmacie suite à une modification législative légalisant l'achat de pharmacie sans obtention de licence préalable, alors même qu'un pharmacien venait d'acheter une licence afin de reprendre la pharmacie du vendeur.

Pour mettre en œuvre le §313 du B.G.B., c'est la *Geschäftsgrundlage* qui doit avoir disparu en raison de la survenance d'un événement imprévisible au moment de la formation du contrat¹⁵⁸⁰.

« Dans ces contrats, il faut que des éléments essentiels soient atteints par le changement de circonstances [...]. [Le droit allemand] a choisi de modifier la théorie générale du contrat. C'est ainsi qu'en droit allemand tout contrat est doté d'un "fondement contractuel", or cet élément est absent du Code civil allemand et va même en partie à son encontre, car le législateur a délibérément rejeté l'institution de la cause, dont la nature est très semblable à celle du *Geschäftsgrundlage* »¹⁵⁸¹.

¹⁵⁷⁹ P. RIDDER et P. WELLER, préc., note 1560, 389. B.G.H. N.J.W., (13 novembre 1975), 1976, 565 III. *Civil Senate (III Z.R. 106/72)* (Translated German Cases and Materials under the direction of Professors P. Schlechtriem, B. Markesinis and S. Lorenz), en ligne : <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=937> précisant que « [i]f ... two football clubs, such as the plaintiff and the defendant, agree on the payment of a transfer fee in order to create the condition, required by the statutes of the German Football League, to enable a player to receive permission to apply for the club to which he is transferred, the parties in making a reasonable assessment of their mutual interests assume as a basis of their contractual intention that the player does not possess any personal characteristics which render him objectively unfit to receive a player's licence [...] Thereby a financial obligation between the clubs engaged in the contract of transfer loses its material justification. A player who is subject to such a serious charge has, objectively, also lost his value for his previous club because, after his defect has become known, he cannot play for any club at all ».

¹⁵⁸⁰ L. A. DIMATTEO, préc., note 476, 262 : « the interpretation and enforcement of contracts is also performed through the prism of the purpose or "foundation of the contract". If the purpose of the contract has been defeated or greatly diminished, then that should necessarily impact its interpretation and enforcement ».

¹⁵⁸¹ B. JALUZOT, préc., note 428, p. 453.

Dans un arrêt du 8 février 1984¹⁵⁸², la Cour appliqua la doctrine de la *Geschäftsgrundlage* à une prohibition d'importation. En effet, en 1977, un importateur iranien commanda 12.000 caisses de bière, qu'il paya la même année. Les caisses devaient être livrées C.I.F. Téhéran, mais 40 % des biens furent endommagés. Les parties firent un compromis en prévoyant une réduction du prix des bières pendant un certain temps ainsi qu'un dédommagement. À partir de 1979, le gouvernement iranien prohiba toute importation de boissons alcoolisées. L'importateur demanda une nouvelle négociation qui fut refusée. Ce dernier demanda donc à la Cour dédommagement pour les caisses endommagées lors de la première importation. La Cour estima que la possibilité de contracter dans le futur était le fondement du compromis, ceci étant prouvé par le rabais octroyé. Le contrat en cause n'était pas un contrat de vente, mais un compromis prévoyant une compensation pour les pertes subies. Elle précise que :

*« This court has always held that the collapse of the basis of a transaction can only be invoked when otherwise there would be manifestly intolerable consequences inconsistent with law and justice and such as cannot be imputed to the party affected. Nevertheless, the basis of a transaction may be held to have collapsed if the balance of the reciprocal obligations has been gravely disturbed by some intervening event. In this compromise the plaintiff, in return for waiving its right to sue in respect of the delivery of defective beer in August 1977, was to receive a given benefit in exchange, and is entitled to more than a fraction of that benefit »*¹⁵⁸³.

Ainsi, elle accorde un dédommagement au demandeur, mais en diminue le montant pour prendre en compte le partage des risques liés au contrat.

Enfin, la *Geschäftsgrundlage* correspond également à l'équivalence des prestations, visant la dépréciation monétaire entraînant une rupture de l'équilibre contractuel ou encore les difficultés d'exécution liées au prix des matières premières¹⁵⁸⁴ ou la diminution de la valeur de la contre-prestation. Cette application est toutefois interprétée de manière restrictive¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁸² B.G.H. N.J.W., (8 février 1984), 1984, 1746 VIII Civil Senate (Translated German Cases and Materials under the direction of Professors P. Schlechtriem, B. Markesinis and S. Lorenz), en ligne : <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=935>.

¹⁵⁸³ *Id.*

¹⁵⁸⁴ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 268.

¹⁵⁸⁵ R. DAVID, préc., note 408 à la page 218 : « [d]ans un arrêt rendu par le Bundesgerichtshof en 1959 par exemple, il s'agissait d'un contrat passé en 1898 qui permettait aux demandeurs d'extraire de la potasse du fonds du défendeur pour une durée illimitée, moyennant une rente annuelle de 1200 marks. En 1959 cette rente avait perdu les deux tiers de son pouvoir d'Achat. Le Bundesgerichtshof refusa de mettre fin au contrat ou de le réviser: il ne suffit pas, pour justifier l'intervention des juges, que la valeur des prestations dues ait été modifiée; il faut, au-delà d'un simple changement, une modification des circonstances pertinentes, qui soit "si fondamentale et radicale que maintenir la réglementation contractuelle originaire aboutisse à un résultat insupportable, nettement inconciliable avec le droit et l'équité". Une telle situation n'existait pas dans l'espèce ».

« La recherche de la *Geschäftsgrundlage* suppose une analyse très fine, très minutieuse du contrat, de sa nature, de son contexte. Cela explique sans doute la complexité du concept. Le souci du juge allemand d'appréhender au mieux la situation de fait l'oblige parfois à renoncer à l'utilisation de catégories juridiques figées »¹⁵⁸⁶.

Pour que l'équivalence des prestations soit prise en considération, elle doit être sévère et imprévisible. Par exemple, dans un arrêt de 1922¹⁵⁸⁷, un copropriétaire de filature a vendu une partie de sa propriété. Cependant, après la conclusion du contrat, la monnaie s'est dépréciée de 80 %. La Cour décida que ce changement fondamental dans les circonstances empêchait le contrat original d'être exécuté et conformément à l'équité, elle ajusta le contrat. Pour déterminer si les conséquences sont suffisamment drastiques, les juridictions prendront en compte toutes les circonstances de l'affaire qui leur est soumise, mais également l'allocation des risques du contrat¹⁵⁸⁸.

La *Geschäftsgrundlage* semble donc être un concept particulièrement complexe à appréhender. Elle montre que certaines situations ont été envisagées par les contractants sans que ceux-ci les aient assorties d'un régime juridique. Les circonstances entourant la formation du contrat ou son exécution peuvent être tellement évidentes que les parties ne se sont pas interrogées ou ne les ont pas négociées lors de la conclusion de la convention et se rendent compte de leur caractère essentiel lors du bouleversement desdites circonstances. Dans ce cas, la jurisprudence allemande applique la *Geschäftsgrundlage* et ne cherche pas à faire assumer les risques par l'un ou l'autre des partenaires.

Toutefois, la *Störung der Geschäftsgrundlage* pose quelques difficultés et n'est pas exempt de toute critique. En effet, malgré la tentative de systématisation des cas, il apparaît difficile de prévoir l'appréciation qui sera faite de l'espèce par le juge quant à la répartition de la charge des risques, de même que l'appréciation du seuil de gravité de la perturbation.

Cependant, la disparition du fondement du contrat ne suffit pas à l'application de la *Geschäftsgrundlage*. Il faut également que le risque n'ait pas été assumé par l'une des parties et que la poursuite de l'exécution soit déraisonnable.

¹⁵⁸⁶ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 270.

¹⁵⁸⁷ P. RIDDER et P. WELLER, préc., note 1560, 387 citant RGZ 103, 328, l'arrêt du Reichsgericht du 3 février 1922.

¹⁵⁸⁸ H. RÖSLER, préc., note 415, 50.

Paragraphe 2 – Imprévisibilité et injustice.

Pour mettre en œuvre la *Geschäftsgrundlage*, les circonstances entraînant l'impossibilité d'atteindre le but du contrat ou le déséquilibre des prestations doivent répondre à certaines caractéristiques (A) et aboutir à une situation contraire à la bonne foi et à la justice (B).

A. Caractéristiques des circonstances

Pour être reconnues, les circonstances entourant la *Geschäftsgrundlage* doivent être imprévisibles (1) et non imputables à l'un des contractants (2).

1. Allocation des risques et non-imputabilité des circonstances

Le changement de circonstance, pour être admis, ne doit pas être imputable à celui qui invoque la *Störung der Geschäftsgrundlage*. Il en est de même d'un débiteur tardant ou ayant tardé à exécuter ses prestations.

« *The court was careful [...] to limit the application of the doctrine to circumstances that are not under the control of the debtor and do not fall within his 'sphere of influence' (Risikosphäre), but that have result in an extreme disproportion in the relationship of mutual performance and where continued persistence on the debtor's performance would be contrary to good faith* »¹⁵⁸⁹.

Cependant, la jurisprudence tend à adapter ces principes à chaque espèce. La Cour ne raisonnera alors pas exclusivement en termes d'extériorité ou encore sur le fait du contractant, mais pourra exiger, dans certaines circonstances, une faute de la part du débiteur de l'obligation non exécutée. « La Cour demande d'apprécier la valeur du comportement de l'acheteur par rapport à la conduite qu'il fallait normalement adopter dans les mêmes circonstances »¹⁵⁹⁰.

La jurisprudence allemande refuse d'appliquer la théorie de la *Störung der Geschäftsgrundlage* lorsque l'une des parties assumera le risque de la survenance de l'évènement¹⁵⁹¹. La détermination et les effets du concept de risque vont dépendre de

¹⁵⁸⁹ W. B. EBKE et B. M. STEINHAEUER, préc., note 393 à la page 183.

¹⁵⁹⁰ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 256.

¹⁵⁹¹ FRÉDÉRIQUE FERRAND, préc., note 387, p. 308; B. JALUZOT, préc., note 428, p. 459; P. RIDDER et P. WELLER, préc., note 1560, 384 : « *the norm provides for a one-sided claim for adaptation only if adherence to the unaltered contract cannot be expected of one party, taking all the circumstances of the case into consideration. This is called the normative element. It is the most important criterion as it requires all of the parties' contractual interests to be*

nombreux critères qui seront particulièrement importants pour les juges, plus que dans les *Geschäftsgrundlage*. Il en est ainsi de la nature du contrat. La jurisprudence prend également en compte les termes de la convention ainsi que des circonstances extrinsèques afin de déterminer si le contractant devant assumer le risque pouvait avoir pleinement conscience de conséquences de sa survenance. Elle examine aussi le but poursuivi par les parties, plus particulièrement le fait de savoir si l'objectif économique du contrat était basé sur des attentes communes, ce qui nécessiterait alors un partage de la charge du risque en cas de survenance de circonstances imprévisibles. Sont également retenues les possibilités pour la partie victime de la survenance des circonstances de les appréhender lors de la conclusion du contrat, mais également sa capacité à apprécier leur développement possible lors de la période d'exécution de l'accord. La prévision et la maîtrise du risque prennent une importance particulière. La jurisprudence allemande, pour qualifier les risques, cherche donc à déterminer s'il était situé « en dehors de leur sphère d'influence directe »¹⁵⁹².

La jurisprudence allemande va donc, en tout premier lieu, vérifier que le litige ne peut pas être résolu par le partage des risques issu de la convention avant de donner plein effet à la *Geschäftsgrundlage* et ainsi prendre en compte des éléments extérieurs au contrat. Ainsi, c'est seulement lorsque le litige ne pourra être résolu conformément aux termes de l'accord ou de la loi, conformément à la nature du contrat ou à son interprétation, notamment des dispositions supplétives, que la *Geschäftsgrundlage* trouvera, potentiellement, à s'appliquer.

La durée du contrat va jouer un rôle dans l'application de la *Geschäftsgrundlage*, dans le sens où il est plus difficile pour les contractants de prévoir les conséquences plus ou moins exactes de l'acceptation d'un risque. De la même manière, la jurisprudence allemande a admis que la présence d'une clause contractuelle déterminant la charge des risques peut être écartée en cas de variations profondes et imprévisibles des circonstances, les parties n'ayant pas les capacités d'apprécier de manière suffisante le développement des circonstances lors de la formation de leur accord.

evaluated and balanced. Section 313 must not undermine the general principle of pacta sunt servanda, so it can only have meaning for restoring equity in extreme cases. That is why, according to the wording, the initial contractual attribution of risks has to be determined and taken into account when dealing with this normative element. At this point, it becomes clear that section 313 embodies a specific aspect of the principle of good faith ».

¹⁵⁹² Elle ne se détermine pas en fonction d'un quelconque élément étranger aux parties. D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 274 et s.

« Le droit allemand n'a pas défini clairement l'importance de la prévisibilité de la discordance entre la réalité des choses et la base contractuelle. Si le débiteur de la prestation pouvait, à la conclusion du contrat, prévoir cette discordance et ses conséquences sur le contrat, il en supportera généralement le risque ; il devait le cas échéant transférer ou répartir celui-ci en insérant une clause adéquate dans le contrat. Eu égard à cette justification, certains auteurs considéreront que le débiteur de la prestation ne devra pas supporter le risque d'un événement prévisible lorsqu'il lui était impossible d'organiser dans le contrat le régime juridique de ces événements. Ces auteurs citent, à titre d'exemple, l'hypothèse de l'inégalité économique (situation de monopole...) qui oblige le contractant le plus faible à adhérer au texte du contrat qui lui est soumis, l'empêchant ainsi de se prémunir, par l'insertion d'une clause modifiant ce texte, contre la survenance de tel ou tel événement »¹⁵⁹³.

La théorie des risques développée par la jurisprudence ne s'appliquera que dans les cas d'*Äquivalenzstörung*. En effet, la détermination de l'allocation des risques empêchera d'invoquer la *Störung der Geschäftsgrundlage* seulement dans les cas de déséquilibre des prestations. Dans les autres cas, la disparition du but contractuel est liée à une erreur quant au développement des circonstances, les parties ayant déterminé ensemble la fonction du contrat, elles partageront alors les risques résultant de l'absence de réalisation du but poursuivi¹⁵⁹⁴.

2. Imprévisibilité des circonstances

La doctrine de la *Störung der Geschäftsgrundlage* ne s'applique, selon la formule employée dans le §313 du B.G.B. que dans les situations extraordinaires. En effet, il précise :

« (1) *If circumstances which became the basis of a contract have significantly changed since the contract was entered into and if the parties would not have entered into the contract or would have entered into it with different contents if they had foreseen this change, adaptation of the contract may be demanded to the extent that, taking account of all the circumstances of the specific case, in particular contractual or statutory distribution of risk, one of the parties cannot reasonably be expected to uphold the contract without alteration* »¹⁵⁹⁵.

Ainsi, selon la formulation même du §313 du B.G.B., pour que la *Geschäftsgrundlage* soit reconnue, il faut que les conséquences du bouleversement des circonstances aillent au-delà des risques acceptés par la partie victime eu égard aux termes de l'accord ou à la loi. Le contrat, tel qu'initialement convenu, va alors placer une charge déraisonnable sur ce partenaire.

« [L]a disparition du fondement du contrat au sens du §313 du BGB concerne essentiellement les hypothèses d'atteintes graves et imprévues à l'équilibre contractuel, la perturbation de l'utilisation ultérieure par le créancier de l'objet contractuel et l'erreur commune des deux parties sur un motif essentiel du contrat »¹⁵⁹⁶.

¹⁵⁹³ *Id.*, p. 331.

¹⁵⁹⁴ *Id.*, p. 289.

¹⁵⁹⁵ Nos soulignements.

¹⁵⁹⁶ B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD, préc., note 16, p. 314.

Sont prises en considération dans la détermination du caractère exceptionnel du changement des circonstances l'allocation des risques issus du contrat ou de la loi ainsi que la charge excessive que doit supporter le débiteur.

« Section 313 German Civil Code furthermore requires the parties to have concluded the contract with a different content if they had foreseen the alteration of the foundation. This is called the hypothetical element. [...] Clearly, if one party can prove not to have concluded the contract, there would have been no contract at all, irrespective of what the other party brings forward »¹⁵⁹⁷.

La jurisprudence applique la *Geschäftsgrundlage* même si les circonstances ne sont pas extraordinaires. « En règle générale, le contrat doit être bouleversé par un événement extérieur, survenu après la formation du contrat, lequel était imprévisible. Peu importe sa nature, il faut cependant qu'il soit d'une très grande force »¹⁵⁹⁸.

Aucun principe unanime sur la question de l'imprévisibilité ne peut être dégagé du droit allemand. En cas de déséquilibre des prestations, la jurisprudence exigera que les circonstances aient été imprévisibles ou imprévues. En outre, « la personne qui s'engage à assumer des obligations pour une longue durée devra prendre en considération, non seulement l'évolution possible des circonstances à court terme, mais aussi leur développement dans un avenir plus lointain »¹⁵⁹⁹, sauf dans les contrats de nature alimentaire.

Par exemple, dans un arrêt du 8 février 1978, le B.G.H. a estimé, dans un contrat d'approvisionnement en pétrole, que la survenance de la crise financière de 1973 était apparente et que le fournisseur avait négligé de prendre des mesures préventives, dont l'achat massif de pétrole. Elle note que le contrat contient une clause de prix fixe, démontrant l'allocation des risques entre les parties. Le B.G.H. prend en compte la durée du contrat et le fait que le fournisseur avait refusé de continuer à exécuter sa prestation deux mois et demi avant le terme. La Cour précise que la doctrine de la disparition du fondement contractuel s'applique de manière particulièrement restrictive et refuse de l'appliquer dans cette affaire. Lorsque le changement est prévisible, la doctrine du déséquilibre des prestations ne peut donc pas être appliqué¹⁶⁰⁰e.

¹⁵⁹⁷ P. RIDDER et P. WELLER, préc., note 1560, 384.

¹⁵⁹⁸ B. JALUZOT, préc., note 428, p. 458.

¹⁵⁹⁹ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 257 et références citées.

¹⁶⁰⁰ H. RÖSLER, préc., note 415, 51 et s. citant l'arrêt B.G.H., 8 février 1978, W.M. 1978, 322.

Dans les hypothèses de disparition du fondement contractuel, c'est-à-dire dans toutes les hypothèses autres qu'un déséquilibre des prestations, l'imprévisibilité de l'évènement n'est pas requis¹⁶⁰¹. La théorie de la disparition du fondement contractuel, même si elle a été appliquée pour la première fois lors d'évènements imprévisibles et exceptionnels, apparaît quelque peu étendu aujourd'hui à des évènements pouvant être considérés comme plus ordinaires ou même temporaires. La *Störung der Geschäftsgrundlage* a également été appliqué à des évènements qui n'avaient pas, pour les parties, d'effets dévastateurs¹⁶⁰².

La doctrine allemande semble, elle aussi, partagée quant à l'imprévisibilité de l'évènement, débattant du caractère prévisible ou prévu de l'évènement. D'autres auteurs estiment, pour leur part, que la *Geschäftsgrundlage* doit s'appliquer à partir du moment où le cocontractant ne pouvait prévoir contractuellement les effets d'un changement de circonstances qu'il devait prévoir¹⁶⁰³. Cependant, les conséquences de l'évènement doivent toujours entraîner une situation contraire à la bonne foi et à la justice.

B. Une situation contraire à la bonne foi et à la justice

La situation contraire à la bonne foi et à la justice renvoie à la notion de déraisonnabilité (*Unzumutbarkeit*). Il est alors nécessaire de la définir (1) pour en exposer les critiques (2).

1. L'Unzumutbarkeit

L'application de la *Geschäftsgrundlage* doit permettre de faire disparaître une situation déraisonnable, la bonne foi ne permettant pas d'exiger l'exécution de sa prestation par le débiteur.

« In Machine Games [BGH 20.3.1967, WM 1967 (561)], the Federal Supreme Court stated that the destruction of the basis of the transaction only has legal consequences where called for given the totality of circumstances and where necessary in order to avoid results which are intolerable and in general incompatible with law and justice. Consequently, 'unreasonableness' has a double function : in addition

¹⁶⁰¹ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 258.

¹⁶⁰² A. KARAMPATZOS, préc., note 389, 117 citant comme exemple d'application de la *Geschäftsgrundlage* les interdictions temporaires d'exportation ou d'importation ainsi que la réunification de l'Allemagne.

¹⁶⁰³ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 258 et s.

*to determining whether the basis of the transaction has been destroyed, it serves to determine the legal consequences »*¹⁶⁰⁴.

La déraisonnabilité (*Unzumutbarkeit*) apparaît donc comme l'élément déterminant de l'application de la doctrine de la *Störung der Geschäftsgrundlage*¹⁶⁰⁵. Si les juges ne vérifient pas sa présence, ils ne peuvent déroger à la force obligatoire des contrats. En effet,

« Le juge ne procédera à une adaptation du contenu du contrat que si l'absence de modification de ce dernier aurait des conséquences insupportables (uzumutbar) pour une des parties et qu'il serait contraire à la bonne foi et aux usages admis en affaires de l'obliger à exécuter le contrat dans ses termes initiaux »¹⁶⁰⁶.

La notion d'*Uzumutbarkeit* est très vague et nécessite une analyse minutieuse de tous les éléments de la cause¹⁶⁰⁷. Sera alors prise en considération dans l'analyse de la prévisibilité et de l'évitabilité de l'aggravation de la prestation la disproportion, de préférence flagrante, entre les prestations, la charge imputée, la durée du contrat ou encore la force économique de chacun des partenaires¹⁶⁰⁸. Se retrouvent ici, plus ou moins, les mêmes éléments que ceux permettant l'allocation des risques dans le contrat.

« La Cour fédérale, dans une décision du 29 septembre 1961 a ainsi déclaré : "les relations contractuelles, par principe, doivent être respectées et même en cas de disparition ou de bouleversement du fondement du contrat, une rupture du principe de fidélité au contrat n'est qu'exceptionnellement licite, c'est-à-dire lorsqu'un maintien [de la force obligatoire] du contrat [tel que prévu par] la réglementation contractuelle originelle conduirait à un résultat insupportable, incompatible avec le droit et la justice" »¹⁶⁰⁹.

En premier lieu, le juge devra déterminer et définir la *Geschäftsgrundlage* pour vérifier, ensuite, si elle a bien disparu. Il se demandera ensuite si l'application de la théorie de la *Wegfall der Geschäftsgrundlage* est le seul moyen d'éviter que la partie préjudiciée ne subisse les conséquences insupportables de l'évènement, conséquences incompatibles avec le droit et la justice. Enfin, il déterminera si les risques n'avaient pas été alloués à l'une des parties¹⁶¹⁰.

¹⁶⁰⁴ Theo RAUH, « Legal consequences of force majeure under German, Swiss, English and United-States' law », (1996) 25 *Denver J. Int. Law Policy* 151, 153.

¹⁶⁰⁵ H. SMIT, préc., note 394, 292 : « [t]his doctrine furnishes the standard which the Bundesgericht has almost invariably used in conjunction with any of the other theories it has endorsed: the contract is discharged if the promisee would act unreasonably and in violation of accepted standards of fair dealing in requiring the promisor to perform in accordance with the words of the contract ».

¹⁶⁰⁶ FRÉDÉRIQUE FERRAND, préc., note 387, p. 308.

¹⁶⁰⁷ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 291.

¹⁶⁰⁸ *Id.*, p. 492.

¹⁶⁰⁹ B. JALUZOT, préc., note 428, p. 451.

¹⁶¹⁰ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 259 et s. .

« L'intervention du juge est autorisée lorsque la situation des parties est telle que son maintien serait parfaitement intolérable. Une telle position n'est que la reprise de celle du Tribunal d'Empire. Il avait reconnu, aux débuts de son existence, que "ces relations nécessitent une intervention du juge dans les relations contractuelles déjà formées, lorsque sans cela, un état serait constitué, qui serait une insulte au principe de bonne foi (= de fidélité et de confiance), et à toute règle de justice et d'équité, qui serait tout simplement insupportable" »¹⁶¹¹.

Cette notion a été vivement critiquée en droit allemand.

2. Les critiques de la notion d'*Unzumutbarkeit*

La notion d'*Uzumutbarkeit* a été vivement critiquée, considérant qu'elle privait la doctrine de la *Störung der Geschäftsgrundlage* de clarté. Pour certains, le juge statue uniquement en équité, mettant ainsi en danger la sécurité juridique¹⁶¹². « Une telle position revient à laisser au juge l'entière appréciation des circonstances dans lesquelles il se doit d'intervenir »¹⁶¹³.

En droit allemand, il semble que la jurisprudence ait renoncé à structurer de manière systématique la démarche de pensée que nécessitait l'application de la doctrine de la *Störung der Geschäftsgrundlage*, une telle démarche pouvant aboutir à des résultats injustes¹⁶¹⁴. Trois éléments principaux semblent nécessaires à la qualification, à savoir, la circonstance nouvelle a bouleversé la *Geschäftsgrundlage*, ce changement n'est pas inclus dans la charge des risques de la victime du bouleversement et l'exécution de la prestation ne serait pas conforme aux principes de justice et de bonne foi.

*« In other words, the judges have to consider the parties themselves in the real environment of the specific contract. The Geschäftsgrundlagenlehre is normative in the sense that the new events automatically change the whole social and economic environment of the contract, allowing the judge not only to complete but also to change the terms of the contract »*¹⁶¹⁵.

La volonté des parties ou les termes du contrat ne pouvant régler ce que les parties n'ont pas envisagé, les juges ne vont pas user d'une interprétation complétive de la convention pour résoudre la difficulté, certains risques n'étant pas attribués dans l'accord, mais vont se

¹⁶¹¹ B. JALUZOT, préc., note 428, p. 452.

¹⁶¹² D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 293 : « il est symptomatique de constater que la Wegfall der Geschäftsgrundlage, le risque et l'uzumutbarkeit sont déterminés à partir des mêmes éléments: une analyse minutieuse du contrat, de ses caractéristiques, de son exécution, de sa formation et des circonstances qui entourèrent celle-ci ».

¹⁶¹³ B. JALUZOT, préc., note 428, p. 452.

¹⁶¹⁴ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 299.

¹⁶¹⁵ A. PUELINCKX, préc., note 383, 61.

déterminer sur la base d'un concept normatif, à savoir la *Geschäftsgrundlage*¹⁶¹⁶. Le droit anglais semble plus rigide quant à l'interprétation de la frustration.

SECTION 2 – La frustration of purpose du droit anglais

La *frustration of purpose* est une innovation du droit anglais permettant d'apporter un minimum de flexibilité dans le contrat.

« La notion d'«impossibilité», en revanche, est peut-être trop limitée, comparativement à l'approche anglaise qui, selon le principe de la “frustration”, l'étend au cas où, suite au changement de circonstances, le but envisagé par les parties devient impossible, même si l'exécution reste en soi possible »¹⁶¹⁷.

Le concept de *frustration of purpose* est basé sur l'objectif du contrat, sur le fondement contractuel (Paragraphe 1), disparaissant après sa formation¹⁶¹⁸. Certains autres éléments doivent également être prouvés afin de voir l'excuse admise par les juridictions (Paragraphe 2). Trois éléments sont donc requis pour que la *frustration of purpose* soit mise en œuvre, à savoir un objectif inexécutable, d'une gravité certaine, dû à la survenance d'un événement imprévisible¹⁶¹⁹.

Paragraphe 1 – Définition de la frustration of purpose

La *frustration of purpose* se définit comme « *cases in which there is no ‘impossibility’, even of a temporary nature, in rendering the performance promised by each party. The purpose for which the contracts had been made could no longer be achieved* »¹⁶²⁰ ou « *[t]he doctrine of*

¹⁶¹⁶ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 592.

¹⁶¹⁷ John CARTWRIGHT, « Un regard anglais sur les forces et les faiblesses du droit français des contrats », *RDC* 2015.3.691, 11 (version électronique).

¹⁶¹⁸ *Joseph Constantine Steamship Line Ltd v. Imperial Smelting Corporation Ltd (The Kingswood)*, [1941] 2 All E.R. 165; [1942] A.C. 154, 168 où Lord Maugham précisa : « *[t]he doctrine of frustration is only a special case of discharge of contract by an impossibility of performance arising after the contract was made* ». Voir également, *FA Tamplin Steamship Co, Ltd v. Anglo-Mexican Petroleum Products Co, Ltd*, préc., note 527, 404 précisant que « *[w]hen this question arises in regard to commercial contracts, the principle is the same, and the language as to “frustration of the adventure” merely adapts it to the case of discharge of contract by an impossibility of performance arising after the contract was made* »; M. D. AUBREY, préc., note 428, 1169 précisant que « *it is certain that its application now extends beyond the strict criteria of legal or physical impossibility to cases where a fundamentally different situation has arisen* ».

¹⁶¹⁹ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 383 : « *[l]’événement perturbateur doit porter sur un élément essentiel au contrat, et modifier radicalement l’obligation contractuelle. Le risque ne doit pas être assumé par le contractant qui se prévaut de la frustration. Enfin, l’augmentation des coûts d’exécution ne délie pas, à elle seule, le débiteur de ses engagements* ».

¹⁶²⁰ G. H. TREITEL, préc., note 414.

frustration of purpose applies when supervening events make performance by one party useless to the other or, in other words, reduce completely the value of such performance for the recipient »¹⁶²¹. Il apparaît donc nécessaire de déterminer les cas d'application de la *frustration* (A) pour ensuite en étudier la définition (B).

A. Les cas d'application de la *frustration of purpose*

La notion de *frustration of purpose* s'applique à tous types de relation contractuelle. En effet,

« *the point of this observation was that the doctrine applied to contract generally: thus suggestions that it did not apply to particular contracts, such as time charters, demise charters, and leases of land, have from time to time been rejected by the courts. The actual decision in the National Carriers case was that events which temporarily prevented one of the parties from putting the subject-matter to its intended use were not sufficiently serious to frustrate the contract* »¹⁶²².

La théorie de la *frustration of purpose* recouvre trois situations principales, qui sont plus ou moins subdivisées suivant les auteurs¹⁶²³, à savoir les contrats dont l'exécution devient physiquement impossible, comme les cas de destruction ou l'indisponibilité des biens objet du contrat¹⁶²⁴ ou de ces moyens d'exécution¹⁶²⁵, ou du décès d'un des partenaires dans le cas de contrats *intuitu personae*¹⁶²⁶. La seconde concerne les cas d'illégalité, à savoir une modification des conditions légales, comme dans l'arrêt *Islamic Republic*¹⁶²⁷. La troisième

¹⁶²¹ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 147.

¹⁶²² E. PEEL, préc., note 437, p. 868.

¹⁶²³ *Infra*. G. H. TREITEL, préc., note 414; E. PEEL, préc., note 437; Richard A. POSNER et Andrew M. ROSENFELD, « *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis* », (1977) 6-1 *J. Leg. Stud.* 83-118; KONRAD ZWEIGERT et HEIN KÖTZ, préc., note 51; M. G. RAPSOMANIKIS, préc., note 393; G. H. L. FRIDMAN, préc., note 488, p. 687 prévoyant six cas d'application; R. DAVID, préc., note 547, p. 388 et s. ; C. BOYLE et D. R. PERCY, préc., note 551, p. 661 précisant que la frustration s'applique aux circonstances suivantes: « *death, incapacity or unavailability of a contracting party; destruction or unavailability of the subject matter; illegality; method of performance becoming impossible; and thwarting of a common venture* »; G. H. TREITEL, préc., note 1385, p. 351 et s. précisant que la frustration recouvre l'impossibilité (*destruction of the subject matter, death or incapacity, unavailability, failure of a particular source, method of performance impossible*), *frustration of purpose* et *supervening illegality*.

¹⁶²⁴ *B.P. (Exploration) Libya Ltd v. Hunt*, [1979] 1 W.L.R. 783 où une concession a été accordé au défendeur afin d'extraire du pétrole. Un contrat est conclu avec BP afin d'explorer les terres. Suite à la révolution libyenne, le gouvernement exproprie les contractants. Pour la Cour, le contrat d'exploration est alors frustré.

¹⁶²⁵ *Joseph Constantine Steamship Line Ltd v. Imperial Smelting Corporation Ltd (The Kingswood)*, préc., note 1618 où la cour admis la frustration lorsqu'un navire affrété pour la livraison d'une cargaison fut détruit suite à l'explosion de la chaudière auxiliaire, sans que la cause de cette explosion ne puisse être établie.

¹⁶²⁶ R. S. SUMMERS, préc., note 500, p. 918; *Hart v. A.R. Marshall & Son (Bulwell) Ltd*, [1978] 2 All E.R. 413 où la cour estime un contrat de travail *frustrated*, car l'employé avait été absent de son poste pendant 21 mois pour cause de maladie. La Cour estime que l'employeur n'était plus obligé d'attendre le retour de l'employé; *Notcutt v. Universal Equipment Co (London) Ltd*, [1986] 3 All E.R. 582 où la cour estime que suite à la crise cardiaque d'un employé, le contrat de travail était devenu inexécutable; *Robinson v. Davison and Wife*, [1861] All E.R. 699 où la cour estime qu'une pianiste est excusée pour ne pas avoir donné à concert pour cause de maladie.

¹⁶²⁷ *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd*, [2010] E.W.H.C. 2661.

situation concerne les contrats dont l'exécution est toujours physiquement ou légalement possible, mais où l'objectif contractuel ne peut plus être atteint, l'exécution devenant inutile ou sans valeur pour l'un des partenaires. C'est le fameux arrêt *Krell v. Henri* dans lequel la location de la chambre n'avait plus d'intérêt suite à l'annulation de la cérémonie de couronnement du roi. La dernière situation concerne les contrats dont l'exécution est toujours physiquement et légalement possible, mais devient excessivement difficile, économiquement plus onéreuse ou lourde en considération des prévisions des parties¹⁶²⁸. Il s'agit ici des cas d'augmentation soudaine des prix.

Enfin, les cours ont estimé que la frustration du contrat principal entraînait la frustration des contrats accessoires. Dans l'arrêt *Denny, Mott and Dickson*, un contrat de fourniture de bois assorti d'une option d'achat a été conclu. La promulgation d'une réglementation de guerre a frustré le contrat principal. La cour estima alors que l'option d'achat était également frustrée, car elle ne pouvait plus être exercée¹⁶²⁹.

Le droit anglais admet donc bien un remède en cas de changement de circonstances n'entraînant pas une impossibilité absolue d'exécuter. Ceci est confirmé par la section 1(1) du *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* de 1943 qui prévoit différents remèdes lorsque « *a contract governed by English law has become impossible of performance or been otherwise frustrated* ».

B. Le fondement du contrat

La *frustration of purpose* correspond au but du contrat, les circonstances entraînant alors un changement radical des obligations initialement convenues (1). Cependant, cet objectif doit avoir été accepté par tous les contractants (2).

1. L'objectif du contrat

La *frustration of purpose* prend en considération l'objectif pour lequel le contrat est conclu. En effet, « *the event must have 'substantially frustrated' that party's 'principal purpose'* »¹⁶³⁰.

¹⁶²⁸ A. KARAMPATZOS, préc., note 389, 106 et s.

¹⁶²⁹ *Denny, Mott & Dickson Ltd v. James B. Fraser & Co Ltd*, préc., note 536, 681 : « [t]he preamble of the contract indicates and the language of most of its clauses shows that the trading in timber was the main object of the contract. This trading was frustrated and the opportunity for exercising the option thereupon lapsed ».

¹⁶³⁰ E. A. FARNSWORTH, préc., note 473, p. 635.

Pour voir admettre la *frustration*, il est nécessaire de démontrer qu'un évènement imprévisible a substantiellement contrarié le but du contrat, son fondement contractuel.

« Le critère retenu par les Cours anglaises est, de façon nette, celui de l'identité du contrat. L'application de ce critère donne lieu à beaucoup de difficultés ; mais il est certain que des facteurs tels que la hausse ou la baisse des prix, ou la situation difficile d'une des parties, ne sauraient en aucun cas constituer, par eux-mêmes, des hypothèses de frustration. Le droit anglais est, à cet égard, plus strict, et sans doute plus précis, que les droits du continent »¹⁶³¹.

L'arrêt *Krell v. Henri*¹⁶³² est particulièrement instructif dans l'objectif de définir ce qu'est le fondement du contrat. En effet,

« *This case is commonly cited as the genesis of the doctrine of frustration, which holds that the parties are excused from the duty to perform when the frustration of the purpose of the contract renders the agreement meaningless. [...] The court found, however, that the renting of the room for the purpose of viewing the procession was so completely the basis of the bargain that, as both parties knew, its frustration when the coronation was postponed left the contract without meaning* »¹⁶³³.

D'autres affaires ont été soumises aux juridictions suite à l'annulation du couronnement du roi, sans pour autant que les parties ne soient libérées de leurs obligations. En effet, certaines affaires issues des *Coronation cases* concernaient autant le couronnement du roi qu'un évènement sportif se déroulant sur une même période de temps. Les Cours ont estimé que l'annulation du couronnement n'empêchait pas le locataire d'assister à l'évènement sportif, le contrat ne pouvait alors être considéré comme *frustrated*¹⁶³⁴.

Ainsi, l'objectif inexécutable doit être le principal objectif d'une des parties contractantes. « *The object must be so completely the basis of the contract that, as both party understand, without it the transaction would make little sense* »¹⁶³⁵. L'arrêt *A-Leet Leasing Corp.* rappelle que c'est l'objectif commun des parties qui doit être devenu inexécutable et pas seulement l'avantage individuel que l'une des parties a pu vouloir obtenir¹⁶³⁶.

Le raisonnement de Blackburn dans *Taylor v Caldwell*¹⁶³⁷ est également illustratif de cette question. Il précise que :

¹⁶³¹ R. DAVID, préc., note 408 à la page 223.

¹⁶³² *Krell v. Henry*, préc., note 518.

¹⁶³³ W. D. HAWKLAND et L. J. RUSCH, préc., note 496, par. 2-615: 1 Background.

¹⁶³⁴ *Herne Bay Steam Boat Co v. Hutton*, préc., note 518, 689 : « *the purpose of Mr. Hutton, whether of seeing the naval review or of going round the fleet with a party of paying guests, does not lay the foundation of the contract within the authorities* ».

¹⁶³⁵ Rest. 2d Contr. Par. 265, cmt a.

¹⁶³⁶ *A-Leet Leasing Corp v. Kingshead Corp*, [1977] 375 A. 2d 1208.

¹⁶³⁷ *Taylor v. Caldwell*, préc., note 502.

« The principle seems to us to be that, in contracts in which the performance depends on the continued existence of a given person or thing, a condition is implied that the impossibility of performance arising from the perishing of the person or thing shall excuse the performance. In none of these cases is the promise other than positive, no risk there any express stipulation that the destruction of the person or thing shall excuse the performance ; but that excuse is by law implied, because from the nature of the contract it is apparent that the parties contracted on the basis of the continued existence of the particular person or chattel »¹⁶³⁸.

Ce dernier a essayé de réconcilier les principes de justice et d'équité avec le principe de la force obligatoire du contrat. Son raisonnement est que le contrat ne peut pas être considéré comme absolu si les parties ont accepté, dès le départ, que son exécution dépendrait de l'existence d'une certaine chose, d'une certaine personne ou de certaines circonstances. La persistance de l'existence de cet objet spécifique est donc le fondement du contrat des parties, sa raison d'être, son objectif. Dans ce cas, « *the contract is subject to an implied condition that the parties shall be excused in case, before breach, performance becomes impossible from the perishing of the thing without default of the contractor* »¹⁶³⁹.

Le fondement du contrat doit être commun aux deux parties, ou non contesté par l'autre.

2. Un objectif accepté par les deux partenaires et devenu radicalement différent

Il est à noter que l'évènement doit avoir été pris en compte par les deux partenaires. En effet, s'il n'était reconnu que par l'une seulement des parties, la *frustration* ne pourra s'appliquer, car elle devait être commune aux deux contractants ou connue de l'une et acceptée par l'autre lors de la formation du contrat.

Dans l'arrêt *National Carriers Ltd v. Panalpina (Northern) Ltd*, la Cour précisa que les circonstances nouvelles doivent entraîner un changement radical de l'obligation contractuelle, c'est-à-dire que l'obligation devant être exécutée est différente de celle qui a été acceptée lors de la formation du contrat. En effet, Lord Simon précise que :

« *Frustration of a contract takes place when there supervenes an event (without default of either party and for which the contract makes no sufficient provision) which so significantly changes the nature (not merely the expense or onerousness) of the outstanding contractual rights and/or obligations from what the parties could reasonably have contemplated at the time of its execution that it*

¹⁶³⁸ *Id.*, 839.

¹⁶³⁹ MICHAEL PHILIP FURMSTON, préc., note 523, p. 724.

*would be unjust to hold them to the literal sense of its stipulations in the new circumstances : in such case the law declares both parties to be discharged from further performance »*¹⁶⁴⁰.

En outre, Lord Radcliffe, dans *Davis Contractors* précise que :

*« frustration occurs whenever the law recognises that, without default of either party, a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract [...] It was not this that I promised to do »*¹⁶⁴¹.

Dans l'arrêt *Metropolitan Water Board*, la cour estima que le contrat de construction d'un réservoir avait été *frustrated* suite à une notification du ministère des munitions interdisant la poursuite des travaux. La cour estime que lors de la reprise, étant donné la nature et la durée de la prohibition, le contrat serait d'une nature différente de celui conclu initialement¹⁶⁴².

Ainsi, la *frustration* est l'objectif contractuel, ce que les parties souhaitent réaliser grâce au contrat. Elle doit être commune ou connue de l'une et acceptée de l'autre afin de permettre la mise en œuvre de la *frustration*. Une fois définie, d'autres conditions de mises en œuvre sont nécessaires, à savoir l'imprévisibilité des circonstances contrariant la réalisation du but du contrat et le fait que les circonstances doivent avoir une certaine gravité.

Paragraphe 2 – Imprévisibilité et extériorité

Il est généralement reconnu que la *frustration* suppose, pour pouvoir être admise, une certaine gravité de l'inexécution (A) et une certaine imprévisibilité de l'évènement (B). Ce dernier critère est cependant à relativiser.

¹⁶⁴⁰ *National Carriers Ltd v. Panalpina (Northern) Ltd*, [1981] A.C. 675; [1981] 1 All E.R. 161; [1981] 2 W.L. 45; 43 P. & C.R. 72.

¹⁶⁴¹ *Davis Contractors Ltd v. Fareham U.D.C.*, préc., note 534. Pour une autre définition, voir, *National Carriers Ltd v. Panalpina (Northern) Ltd*, préc., note 1640, 700 : « [f]rustration of a contract takes place when there supervenes an event (without default of either party and for which the contract makes no sufficient provision) which so significantly changes the nature (not merely the expense or onerousness) of the outstanding contractual rights and/or obligations from what the parties could reasonably have contemplated at the time of its execution that it would be unjust to hold them to the literal sense of its stipulations in the new circumstances; in such case the law declares both parties to be discharged from further performance ».

¹⁶⁴² *Metropolitan Water Board v. Dick Kerr & Co*, [1916] All E.R. 122; [1918] A.C. 119; 16 L.G.R. 1; 82 J.P. 61; 87 L.J.K.B. 370; 23 Com. Cas. 148; 62 Sol. Jo. 102; 117 L.T. 766; 34 T.L.R. 113, 119 : « that the provision for extending the time did not apply to the prohibition of the Ministry; that the interruption created by the prohibition was of such a character and duration as to make the contract when resumed a different contract from the contract when broken off, and that the contract had ceased to be operative ».

A. Caractéristiques de l'évènement

L'évènement, en matière de frustration, apparaît devoir être imprévisible (2) et entraîner une inexécution grave (1).

1. Une inexécution grave

Le second critère permettant la mise en œuvre de la *frustration of purpose* est une inexécution grave. En effet, l'inexécution doit être substantielle, c'est-à-dire qu'elle doit être si grave qu'il n'est pas possible de la considérer comme faisant partie des risques assumés par les parties. Il ne suffit donc pas que la transaction soit devenue moins profitable ou moins avantageuse pour l'une des parties ou encore que l'un des contractants subisse une perte¹⁶⁴³. Les difficultés d'exécution doivent être d'une particulière gravité.

Les juges interprètent la *frustration* de manière très restrictive, pour éviter que les parties ne puissent se défaire d'un contrat devenu simplement désavantageux. En effet, « [t]he doctrine of frustration is not lightly to be invoked to relieve contracting parties of the normal consequences of imprudent bargain »¹⁶⁴⁴.

Cependant, la simple augmentation des coûts, même drastique, sans autre conséquence, ne permet normalement pas de mettre en œuvre la théorie de la *frustration*¹⁶⁴⁵, les juges anglais n'admettant pas l'« *economic frustration* »¹⁶⁴⁶. En effet, Lord Radcliffe le rappelle dans l'arrêt Davis Contractors :

¹⁶⁴³ *Davis Contractors Ltd v. Fareham U.D.C.*, préc., note 534 Une simple augmentation des coûts n'est pas suffisante pour admettre la libération des parties. « *There must be as well such a change in the significance of the obligation that the thing undertaken would, if performed, be a different thing from that contracted for* ».

¹⁶⁴⁴ *Pioneer Shipping Ltd and another v. B.T.P. Tioxide Ltd (The Nema)*, [1981] 2 All E.R. 1030; [1982] A.C. 724; [1981] 3 W.L.R. 292; [1981] 2 Lloyd's Rep. 239; [1981] Com. L.R. 197. Voir également, *J. Lauritzen A.S. v. Wijsmuller B.V., (The Super Servant Two)*, préc., note 509 précisant que : « *[s]ince the effect of frustration is to kill the contract and discharge the parties from further liability under it, the doctrine is not to be lightly invoked must be kept within narrow limits and ought not to be extended [...]* ».

¹⁶⁴⁵ M. P. FURMSTON, G. C. CHESHIRE et C. H. S. FIFoot, préc., note 487, p. 722 et s. : « *[m]ere hardship or inconvenience to one of the parties is not sufficient to justify discharge. There must be as well such a change in the significance of the obligation that the thing undertaken would, if performed, be a different thing from that contracted for* ».

¹⁶⁴⁶ J. CARTWRIGHT, préc., note 480, p. 240; C. BOYLE et D. R. PERCY, préc., note 551, p. 690 : « *[a]nglo-canadian courts have reiterated on many occasions that even a dramatic increase in expense or the fact that performance become significantly more onerous will not suffice. Bad bargain are not enough* ». G. H. L. FRIDMAN, préc., note 488, p. 678.

« *It is not hardship or inconvenience or material loss itself which calls the principle of frustration into play. There must be as well such a change in the significance of the obligation that the thing undertaken would, if performed, be a different thing from that contracted for* »¹⁶⁴⁷.

Cette absence de prise en considération de l'augmentation des coûts est également rappelée dans l'arrêt Tsakiroglou, qui précise que « *an increase of expense is not a ground of frustration* »¹⁶⁴⁸. C'est également le raisonnement qui a été appliqué dans les *Suez Cases*, lors de la fermeture du Canal de Suez. Peu de décisions ont permis au demandeur d'être déchargé de ses obligations malgré les délais considérables liés à l'exécution du transport par la route du Cap de Bonne Espérance¹⁶⁴⁹. Les Cours ont statué que l'exécution de l'obligation, à savoir le transport des marchandises par le Cap, n'était pas fondamentalement différente, mais simplement plus onéreuse, ce qui ne permettait pas d'admettre la *frustration*¹⁶⁵⁰.

Cependant, la jurisprudence prend parfois en compte une augmentation imprévisible des coûts, même si les arrêts sont rares. Dans l'arrêt *Staffordshire*¹⁶⁵¹, la Cour a admis que « *the situation has changed so radically since the contract was made 50 years ago that the term 'at all time hereafter' cease to bind; and it is open to the court to hold that the contract is determined by reasonable notice* »¹⁶⁵². Dans les faits, un contrat de fourniture d'eau avait été conclu en 1919 avec un hôpital prévoyant la fourniture d'eau à prix fixe pour une durée indéterminée. En 1975, le fournisseur demanda l'annulation du contrat, le coût d'exécution étant devenu excessif¹⁶⁵³.

¹⁶⁴⁷ *Davis Contractors Ltd v. Fareham U.D.C.*, préc., note 534.

¹⁶⁴⁸ *Tsakiroglou & Co Ltd v. Noblee & Thorl GmbH*, préc., note 504. En l'espèce, un navire devait transporter des cacahuètes de Port-Soudan en Allemagne. Le Canal de Suez fut fermé. La Cour a eu à se demander si le fait d'emprunter le Cap de Bonne Espérance rendait le voyage différent de ce qui avait été envisagé par les parties. Elle décida que le voyage était le même, seul son coût ayant augmenté. Elle se fonda sur le fait que les parties avaient seulement prévu la date d'embarquement, mais rien n'était précisé concernant la route à prendre ou la date d'arrivée des marchandises.

¹⁶⁴⁹ Pour des exemples d'admission de la frustration lors de la fermeture du Canal de Suez, voir, *Carapanayoti & Co Ltd v. E.T. Green Ltd*, [1958] 3 All E.R. 115; *Société Franco Tunisienne d'Armement v. Sidermar*, [1960] 2 All E.R. 529 où une charte-partie conclue le 18 octobre 1956 prévoyait un voyage de Masulipatam à Gênes, le capitaine devant télégraphier aux affréteurs le passage du Canal de Suez. La House of Lords considéra que la fermeture du Canal de Suez entraînait la frustration du contrat puisque le voyage devait impérativement se faire via le Canal de Suez. Un itinéraire par le Cap modifierait radicalement le contrat.

¹⁶⁵⁰ *Ocean Tramp Tankers Corporation v. V/O Sovfracht (The Eugenia)*, préc., note 535; *Tsakiroglou & Co Ltd v. Noblee & Thorl GmbH*, préc., note 504.

¹⁶⁵¹ C. BOYLE et D. R. PERCY, préc., note 551, p. 691 : « *[w]ith the exception of Lord Denning (Staffordshire Area Health Authority v. South Staffordshire Waterworks Co [...]), English and Canadian courts have been unsympathetic to such arguments* ».

¹⁶⁵² *Staffordshire Area Health Authority v. South Staffordshire Waterworks Co*, [1978] 1 W.R.L. 1387.

¹⁶⁵³ Le rapprochement avec l'arrêt Canal de Craponne peut être fait. Les Cours anglaises, dans l'arrêt *Staffordshire* se sont montrées plus proches de la réalité et plus flexibles.

En outre, l'évènement entraînant la frustration doit être imprévisible.

2. Un évènement imprévisible

La *frustration of purpose* ne pourra être mise en œuvre que si la non-survenance de l'évènement ayant bouleversé les circonstances avait été le présupposé essentiel sur lequel le contrat était fondé. Plusieurs éléments peuvent être pris en considération pour sa détermination, et notamment la prévisibilité de la survenance¹⁶⁵⁴. En effet, « *the new circumstances must be so different that people in that particular trade or in a similar situation would regard the obligation as fundamentally altered* »¹⁶⁵⁵. Cependant, la *frustration* a également été admise lorsque les parties avaient pu prévoir l'évènement¹⁶⁵⁶.

L'évènement doit donc être la base de l'engagement des parties pour leur permettre de se faire excuser¹⁶⁵⁷. Toutefois, la distinction entre les motivations des parties et les objectifs du contrat peut être difficile à délimiter¹⁶⁵⁸.

Même si l'imprévisibilité de l'évènement peut avoir une incidence importante sur la *frustration*, les juridictions anglaises ne cherchent pas à savoir si l'évènement en question aurait pu être prévu par les contractants¹⁶⁵⁹. Ce critère est, tout de même, souvent déterminant dans la disparition du fondement contractuel et notamment dans la recherche de l'intention commune des parties¹⁶⁶⁰.

En termes de risque, si l'évènement devait être pris en compte par l'un seulement des partenaires, la *frustration* ne pourra être admise, car ce dernier aurait dû se prémunir contre ce

¹⁶⁵⁴ Rest. 2d Contr. §265, cmt a. G. H. TREITEL, préc., note 1385, p. 361 : « [*i]*n many frustration cases, the courts have stressed the unexpected nature of the supervening event. These statements suggest that there can be no frustration if, at the time of contracting, the parties actually foresaw that the event would, or was likely to, occur ».

¹⁶⁵⁵ M. D. AUBREY, préc., note 428, 1172.

¹⁶⁵⁶ *Ocean Tramp Tankers Corporation v. V/O Sovfracht (The Eugenia)*, préc., note 535.

¹⁶⁵⁷ L. LAWRENCE, préc., note 1399, par. 2-615: 90 : « [*w]*hat does not constitute commercial frustration: Essential elements of the excuse of frustration of purpose are the frustration of the principal purpose of the contract, that the frustration is substantial, and that the non-occurrence of the frustrating event or occurrence was a basic assumption on which the contract was made ».

¹⁶⁵⁸ MICHAEL PHILIP FURMSTON, préc., note 523, p. 728.

¹⁶⁵⁹ R. DAVID, préc., note 547, p. 387 et s. : « [l']arrêt Taylor v. Caldwell, on le notera, ne contredit nullement Paradine v. Jane, Il n'introduit pas non plus la notion française de force majeure. Celle-ci est applicable à tous les contrats; ce sont seulement certains engagements, ceux dont l'exécution est conditionnée par l'existence d'une certaine chose à un certain jour, qui sont visés par Blackburn J., dans Taylor v. Caldwell. L'idée d'imprévisibilité, que comporte la notion de force majeure, est également absente ici, et jamais les arrêts anglais ne s'y référeront ».

¹⁶⁶⁰ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 378.

risque. Les deux partenaires doivent avoir pris en considération l'évènement lors de la formation du contrat.

*« Where the parties can at the time of contracting foresee the risk that a supervening event may interfere with performance, the normal inference is that their contract was made with reference to that risk. [...] Having thus allocating the risk by their contract, the parties should not be discharged if the event indeed occurs »*¹⁶⁶¹.

Ceci a également été affirmé par Vaughan Williams L.J.. *« The test [of frustration] seems to be whether the event which causes the impossibility was or might have been anticipated »*¹⁶⁶².

Même si les contractants ont prévu l'évènement ainsi que ses conséquences, la *frustration* pourra être admise si ces derniers n'ont pas prévu de disposition contractuelle particulière¹⁶⁶³. De la même manière, la frustration sera admise si, malgré une disposition à cet effet, les conséquences de l'évènement dépassent largement ce que les parties avaient pris en considération et bouleversent considérablement leurs obligations¹⁶⁶⁴. Enfin, les contractants ayant assumé le risque d'un changement de circonstances ne peuvent se prévaloir de la frustration¹⁶⁶⁵.

*« Where a contract contains a provision of this kind, it is, however, a question of construction whether the provision does indeed cover the events which have occurred. [...] Moreover, the mere fact that the contract makes some provision for a supervening event will not exclude frustration if this provision is not complete. A charterparty may, for example, provide that the shipowner is not liable for delay due to certain events beyond his control. Such a clause will not prevent the charterer from relying on such a delay (if long enough) as a ground of frustration. The reason is that the provision deals only with one possible consequence of the delay, namely its effect on the liability of the shipowner for breach. It says nothing about the liabilities of the charterer, which can therefore still be discharged by frustration »*¹⁶⁶⁶.

¹⁶⁶¹ E. PEEL, préc., note 437, p. 901.

¹⁶⁶² *Krell v. Henry*, préc., note 518, 752. Voir également, *Paal Wilson & Co A./S. v. Partenreederei Hannah Blumenthal*, [1983] 1 All E.R. 34; [1983] 1 A.C. 854; [1982] 3 W.L.R. 1149; *FA Tamplin Steamship Co, Ltd v. Anglo-Mexican Petroleum Products Co, Ltd*, préc., note 527.

¹⁶⁶³ *Ocean Tramp Tankers Corporation v. V/O Sovfracht (The Eugenia)*, préc., note 535, 226.

¹⁶⁶⁴ *Metropolitan Water Board v. Dick Kerr & Co*, préc., note 1642; *Jackson v. The Union Marine Insurance Compagny*, préc., note 486; M. P. FURMSTON, G. C. CHESHIRE et C. H. S. FIFOOT, préc., note 487, p. 732 : *« it will not prevent the discharge of the obligation if in the result the effect of the contingency is to frustrate the essential object of the contract »*.

¹⁶⁶⁵ B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD, préc., note 16, p. 311 : *« [e]n somme, si l'évènement litigieux est imputable à la partie qui souhaite s'en prévaloir alors ledit évènement ne peut constituer un cas de frustration »*.

¹⁶⁶⁶ G. H. TREITEL, préc., note 1385, p. 361.

La prévisibilité de l'évènement semble être un élément parmi d'autres dans l'admission de la *frustration of purpose*¹⁶⁶⁷. Cependant, la *frustration* ne doit pas avoir été provoquée par l'un des contractants.

B. *La self-induced frustration*

La *self-induced frustration* renvoie à l'extériorité de l'évènement. Ce concept mérite d'être défini (1), pour pouvoir être analysé (2).

1. Définition de la *self-induced frustration*

Depuis l'arrêt *Maritime National Fish Co v. Ocean Trawler Ltd*¹⁶⁶⁸, les Cours refusent d'admettre le concept de *self-induced frustration*¹⁶⁶⁹. La *self-induced frustration* peut être définie comme : « *[s]uch self-induced frustration, it has been stated more recently, exists where a party creates an artificial scenario for the express purpose of frustrating the intent of the agreement* »¹⁶⁷⁰.

La *self-induced frustration* recouvre alors deux hypothèses. Tout d'abord, il s'agit pour l'un des contractants de faire obstacle à l'exécution. Il peut également s'agir de ne pas mettre tous les moyens en œuvre pour éviter le changement de circonstances. C'est la raison pour laquelle la prévisibilité peut faire obstacle à l'admission de la *frustration*¹⁶⁷¹.

¹⁶⁶⁷ *Davis Contractors Ltd v. Fareham U.D.C.*, préc., note 534 précisant que l'absence de disposition spécifique malgré la prévisibilité de l'évènement empêchait la reconnaissance de la frustration. Voir également, D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 385; G. H. TREITEL, préc., note 1385, p. 362 : « *some judicial statements go even further and assert that a contract can be frustrated even by an event which was precisely foreseen* ».

¹⁶⁶⁸ *Maritime National Fish Co v. Ocean Trawler Ltd*, [1935] A.C. 524; M. P. FURMSTON, G. C. CHESHIRE et C. H. S. FIFOOT, préc., note 487, p. 733 : The point arise in a neat form in *Marine National Fish Ltd v Ocean Trawlers Ltd*".

¹⁶⁶⁹ Pour un autre exemple, voir, *Bank Line Ltd v. Arthur Capel & Co*, [1918019] All E.R. 504; [1919] A.C. 435; 88 L.J.K.B. 211; 14 Asp. M.L.C. 370; 63 Sol. Jo. 177; 120 L.T. 129; 35 T.L.R. 150.

¹⁶⁷⁰ G. H. L. FRIDMAN, préc., note 488, p. 652; E. PEEL, préc., note 437, p. 905 : « *[t]he doctrine of frustration obviously does not protect a party whose own breach of contract actually is, or bring about, the frustrating event. Nor does it protect him if the breach is only one of the factors leading to frustration. [...] Where the allegedly frustrating event results from one party's deliberate act, that party cannot rely on it as a ground of frustration, even though the act is not in itself a breach of the contract; but the other party may be able to rely on it for this purpose* ».

¹⁶⁷¹ *Davis Contractors Ltd v. Fareham U.D.C.*, préc., note 534 concernant la prévisibilité de la pénurie de main d'œuvre.

2. Détermination de la self induces frustration

Pour démontrer la *self-induced frustration*, le cocontractant du demandeur devra prouver une relation directe entre l'action ou l'omission et le changement de circonstances¹⁶⁷². La démonstration d'une faute du partenaire n'est, cependant, pas nécessaire¹⁶⁷³. La négligence suffit à se voir refuser la demande en *frustration*.

Pour déterminer si la *self-induced frustration* existe, Lord Bingham, dans l'arrêt Lauritzen¹⁶⁷⁴ explicita le test à appliquer. Ainsi, il faut « savoir si la partie qui souhaite se prévaloir de l'évènement litigieux avait, sur celui-ci, les moyens et l'opportunité d'en prévenir la survenance, mais l'a néanmoins causé ou en a permis l'occurrence »¹⁶⁷⁵.

*« The possible varieties [of fault] are infinite, and can range from the criminality of the scuttler who opens the sea-cocks and sinks his ship, to the thoughtlessness of the prima donna who sits in a draught and loses her voice. I wish to guard against the supposition that every destruction of corpus for which a contractor can be said, to some extent or in some sense, to be responsible, necessarily involves that the resultant frustration is self-induced within the meaning of the phrase »*¹⁶⁷⁶.

En termes d'allocation des risques, à partir du moment où les parties ont prévu, dans leur accord, une clause concernant la survenance d'un évènement particulier, les juges donneront toute sa signification à ladite clause et la *frustration* ne pourra être admise puisqu'il n'y aura pas de changement radical dans l'obligation¹⁶⁷⁷. En outre, les juges peuvent décider qu'implicitement les parties ont alloué les risques dans leur accord, notamment lorsqu'elles y ont inséré une clause de prix fixe alors que le contrat prévoit la fourniture de biens pour une période indéterminée¹⁶⁷⁸.

¹⁶⁷² D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 377.

¹⁶⁷³ J. Lauritzen A.S. v. Wijismuller B.V., (*The Super Servant Two*), préc., note 509 : « A frustrating event must take place without blame or fault on the side of the party seeking to rely on it »; *World Land Ltd v. Daon Development Corp*, [1982] 4 W.W.E. 557; *Joseph Constantine Steamship Line Ltd v. Imperial Smelting Corporation Ltd (The Kingswood)*, préc., note 1618; *Davis Contractors Ltd v. Fareham U.D.C.*, préc., note 534; *Paal Wilson & Co A./S. v. Partenreederei Hannah Blumenthal*, préc., note 1662. Voir également, G. H. L. FRIDMAN, préc., note 488, p. 649 : « [i]f the contract is worded in such a way as to make an interpretation of the contract to allow frustration contradictory to what the parties have expressed in the contract or nonsensical having regard to the language, it is not open to the court to give the contract such a construction on apply the doctrine of frustration ».

¹⁶⁷⁴ J. Lauritzen A.S. v. Wijismuller B.V., (*The Super Servant Two*), préc., note 509.

¹⁶⁷⁵ B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD, préc., note 16, p. 319.

¹⁶⁷⁶ *Joseph Constantine Steamship Line Ltd v. Imperial Smelting Corporation Ltd (The Kingswood)*, préc., note 1618 cité dans : ; M. P. FURMSTON, G. C. CHESHIRE et C. H. S. FIFOOT, préc., note 487, p. 734.

¹⁶⁷⁷ J. CARTWRIGHT, préc., note 480, p. 238.

¹⁶⁷⁸ *Staffordshire Area Health Authority v. South Staffordshire Waterworks Co*, préc., note 1652 dans lequel un contrat de fourniture d'eau a été conclu en 1929 pour une période indéterminée à prix fixe, prenant fin après un préavis raisonnable.

Les cours anglaises vont donc prendre en compte la globalité de la relation afin de déterminer l'existence de la *frustration*. Dans l'arrêt *Islamic Republic*, la cour reconnaît explicitement qu'il est nécessaire d'avoir une approche multicritères.

En effet, « In considering whether a contract had been frustrated, the court should apply a multi-factorial approach, considering the terms of the contract; its context; the parties' knowledge, expectations, assumptions and contemplations (in particular as to risk); the nature of the supervening event; and the parties' reasonable and objectively ascertainable calculations as to the possibility of future performance in new circumstances. The dictates of justice were a relevant factor which underlay all, and provided the ultimate rationale of the doctrine of frustration. What had to be considered was the contract as a whole. However, where a contract was partially illegal, the liability to perform the part of a contract that was still lawful might remain even though other parts of the contract had been prohibited. That was so where the performance of the part of the contract that remained lawful would make as much commercial sense as performance of the whole, and where the performance of the lawful part was in no way dependent on the illegal part »¹⁶⁷⁹.

Les Cours anglaises apparaissent peu enclines à admettre la doctrine de la *frustration*, et l'appliquent peu. Certains ont estimé que cette réticence pouvait s'expliquer par le fait que le droit anglais ne connaissait pas de devoir général de bonne foi. La reconnaissance d'un tel principe leur permettrait alors une plus grande flexibilité¹⁶⁸⁰.

¹⁶⁷⁹ *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd*, préc., note 1627, 611.

¹⁶⁸⁰ Ewan MCKENDRICK, *Force majeure and frustration*, 2^e éd., London ; New York, Lloyd's of London Press, 1995, p. 330; E. BARANAUSKAS et P. ZAPOLSKIS, préc., note 401, 203.

Conclusion du chapitre 2

Les droits prenant appui sur le fondement du contrat peuvent apparaître plus complexes, ou du moins, la mise en œuvre des changements de circonstances peut apparaître plus complexe. En effet, outre une discordance entre l'équilibre des prestations, ils prennent également en compte la discordance entre la réalité et le présumé des contractants.

« In some legal systems (especially in US and German law), the relevant doctrine dealing with hardship is based on the inquiry whether the non-occurrence of the circumstance was a 'basic assumption on which the contract was made'. However, this language has been described as a 'somewhat complicated way of putting [the] question of how much risk the promisor assumed' »¹⁶⁸¹.

La sécurité juridique, en droit allemand comme en droit anglais, est assurée par une analyse minutieuse de l'allocation des risques, mais également par le fait que l'exécution du contrat doit être fondamentalement bouleversée et contraire à la justice. Les risques ne sont alors pas attribués à l'un des contractants, mais sont partagés¹⁶⁸². Les exceptions à l'application du principe de la force obligatoire des contrats sont donc particulièrement rares.

Le premier critère requiert un changement fondamental des circonstances sur lequel le contrat est fondé et la *frustration* nécessite une situation fondamentalement différente. Dans les deux cas, le contrat n'est plus le même que celui qui a été conclu¹⁶⁸³. En outre, dans les deux cas, il est nécessaire que l'exécution de la prestation par la partie victime du changement soit déraisonnable ou injuste¹⁶⁸⁴, même si les Anglais ne font que rarement référence à la bonne foi¹⁶⁸⁵.

« The terms 'basis of the contract' and 'fundamental change' are also left to the judges to define. These normative terms need to be used restrictively to preserve the character of §313 BGB as a last-means resort in exceptional circumstances »¹⁶⁸⁶.

¹⁶⁸¹ C. BRUNNER, préc., note 1494, p. 392.

¹⁶⁸² D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 331 : « les parties peuvent avoir convenu du but ou de la fonction du contrat sans avoir réglé le régime juridique assortissant l'impossibilité de remplir cette fonction ».

¹⁶⁸³ H. G. BEALE, H. KÖTZ, D. TALLON et A. HARTKAMP, préc., note 554, p. 633.

¹⁶⁸⁴ H. RÖSLER, préc., note 1553, 506.

¹⁶⁸⁵ H. SMIT, préc., note 394, 306 : « [a]part from an occasional pronouncement to the effect that in every contract there is an implied covenant to do all that is reasonably necessary to carry it out, the role of socially accepted standards of fair dealing as supplementary of express contractual provisions has apparently received limited consideration ».

¹⁶⁸⁶ H. RÖSLER, préc., note 415, 56.

L'imprévisibilité de l'évènement n'est pas clairement définie dans ces deux droits. Elle sera parfois requise. Elle constitue plutôt une condition permettant de déterminer l'allocation des risques qu'une condition d'application des changements de circonstances.

Malgré les similitudes concernant la prise en compte de l'objectif contractuel, le droit anglais et le droit allemand diffèrent sur un certain nombre de points. En effet, la *Geschäftsgrundlage* suppose une analyse de la volonté des parties, ce que ne prévoit pas la *frustration*, puisqu'elle suppose une reconstruction du contrat. Les juridictions anglaises procèdent à une construction du contrat, basé sur des éléments objectifs afin de déterminer si l'obligation est différente de celle qui avait été convenue entre les parties. Elles ne font pas référence à la volonté des contractants.

La *frustration* ne s'applique que lorsque le changement de circonstances survient après la conclusion du contrat, alors que la *Geschäftsgrundlage* inclut les changements inconnus survenus avant la conclusion du contrat.

En outre, la *Geschäftsgrundlage* s'applique lorsque le fondement contractuel ou l'objectif du contrat et le contenu du contrat ne correspondent plus alors que la *frustration* s'appliquera autant en cas d'impossibilité que de disparition du fondement contractuel. En outre, l'*unsumutbarkeit* est le critère décisif en droit allemand, l'exécution doit être devenue insupportable pour le débiteur conformément au principe de justice alors qu'en droit anglais, l'obligation a perdu son identité.

Cependant, « [c]omme en droit allemand, il y a un rapport aux risques, à l'imprévisibilité des circonstances qui n'est qu'un indice et non une condition d'application du concept, au déséquilibre des prestations qui ne permet pas l'application du contrat. Comme en droit allemand, le juge procède à une analyse minutieuse des circonstances extrinsèques, du texte et de la nature de la convention pour donner à une obligation contractuelle sa véritable dimension »¹⁶⁸⁷.

Les changements de circonstances, compris en termes d'objectif contractuel, semblent mettre en avant la relation entre les partenaires. En effet, ils renvoient à une représentation commune de l'avenir contractuel, ou du moins, à une représentation connue des deux partenaires et non contestée par ces derniers.

En outre, prendre en compte le fondement contractuel permet une vision élargie des changements de circonstances, qui ne se limite pas aux considérations économiques. Il est

¹⁶⁸⁷ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 596.

même possible de remarquer qu'autant le droit anglais que le droit allemand ne reconnaissent que très rarement les changements de circonstances en cas d'augmentation des coûts d'exécution, c'est-à-dire en cas de déséquilibre économique entre les prestations, ou, pour reprendre l'expression bien connue, l'excessive onérosité de l'exécution. C'est bel et bien le fondement voulu par les parties qui doit avoir été bouleversé par les circonstances.

De surcroît, l'impossible réalisation de l'objectif contractuel oblige les juridictions à avoir une approche casuistique. En effet, l'imprévisibilité des circonstances apparaît comme un élément parmi d'autres dans l'admission des changements de circonstances. C'est la relation contractuelle dans son intégralité qui sera mise de l'avant, autant les éléments objectifs que subjectifs, les risques étant partagés entre les partenaires, sauf si l'un d'eux l'a pleinement assumé ou s'il a provoqué la réalisation dudit événement.

Conclusion titre 1

Les conditions d'application des changements de circonstances varient en fonction, non pas de la famille de droit, mais du critère sur lequel est fondée la reconnaissance des changements de circonstances. La quasi-totalité des droits et instruments applique les changements de circonstances aux seules obligations contractuelles et aux seules relations contractuelles, à l'exception du Draft Common Frame of Reference qui inclut également les actes judiciaires.

La plupart des droits et instruments étudiés ont une vision économique des changements de circonstances, intégrant le critère de l'onérosité excessive, qui se comprend autant du côté du débiteur que de celui du créancier.

« C'est l'excès qui semble condamné par de nombreux systèmes. Ainsi de l'Italie [...] qui se réfère [...] à un contrat devenu excessivement coûteux ou onéreux. Il en va de même des principes du droit européen du contrat qui parlent d'exécution "onéreuse à l'excès" (*art. 6.111 [2]*). [...] La comparaison avec les Principes contractuels communs de l'Association Henri Capitant et de la Société de législation comparée est instructive, car l'article 7 :101 proposé préfère se référer à un contrat qui "devient profondément déséquilibré". Même si le terme "profondément" est peu clair, l'idée d'utiliser une notion neutre est appréciable puisqu'elle permet de prendre en considération la situation du créancier et celle du débiteur »¹⁶⁸⁸.

Cependant, la détermination de l'excessivité peut poser diverses difficultés. L'onérosité apparaît être un concept plutôt vague, sans seuil ou standard permettant sa détermination. Les termes excessivité, exceptionnel, fondamental, montrent que le seuil est élevé et qu'une simple modification de l'équilibre contractuel n'est pas suffisante. Ce critère doit être prouvé par la partie subissant le changement de circonstances, mais les juges ont un grand pouvoir d'appréciation en la matière¹⁶⁸⁹.

De l'autre côté, le droit allemand et anglais semble avoir une vision élargie des changements de circonstances, étant axé, outre le déséquilibre monétaire, sur la disparition du fondement

¹⁶⁸⁸ M. MEKKI, préc., note 1485, 19 (version électronique).

¹⁶⁸⁹ Fernando HINESTROSA, « Rapport général - La révision du contrat », dans *Le contrat - Journées brésiliennes*, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, n°55, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 391 à la page 412 : « [i]l n'y a pas de norme établissant la frontière qui signale l'excès et qui indique la limite précise entre ce qui est équitable et ce qui est excessif. Le juge devra regarder les faits, apprécier la différence entre les conditions actuelles et celles existant à l'époque de la conclusion du contrat et, sur cette base et son bon critère, déclarer s'il y a ou pas le déséquilibre nécessaire pour ordonner la révision et, le cas échéant, déterminer le montant des nouvelles obligations ».

contractuel ou du but du contrat¹⁶⁹⁰. Le droit allemand paraît toutefois beaucoup plus ouvert à la reconnaissance d'une excuse pour le débiteur¹⁶⁹¹.

« The combinaison of BGB Sections 275, 313 and 314 [...] enunciate the issues of exemption and reformation (Section 275 and 313), force majeure and impossibility (Section 275 (1)), frustration (Section 313 and 314), hardship (Section 275 (2), (subjective impossibility) 313 and 314), allocation of risk (Section 313 (1)), basic assumption of contract (Section 313 (1)), rle of fault (Section 275 (2)), role of good faith (Section 275 (2)), and impact on remedies of the non-breaching party (Sections 275 (4), 313 (3) and 314 (2-4)) »¹⁶⁹².

Cependant, le critère de la disparition du fondement contractuel est également difficilement définissable. Il apparaît particulièrement complexe. La principale différence apparaissant entre les deux groupes est la nature du critère pris en compte. Les droits français, italien et américain, ainsi que les Principes d'Unidroit, les Principes européens du droit du contrat et le Draft Common Frame of Reference feront référence à des critères plus objectifs alors que les droits anglais et allemand prendront en compte des critères plus objectifs.

« While the German provision – as mentionned – also covers subjective assumptions made by the contract parties, both Principles [PICC and PECL] only deploy objective criteria to determine a fundamental change of the balance of contract, especially in form of a disruption of the equivalence between performance and counter-performance »¹⁶⁹³.

L'évènement, autant dans sa naissance, dans sa nature et dans son intensité, a beaucoup retenu l'attention. Dans tous les cas, la nature de l'évènement importe peu. Elle peut être de nature économique, politique, technologique, sociale... Ce qui sera pris en considération, ce sont les conséquences de ce changement sur l'équilibre du contrat¹⁶⁹⁴, ainsi que l'origine du changement.

« L'origine des faits [...] doit être évaluée par le juge par une appréciation de la réalité de l'altération, sa gravité et son extériorité, cela même dans le but d'établir des atténuations au réajustement, en raison du caractère fortuit et des risques assumés par les parties »¹⁶⁹⁵.

Cependant, le droit italien ainsi que les Draft Common Frame of Reference ont opté pour une distinction en fonction de l'intensité de l'évènement et prévoient que ce dernier doit être imprévisible et extraordinaire, à savoir qu'il puisse faire l'objet de mesure objective,

¹⁶⁹⁰ *Id.* à la page 402.

¹⁶⁹¹ L. A. DIMATTEO, préc., note 476, 264 : « [t]he BGB provides the most comprehensive and extensive law of excuse found in any national law ».

¹⁶⁹² *Id.*, 265 et s.

¹⁶⁹³ H. RÖSLER, préc., note 415, 55.

¹⁶⁹⁴ M. MEKKI, préc., note 1485, 18 (version électronique) : « [p]eu importe, à dire vrai, la nature du changement, seul importe l'impact du changement sur l'équilibre contractuel voulu par les parties ».

¹⁶⁹⁵ F. HINESTROSA, préc., note 1689 à la page 413.

notamment quant à sa fréquence ou sa nature ; d'autres exigent un caractère raisonnablement imprévisible ; d'autres le caractère seulement imprévisible. Les contractants ne doivent donc pas l'avoir anticipé. Ce critère s'applique avec plus ou moins d'objectivité, tous les systèmes cherchant à se défaire d'une approche subjective. La condition de l'imprévisibilité devrait pourtant se contenter d'un caractère raisonnablement imprévisible, sachant que les capacités des partenaires sont limitées et leur capacité de négociation peut également l'être.

Le caractère d'imprévisibilité ne semble pas unanimement exigé. En effet, le droit allemand, ou encore anglais, le considérant comme un élément parmi d'autres. Il semble donc que ce soit le critère le plus controversé des changements de circonstances. Ce qui semble plutôt pris en considération, au-delà du caractère raisonnablement imprévisible, c'est que les partenaires ne soient pas à l'origine des faits ou de son aggravation, ni ne les aient facilités. Cette condition suppose une appréciation du juge, sachant qu'une charge supérieure pèsera sur le contractant professionnel¹⁶⁹⁶.

Il est également important de préciser que la faute de la partie victime des changements de circonstances ne lui permettra pas d'être excusé, qu'elle ait participé à la réalisation de l'évènement ou qu'elle ait été défaillante avant sa survenance. C'est une condition commune.

En l'absence de stipulation contractuelle déterminant la charge du risque, la détermination de l'allocation des risques sera à la charge du juge, qui devra prendre en considération à la qualité des parties, la nature du contrat, les capacités financières des partenaires. « Le mécanisme de révision pour imprévision révèle ainsi une convergence entre les pays et les codifications : l'acceptation du contrat comme lieu d'attribution des risques ».

En outre, une autre distinction opérée provient du moment de naissance de l'évènement. Le droit allemand et les Principes d'Unidroit apparaissent plus extensifs, admettant que ce dernier puisse être né avant ou après la conclusion du contrat, à partir du moment où les contractants n'en avaient pas connaissance. Les autres systèmes exigent que ce dernier naisse lors de l'exécution du contrat, relevant de l'erreur dans le cas contraire.

Les changements de circonstances sont de nature relationnelle, il implique une grande coopération entre les partenaires afin que chacun puisse obtenir les bénéfices de cette relation.

¹⁶⁹⁶ *Id.* à la page 414 et s.

Appliqué à la théorie des contrats relationnels, il apparaît qu'une définition élargie des changements de circonstances apparaît souhaitable. Les parties devant respecter les normes de coopération et de flexibilité, limiter le champ d'application au déséquilibre économique apparaît restrictif. Il a d'ailleurs été souligné que l'application des changements de circonstances ainsi entendus était particulièrement rare, le caractère excessif étant rarement atteint.

En outre, le caractère imprévisible de l'évènement, même s'il peut être un élément à prendre en considération, ne peut apparaître comme une condition stricte. En effet, il suffit que les partenaires ne l'aient pas pris en considération et n'en est pas eu connaissance. La relation contractuelle imposant une certaine confiance entre les partenaires, ainsi qu'une certaine solidarité, il n'apparaît pas primordial d'avoir une appréciation stricte de l'imprévisibilité.

L'allocation des risques dans le contrat semble être le point central en matière de changement de circonstances. Ainsi, si l'un des partenaires a consciemment accepté d'assumer un certain risque, ce dernier devrait rester lié par cette obligation. En outre, le contractant victime des changements de circonstances ne devra pas avoir participé à la réalisation de l'évènement ou l'avoir facilité, de la même manière qu'il ne devra pas être défaillant avant sa survenance. La relation contractuelle imposant confiance et coopération, l'allocation des risques du contrat doit être respectée.

TITRE 2 – Une gradation des remèdes en cas de changement de circonstances

Il existe une diversité de remèdes disponibles en cas de changement de circonstances. À l'exception du droit anglais qui ne prévoit que l'anéantissement automatique et non rétroactif du contrat, et le droit italien qui ne prévoit que la résiliation ou la modification équitable, les autres droits et instruments, dans leur disposition concernant les changements de circonstances, laissent un grand choix aux contractants afin de résoudre les difficultés.

« Il n'y a pas une conception unique de l'imprévision ni de ses effets. Dans certains cas, elle permet de demander la résiliation du contrat, dans d'autres cas sa révision, d'autres fois elle permet le versement d'une indemnité »¹⁶⁹⁷.

Il est fait référence aux remèdes et non aux sanctions des changements de circonstances. Cette terminologie se comprend dans le sens où aucun des partenaires ne doit être à l'origine du changement et ne peut être considéré en faute. Les changements de circonstances ne sanctionnent alors pas un droit, mais règlent un différend.

« Il faut donc avertir que sa raison d'être n'est pas de sanctionner l'omission de conditions ou l'infraction de règles impératives et non plus de réprimer un mauvais comportement ou défaire un transfert patrimonial injustifié, mais éviter, ou prévenir le trouble causé à l'une des parties si on venait à exiger rigoureusement l'exécution de ses obligations qui sont devenues excessives ou disproportionnées par l'action d'évènements étrangers aux parties, par le réajustement des termes du contrat et, si cela n'est pas possible le dissoudre, parce qu'il n'est ni légitime ni équitable de le maintenir dans les conditions initiales »¹⁶⁹⁸. Il s'agit donc d'une mesure de prévention ou de conservation, et non d'une sanction.

Les changements de circonstances ouvrent une série de réactions graduées : d'abord une renégociation sans suspension d'exécution ; puis, en cas d'échec, voire de refus, la possibilité de faire intervenir le juge qui pourra « réviser le contrat ou y mettre fin »¹⁶⁹⁹. La négociation apparaît alors comme le remède premier, devant être mise en œuvre avant toute intervention

¹⁶⁹⁷ C. JAUFFRET-SPINOSI, préc., note 103 à la page 17.

¹⁶⁹⁸ F. HINESTROSA, préc., note 1689 à la page 409.

¹⁶⁹⁹ Alain BÉNABENT et Laurent AYNÈS, « Réforme du droit des contrats et des obligations: aperçu général », *D.* 2016.434, 2 (version électronique).

judiciaire. Cependant, cette affirmation est à nuancer, car tous les instruments ne prévoient pas obligatoirement et de manière préalable, une renégociation.

L'intervention judiciaire laisse également planer un doute quant à une hiérarchisation des remèdes. En effet, l'intervention judiciaire est bel et bien prévue, mais il ne semble, de manière générale, qu'aucune gradation ne soit prévue quant à son intervention. Ainsi, il pourra décider de mettre fin ou d'adapter le contrat, sans que l'une ou l'autre de ces solutions ne soit prioritaire.

Cette sorte de hiérarchisation démontre la conception et le rôle du juge dans le contrat. En effet, les remèdes vont généralement d'une absence d'atteinte ou d'une atteinte limitée à la liberté contractuelle grâce à la renégociation et à la l'anéantissement, jusqu'à, pour un certain nombre d'entre eux, une atteinte importante à la liberté contractuelle, notamment par l'admission de la révision judiciaire du contrat.

Il apparaît pourtant qu'une gradation claire des remèdes permettrait une lecture plus claire, et la prise en compte de l'intensité de la relation contractuelle. Quel que soit le type de relation entreprise par les contractants, que cette dernière soit minimale ou maximale, une renégociation des termes de l'accord est toujours envisageable. Les parties ont toujours la possibilité de modifier conventionnellement les termes de leur engagement, la liberté contractuelle leur permettant de conclure des avenants. La renégociation apparaît donc comme le remède universel, même s'il n'apparaît pas comme préalable à l'intervention judiciaire dans tous les instruments. En outre, elle ne pose guère de difficulté en termes d'acceptation par la doctrine ou la jurisprudence, à la différence d'une possible intervention judiciaire dans le contrat.

Les difficultés surviennent principalement concernant les remèdes faisant intervenir le juge dans le contrat. Deux possibilités sont alors ouvertes : la révision judiciaire ou la résiliation judiciaire. Dans l'un comme dans l'autre cas, il y a atteinte à la liberté contractuelle, puisqu'aucun des partenaires n'est en faute, subissant simplement les aléas des circonstances.

Lorsque les contractants se sont soumis à la loi du marché, et qu'il n'existe pas de lien particulier entre eux, il peut apparaître difficilement compréhensible que le juge, tiers au contrat, vienne à en modifier les termes. Même si les contractants doivent coopérer dans

l'exécution du contrat, cette coopération reste minimale, et l'intervention judiciaire pourrait apparaître délicate.

Par contre, dans les contrats relationnels, où l'obligation de coopération est particulièrement importante et où elle s'impose aux contractants avec insistance, la préservation de la relation est primordiale et peut nécessiter l'intervention du juge lorsque les partenaires, en ne recherchant pas un accord amiable, ne parviennent pas à résoudre la difficulté. Les partenaires, dans un contrat relationnel, doivent s'entraider mutuellement, et le lien qui les unit a une valeur en soi. Ainsi, en cas d'échec ou de refus d'une renégociation, l'intervention judiciaire dans l'objectif de sauvegarder le lien apparaît nécessaire et primordiale. En effet, si les partenaires ne souhaitent pas ou plus rester enfermés dans cette relation, ils ont la possibilité de décider de la résiliation du contrat ou de la demander au juge. La révision judiciaire apparaît alors comme un moyen de préserver la relation, que cela passe par la modification des termes de l'accord ou par la résiliation du contrat, et de diminuer ex post les coûts de transaction¹⁷⁰⁰.

Les remèdes au changement de circonstances peuvent donc apparaître de deux ordres, à savoir les remèdes ne permettant pas au juge de modifier les termes de l'engagement (Chapitre 1) et les remèdes permettant une intervention judiciaire (Chapitre 2).

¹⁷⁰⁰ Georges ROUHETTE, « Préface », *RDC* 2009.1.265, 6 (version électronique): « [m]ais il dénote aussi une perception réaliste de ce que, l'information des contractants étant nécessairement imparfaite et coûteuse, la fonction du droit du contrat est, comme on l'a vu, de permettre des économies en réduisant les coûts de transaction ».

Chapitre 1 – L’absence de modification judiciaire des termes de l’engagement

La première phase de la procédure en cas de changement de circonstances, et outre la détermination des conditions d’application, devrait être une tentative de modification amiable des termes de l’accord, à savoir une renégociation¹⁷⁰¹. Cette procédure apparaît comme primordiale dans les contrats relationnels, car elle permet de sonder l’intensité de la relation et de déterminer les comportements opportunistes pouvant surgir¹⁷⁰². Il apparaît donc que dans la hiérarchie des remèdes proposés en cas de changement de circonstances, la modification amiable des termes de l’accord doit être un préalable incontournable à toute intervention judiciaire¹⁷⁰³.

Cette première affirmation se comprend dans le sens où le contrat est, et doit rester autant que faire se peut, la chose des parties. Le juge ne doit intervenir qu’avec parcimonie et de manière exceptionnelle, lorsque les partenaires n’arrivent pas à se mettre d’accord sur les modifications à apporter. En outre, la relation contractuelle créée par les partenaires devrait leur permettre de prendre en considération le changement de circonstances, puisque cette relation est principalement axée sur la collaboration entre les parties et que des mécanismes d’adaptation peuvent être présents. La renégociation renvoie donc aux normes de coopération et de solidarité développées par Macneil. Le contrat relationnel étant par nature incomplet, les contractants doivent le perfectionner au fur et à mesure du temps, et les changements de circonstances font partie de ce perfectionnement, et ne doivent pas différer d’une lacune contractuelle¹⁷⁰⁴. Les remèdes aux changements de circonstances doivent donc être construits de la même manière que les contrats relationnels, c’est-à-dire un modèle construit d’abord par et pour les parties, qui déterminent le cadre dans lequel va pouvoir évoluer leur

¹⁷⁰¹ H. BOUTHINON-DUMAS, préc., note 28, 371.

¹⁷⁰² V. EDEL, préc., note 1203, p. 110 : « [l]’objectif des dispositifs de révision conventionnelle est de promouvoir les principes de coopération, de collaboration qui vont irriguer la relation contractuelle d’une sève nourricière ».

¹⁷⁰³ R. A. HILLMAN, préc., note 962, 18 : « [a] less severe approach would be to order the parties to engage in good faith bargaining, mediation, or other dispute resolution techniques ».

¹⁷⁰⁴ H. BOUTHINON-DUMAS, préc., note 28, 371 : « [é]tant donné la nature et la fonction des contrats relationnels qui reposent sur une forme de coopération, on peut s’attendre à ce que les parties adaptent spontanément le contenu de leur accord de manière à préserver une relation à laquelle elles ont montré leur attachement du fait même de la conclusion du contrat relationnel ».

coopération¹⁷⁰⁵. L'objectif de la renégociation est bel et bien de protéger la relation et d'en assurer la pérennité, au-delà même du simple contrat. Ce maintien est une valeur essentielle des contrats relationnels.

Même si, pour certaines, obliger les contractants à renégocier les termes de leur accord apparaît peu utile¹⁷⁰⁶, une solution négociée préserve autant la liberté contractuelle que la relation contractuelle. La renégociation semble être le remède relationnel par excellence. Seulement en cas d'échec, l'intervention du juge devient nécessaire (Section 1).

L'anéantissement du contrat est également un remède ne permettant pas au juge de modifier de manière autoritaire les termes de l'engagement. En effet, il ne dispose alors que du pouvoir de décider des conséquences de la résiliation du contrat. Cependant, il dispose à cet effet de large pouvoir.

La résiliation du contrat est le seul remède prévu par les dispositions sur les changements de circonstances qui ne permet pas de maintenir la relation. Ainsi, il ne devra être mis en œuvre qu'en cas d'impossibilité totale d'adapter judiciairement ou conventionnellement le contrat, les contrats relationnels ayant, par nature, vocation à perdurer. Cependant, à l'exception du droit allemand, il ne semble pas qu'une hiérarchisation entre les divers pouvoirs du juge ne soit prévue (Section 2).

Section 1 – La coopération à travers la renégociation des termes de l'accord

La renégociation se retrouve principalement dans les codifications privées, les projets de réforme français ainsi que dans le nouveau droit civil français. En effet, les droits allemand, anglais, américain et italien ne prévoient pas explicitement dans leur disposition que les parties doivent renégocier les termes de l'accord, préalablement à toute intervention judiciaire.

¹⁷⁰⁵ *Id.* : « [e]n réalité, il faut concevoir la mise en œuvre de la révision sur le modèle des contrats relationnels eux-mêmes. Les contrats relationnels sont d'abord une création des parties ; ils cherchent à définir un cadre pour l'évolution d'une coopération, ils organisent (parfois) des procédures de perfectionnement du contrat initial. On doit donc d'abord envisager la révision judiciaire dans ses rapports aux modes de révision extrajudiciaires : la révision par les parties elles-mêmes, éventuellement avec l'aide d'un tiers ».

¹⁷⁰⁶ J.-D. PELLIER, préc., note 1441, 4 (version électronique).

Cependant, à l'exception du droit anglais¹⁷⁰⁷, les droits allemand¹⁷⁰⁸ et italien¹⁷⁰⁹ ne semblent pas interdire une telle possibilité¹⁷¹⁰.

Dans les codifications privées, il semble que la renégociation soit perçue comme le remède par excellence. Il en est d'ailleurs de même à l'article 1195 nouveau du Code civil ainsi que dans la doctrine française¹⁷¹¹. Cette possibilité laissée aux contractants prend généralement le pas sur toute intervention judiciaire. La renégociation est donc un outil généralement accepté par la majorité — voire l'unanimité — de la doctrine et de la jurisprudence.

La renégociation ne porte pas atteinte à la liberté contractuelle ou à la force obligatoire du contrat, car ce que les parties ont fait, elles peuvent le défaire ou le refaire. Il s'agit simplement d'une modification conventionnelle du contrat par les parties elles-mêmes¹⁷¹². Outre son respect pour les principes directeurs traditionnels du droit des contrats, la renégociation amiable des termes de l'accord est également un gage de protection de la relation contractuelle.

« Le traitement doit si possible être amiable : ce dernier a toutes les faveurs du législateur. Et c'est pourquoi l'alinéa premier rappelle que la partie victime du changement de circonstances "peut demander

¹⁷⁰⁷ J. CARTWRIGHT, S. VOGENAUER et S. WHITTAKER, préc., note 128, p. 79 et s.; *Walford v. Miles*, [1992] 2 A.C. 128, 138 (House of Lords) : « *the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations* ».

¹⁷⁰⁸ E. H. HONDIUS et H. C. GRIGOLEIT, préc., note 388, p. 125 : « *[a]lthough Art. 1467 (3) CC does not expressly provide for an obligation to renegotiate with the aim of equitably adapting or modifying the affected contractual terms, it could be argued that, once the interest in avoiding the dissolution has been declared, both parties are entitled to propose to the counter-party to enter into a negotiation. In this case, if a party refuses to negotiate or if he breaks off negotiations contrary to good faith and the rules of fair dealing, the court can award damages for the loss suffered, in addition to the equitable modification of the contractual terms. This conclusion is supported by the general duty to perform in good faith (Arts. 1175 and 1375 CC)* ». A. KARAMPATZOS, préc., note 389, 134 qui précise qu'étant donné la philosophie du droit allemand, et le souci premier de maintenir le lien contractuel, la renégociation est également une obligation en droit allemand.

¹⁷⁰⁹ D'après la doctrine, le droit italien ne semble pas exclure une telle possibilité, considérant notamment le devoir de bonne foi tant dans l'interprétation que l'exécution du contrat. Voir, L. ANTONIOLLI, préc., note 448; R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1325, 260; R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 83 : « *[a]dditionally, in spite of the text of article 1467, it has been argued that once the parties have declared their interest in avoiding a dissolution, each party is entitled to request the renegotiation of the contract when the prerequisites of the article are met. In this case, a refusal to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith entitles the affected party to claim damages and the adaptation of the contract by the judge* ».

¹⁷¹⁰ Certains auteurs ne semblent pourtant pas accepter le renégociation en droit allemand et italien. Voir, I. H. SCHWENZER, préc., note 479, 722 précisant que : « *[a]lthough there are some authors favouring such a duty to renegotiate under German law, the prevailing view follows the clear wording of the provision that does not mention any such duty, but instead allows a party to immediately resort to the court asking for an adaptation of the contract. Likewise, [...] the Italian [...] provisions on hardship oblige the parties to renegotiate* ».

¹⁷¹¹ Voir infra sur le devoir de renégociation, partie 1.

¹⁷¹² P. CATALA, préc., note 15, p. 47 : « [à] ceux qui ne se lassent pas de regretter l'absence du traitement de l'imprévision en droit civil français, il faut rappeler que le contrat, acte de prévision par essence, se doit de prévoir les difficultés, et qu'il n'est de solution meilleure que celle qui aura été négociée par les parties concernées elles-mêmes ».

une renégociation du contrat à son cocontractant¹⁷¹³. [...] Mais bien qu'assez inutile, cette incitation expresse est symbolique du vœu d'une solution amiable, renégociée en dehors des tribunaux »¹⁷¹³.

Quel que soit le degré du devoir de coopération imposé dans le contrat et quel que soit l'intensité de la relation, la renégociation des termes de l'accord peut toujours être imposée aux contractants. La renégociation devrait alors être un préalable à la saisine du juge (Paragraphe 1) dont le déroulement et les sanctions devraient être identifiés (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 - La renégociation comme préalable à l'intervention judiciaire

La renégociation n'apparaît pas comme un mécanisme préalable à la saisine du juge dans tous les instruments. En effet, certains rendent obligatoire la tentative de résolution amiable de la difficulté (B) alors que d'autres ne semblent qu'en prévoir la possibilité (A).

A. La possibilité d'engager des négociations

La possibilité pour les partenaires d'entrer en renégociation se retrouve dans nombre de projets. Tous n'ont cependant pas la même approche concernant la possibilité d'entrer en renégociation (1), mais la considèrent comme une simple obligation de moyen (2).

1. Deux approches de la possibilité d'engager des négociations

Le projet Catala ne semble pas envisager la possibilité pour les partenaires d'entrer en renégociation sans intervention judiciaire. En effet, à l'article 1135-2, il prévoyait qu'en l'absence de clause de renégociation, la partie subissant le changement de circonstances, ou pour reprendre les termes du projet, qui perd son intérêt au contrat, peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une renégociation des termes de l'accord. Le projet Catala apparaît donc timide dans la reconnaissance de la renégociation, dans le sens où l'intervention du juge semble nécessaire. La renégociation n'est donc pas de principe.

L'article 1195 nouveau du Code civil n'a repris ni la formule du projet Terré, ni celle du projet Catala. La renégociation n'est pas soumise à l'intervention du juge, elle ne semble pas, non plus, une obligation pour les contractants. L'article 1195 nouveau du Code civil prévoit la

¹⁷¹³ P. DUPICHOT, préc., note 1443 à la page 78.

possibilité d'une intervention judiciaire « [e]n cas de refus ou d'échec de la renégociation », laissant ainsi les parties libres de refuser toute négociation des termes de l'accord lié au changement de circonstances. Même si certains considèrent que l'intervention du juge dans le contrat ne paraît que « subsidiaire »¹⁷¹⁴, il faut reconnaître que les partenaires peuvent avoir recours à l'autorité judiciaire sans même avoir recherché à l'amiable une solution au changement de circonstances. Aucune obligation n'est donc admise dans l'article 1195 nouveau du Code civil et le refus de renégocier ne semble pas, non plus, sanctionné.

À l'autre pôle du devoir de renégociation, le Draft Common Frame of Reference prévoit le mécanisme de renégociation, mais seulement comme condition à l'ouverture des autres remèdes, c'est-à-dire qu'il en fait une condition d'application¹⁷¹⁵.

*« This technique was considered undesirably complicated and heavy-handed by the DCFR, which therefore does not impose an obligation to negotiate but makes it a requirement for a remedy under Art. III – 1 : 110 DCFR that the debtor should have attempted in good faith to achieve a reasonable and equitable adjustment by negotiation »*¹⁷¹⁶.

Le Draft Common Frame of Reference ne semble pas imposer une obligation de renégociation, puisqu'il est précisé que le contractant désavantagé par le changement de circonstances doit « tenter » de renégocier les termes de l'accord. Cependant, certains considèrent que le rôle joué par la bonne foi est applicable à la partie bénéficiant des changements de circonstances et imposerait une obligation de renégociation. Ainsi, l'article III. 1 : 103 du Draft Common Frame of R¹⁷¹⁷éférence lui serait applicable, l'empêchant de mettre en œuvre les remèdes en cas d'inexécution du contrat¹⁷¹⁸.

¹⁷¹⁴ R. CABRILLAC, préc., note 1437, 3 (version électronique).

¹⁷¹⁵ C. VON BAR, É. CLIVE et H. SCHULTE-NÖLKE, préc., note 16, p. 233 : « *the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation* ».

¹⁷¹⁶ E. H. HONDIUS et H. C. GRIGOLEIT, préc., note 388, p. 10.

¹⁷¹⁷ C. VON BAR, É. CLIVE et H. SCHULTE-NÖLKE, préc., note 16, p. 230 : « *[g]ood faith and fair dealing (1) A person has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing in performing an obligation, in exercising a right to performance, in pursuing or defending a remedy for non-performance, or in exercising a right to terminate an obligation or contractual relationship. (2) The duty may not be excluded or limited by contract or other juridical act. (3) Breach of the duty does not give rise directly to the remedies for non-performance of an obligation but may preclude the person in breach from exercising or relying on a right, remedy or defence which that person would otherwise have* ».

¹⁷¹⁸ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1325, 259 : « *it can also be argue that Art. III.- 1: 103 is applicable to the creditor in this situation and therefore the breach of the duty of good faith may prevent him from exercising or relying on the rights and remedies arising from the non-performance of the contract by the debtor; e.g. specific performance and damages. This is a natural consequence of the DCFR's general approach to good faith, since the duty of good faith - the requirement for the parties to act in good faith - is considered as a duty and not an obligation* ».

2. La renégociation, une obligation de moyens

Cependant, malgré le fait que la renégociation ne soit pas, en soi, une obligation pour les contractants, il est généralement admis qu'elle présente deux aspects¹⁷¹⁹. Pour la doctrine, l'obligation d'entrer en renégociation est une obligation de résultat, les parties ayant l'obligation de rechercher à l'amiable un compromis. Cette obligation peut se constater aisément puisqu'il suffit, par exemple, du refus d'une partie pour la caractériser. La sanction préconisée dans ce cas est l'octroi de dommages et intérêts¹⁷²⁰. D'autre part, la modification des termes de l'engagement ne peut être une obligation de même nature puisque « faire de l'obligation de renégocier une obligation de résultat revient à admettre la révision pour imprévision »¹⁷²¹. L'obligation de modifier les termes de l'engagement ne peut alors qu'être une obligation de moyens¹⁷²². « Autrement dit, cette obligation, imposée au nom de la bonne foi [ou des changements de circonstances], ne rime jamais avec la révision judiciaire du contrat, en cas de désaccord des contractants »¹⁷²³. Les parties doivent alors tenter de trouver un accord, conformément aux préceptes de la bonne foi, c'est-à-dire qu'elles doivent faire des propositions cohérentes et acceptables.

¹⁷¹⁹ Yves LEQUETTE, « De l'efficacité des clauses de Hardship », dans *Liber amicorum Christian Larroumet*, Paris, Economica, 2010 à la page 271.

¹⁷²⁰ B. OPPETIT, préc., note 1285, 806; Y. LEQUETTE, préc., note 1719 à la page 271; Laurent AYNÈS, « Le devoir de renégocier », *R.J. Com.* 1999.11, 17.

¹⁷²¹ J. GHESTIN, préc., note 14, par. 289; Denis MAZEAUD, « Renégocier ne rime pas avec réviser! », *D.* 2007.765, par. 8 : « [L]a question que l'on peut alors se poser à ce stade de l'exploration du devoir de négocier est celle de savoir si « tant les exigences de la bonne foi que l'intention des parties, concrétisée par l'existence même de la clause de 'hardship', imposent au partenaire », non seulement de faire des propositions raisonnables lors de la renégociation, mais aussi et surtout d'« accepter » de telles propositions. Avancée par B. Oppetit, l'idée, séduisante dans la perspective d'un devoir de bonne foi réhaussé au rang de devoir de coopération, pourrait conduire à considérer que le devoir de renégocier, quand il se traduirait par des propositions raisonnables, car tout à fait acceptables pour le contractant qui les a refusées au regard de ses intérêts bien compris, tendant à l'adaptation du contrat, se prolongerait alors par un devoir de réviser le contrat. Séduisante car la solution contraire revient à neutraliser l'obligation de renégocier de bonne foi, l'idée n'est pourtant manifestement pas retenue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation qui se prononce très nettement en faveur d'un simple pouvoir facultatif de révision du contrat renégocié »; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et P. SIMLER, préc., note 82, p. 525.

¹⁷²² Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », (1998) 50-2 *Rev. Int. Droit Comparé* 463, n. 39; Hugues LEMAIRE et Agnès MAURIN, « Droit français et principes du droit européen du contrat », *Petites Affiches* 2004.92.38, 9 (version électronique) : « dans les PEDC, »[d]ès lors que ces conditions sont remplies, les parties ont une véritable obligation de se rapprocher en vue d'une nouvelle négociation. Il s'agit d'une obligation de résultat. Maît alors une obligation de moyen, celle de parvenir à un nouvel accord"; D. MAZEAUD, préc., note 1721, par. 7 précisant que « [L]'effet d'une clause de renégociation [...] est uniquement d'obliger les contractants à se rencontrer et à examiner ensemble les moyens d'adapter leur contrat aux nouvelles circonstances ».

¹⁷²³ D. MAZEAUD, préc., note 599, par. 16.

Dans l'arrêt Péladeau¹⁷²⁴, la Cour d'appel du Québec impose aux Placements Péladeau Inc. la renégociation du protocole d'entente, conformément à la clause 8. En effet, ce dernier devait racheter les actions détenues par Mme Péladeau que celle-ci détenait dans le capital-actions. Ce rachat a été approuvé dans un protocole d'entente, lui-même approuvé par la Cour supérieure du Québec. Le protocole prévoit qu'à partir de l'année 2001, aucun paiement ne sera effectué pour une année donnée si les dividendes versés par Québecor aux Placements Péladeau Inc. sont inférieurs à 4.200.000\$. En 2002 et 2003, Québecor ne verse pas de dividendes. De 2004 à 2011, les dividendes versés n'atteignent pas le seuil de 4,2 millions de dollars, ce qui ne permet pas le paiement des actions. Pourtant, la profitabilité de Québecor est supérieure aux années précédentes. Mme Péladeau tente alors de renégocier les termes de l'accord conformément à l'article 8 du protocole d'entente en 2011. Étant donné l'échec de cette tentative, elle introduit un recours devant la Cour supérieure la même année. Sa demande est rejetée par les juges de première instance. La Cour d'appel accueille sa demande et oblige Placements Péladeau Inc. à renégocier de bonne foi le protocole. La Cour estime que l'interprétation d'un contrat doit se faire conformément à l'intention commune des parties, ce qui nécessite de prendre en considération le contexte de la conclusion de l'accord¹⁷²⁵. Elle interprète également l'article 8 en estimant que l'expression « non prévues au présentes » doit être distinguée de l'expression « imprévisibles » utilisée par la Cour supérieure¹⁷²⁶. Enfin, elle estime que l'action des administrateurs est de satisfaire les actionnaires de contrôle. Pour ces derniers, l'accroissement de la valeur à long terme prime sur un rendement à court terme, se traduisant par le versement de dividendes. C'est donc cette situation qui a entraîné l'absence de paiement des actions de Mme Péladeau et qui impose une renégociation de bonne foi du protocole, le changement de philosophie en matière de dividendes cherchant principalement à

¹⁷²⁴ *Péladeau c. Placements Péladeau Inc.*, [2015] QCCA 1724 (C.A.).

¹⁷²⁵ *Id.*, par. 37 : « [l]es circonstances qui ont entouré la conclusion du protocole ne peuvent être ignorées, de sorte qu'une approche contextuelle s'impose en l'espèce: non seulement ces circonstances constituent-elles un guide utile dans la recherche de l'intention des parties, mais elles permettent de plus d'en déduire l'interprétation la plus conforme ».

¹⁷²⁶ *Id.*, par. 54 : « [c]e qui déclenche l'obligation de renégocier de l'article 8 du protocole, c'est la survenance d'un événement non prévu à ce protocole et non pas « une situation imprévisible » ou « un fait imprévisible » comme le plaident l'intimée et les mis en cause ou comme l'énonce la juge de première instance aux paragraphes 1 et 15 de son jugement ».

satisfaire les actionnaires de contrôle¹⁷²⁷. C'est ainsi que le comportement des Placements Péladeau Inc impose la renégociation du protocole.

La Cour de cassation a apporté une précision importante concernant la renégociation dans un arrêt du 3 octobre 2006¹⁷²⁸.

Elle précise « que l'article 3 intitulé "clause de rencontre", obligeant les parties à se rencontrer dans tous les cas une fois l'an "en cas d'évènement majeur affectant leurs obligations respectives au terme du présent accord d'une façon telle que l'équilibre économique et financier qui prévalait lors de la signature s'en trouve gravement modifié à son détriment", n'oblige en aucune façon le cocontractant à accepter les modifications de contrat proposées par l'autre partie en cas de survenance d'un tel évènement ».

Elle continue en précisant que l'échec de la renégociation ne peut être imputé au partenaire qu'en cas de « comportement abusif », le simple fait de refuser les propositions ne constituant pas une faute de sa part¹⁷²⁹. Dans les faits, un contrat ayant pour objet l'installation d'une centrale thermique et la fourniture d'énergie a été conclu en mars 1999. Deux clauses étaient insérées, à savoir une clause de rencontre et une clause d'adaptation et de transfert. Les parties décidèrent d'indexer le prix de l'énergie sur celui du fuel, alors même que la centrale fonctionnait au gaz. Suite à une augmentation considérable du prix du gaz entre avril 1999 et 2001, les contractants conclurent un avenant, dès l'année 2000. Malgré ce nouvel accord, le contrat restait ruineux pour le fournisseur. Il chercha donc la révision du contrat conformément à la clause, mais toutes ses propositions furent refusées. La centrale ne fut jamais mise en fonction, ce qui poussa le cocontractant à demandé judiciairement la résolution du contrat et l'octroi de dommages et intérêts.

Il a alors été estimé que « la solution retenue par la Cour de cassation s'inscrit parfaitement dans l'idéologie contractuelle dominante. Libres de concevoir leur contrat, d'en composer le contenu, d'en déterminer l'équilibre, les contractants doivent, en définitive, assumer la

¹⁷²⁷ *Id.*, par. 67 : « [q]uant au paragraphe 54 du jugement dont appel, j'estime devoir le préciser. Si le témoignage de l'un des membres du conseil d'administration de Québecor, lequel siège également au comité de vérification, et une admission de l'appelante justifient une affirmation d'absence d'intervention directe des mis en cause Pierre-Karl et Éric Péladeau dans le processus de déclaration de dividendes de Québecor, il ne faut tout de même pas ignorer que ceux et celles qui interviennent directement à cet égard (membres du comité de vérification et du conseil d'administration) le font en s'assurant « de répondre aux attentes des actionnaires » et de « satisfaire le mieux possible l'attente des actionnaires », notamment de tout actionnaire de contrôle pour qui l'accroissement de l'avoir des actionnaires est susceptible de présenter plus d'intérêt qu'un retour immédiat sur l'investissement par le versement de dividendes ».

¹⁷²⁸ Cass. Com., 3 octobre 2006, n° 04-13214.

¹⁷²⁹ D. MAZEAUD, préc., note 1721, par. 1.

responsabilité du mauvais usage de leur liberté »¹⁷³⁰. Pour d'autres, la décision de la Cour entraîne la naissance d'un engagement purement potestatif, dans le sens où le contractant est considéré comme respectant son obligation par le simple fait de rencontrer son partenaire, même s'il refuse toutes les propositions émises¹⁷³¹. La seule limite posée par l'arrêt étant un comportement abusif. Ainsi, la position de la Cour de cassation apparaît particulièrement drastique pour le contractant subissant le changement de circonstances, dans le sens où, dans le cadre d'un contrat à durée déterminée, elle l'oblige à poursuivre un contrat ruineux, alors même qu'une clause prévoyait la possibilité de renégocier les termes de l'accord et que, même si elle n'a pas abouti, la renégociation n'a pas été menée de bonne foi.

Certains estiment alors que les parties auraient l'obligation d'accepter les propositions raisonnables faites par leur partenaire lors de la renégociation. Concernant les clauses de *hardship*, il a été affirmé que « l'exigence de bonne foi ainsi que l'interprétation de l'intention des parties (manifestée par l'existence même de la clause de hardship) conduisent à considérer qu'elles doivent émettre et accepter des propositions raisonnables »¹⁷³². Ainsi, même si « renégocier n'est pas conclure [...] renégocier implique des actes et une attitude. 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 accord »¹⁷³³. En outre, faire de l'obligation de renégociation une véritable obligation de moyen serait conforme à la position de la Cour de cassation lorsqu'elle impose aux partenaires une obligation de renégociation alors même qu'aucune clause n'est prévue au contrat ainsi qu'à la position de la jurisprudence arbitrale qui sanctionne l'absence de bonne foi dans la renégociation par l'engagement de la responsabilité de la partie qui refuse toute proposition raisonnable ou qui fait des propositions déraisonnables¹⁷³⁴.

¹⁷³⁰ *Id.*, 768.

¹⁷³¹ Y. LEQUETTE, préc., note 1719 à la page 274.

¹⁷³² B. FAUVARQUE-COSSON, préc., note 56, 89.

¹⁷³³ L. AYNÈS, préc., note 1720, 18; S. LEQUETTE, préc., note 37, p. 377; Y. LEQUETTE, préc., note 1719 à la page 277.

¹⁷³⁴ Y. LEQUETTE, préc., note 1719 à la page 277 et s.

Cependant, la question peut apparaître plus complexe, dans le sens où il peut y avoir désaccord tantôt sur « l'existence des conditions de la réadaptation », tantôt sur « l'ampleur du réajustement ».

Cette approche de la doctrine ne semble pas être retenue dans le nouveau droit civil français puisque le cocontractant peut refuser, sans sanction, d'entrer en renégociation. Il ne s'agirait donc pas d'une obligation de résultat, mais d'une simple faculté. En effet, « on constate [...] que les parties ne paraissent pas tenues à la renégociation, puisque, si la victime du bouleversement économique peut demander cette renégociation, il n'est pas écrit que son cocontractant doit s'y plier »¹⁷³⁵. Cependant, la faculté de résiliation unilatérale a été prévue afin de ne pas enfermer le contractant victime du bouleversement de l'économie du contrat, dans un accord ruineux.

B. L'obligation d'entrer en renégociation

Seuls les Principes européens du droit du contrat, les Principes Unidroit et le projet Terré semblent imposer une obligation d'entrer en négociation comme préalable à toute saisine du juge.

1. Une approche commune de l'obligation de renégocier

Le projet Terré semblait aller plus loin que le projet Catala ou l'article 1195 nouveau du Code civil en faisant de l'obligation de renégociation un principe. En effet, les parties n'ont pas besoin de l'intervention du juge afin de renégocier les termes de leur accord. Le projet Terré précise que « [l]es parties doivent renégocier le contrat » puis que « [e]n l'absence d'accord des parties dans un délai raisonnable »¹⁷³⁶. Il ne fait donc pas référence à un refus de renégocier les termes de l'engagement, ce qui laisse supposer que les contractants doivent, de manière impérative, tenter de se concilier afin de trouver un compromis.

¹⁷³⁵ Bruno CAVALIÉ, « Le projet de réforme du droit des contrats face à la crise: quel avenir pour la théorie de l'imprévision? », *Rev. Lamy Droit Civ.* 2009.62, 5 (version électronique).

¹⁷³⁶ F. TERRÉ, préc., note 15, p. 247, article 92 alinéa 3.

Les Principes européens du droit du contrat imposent aussi un devoir de renégociation¹⁷³⁷, en précisant que le juge pourrait être saisi « [i]f the parties fail to reach an agreement within a reasonable period ».

En effet, « privilégier la renégociation conventionnelle en cas de déséquilibre contractuel profond procédant d'un changement imprévisible de circonstances, relève que les PDEC appréhendent le contrat comme la chose des parties, lesquelles sont donc les mieux placées pour apprécier leurs intérêts respectifs et, ainsi, pour adapter leur contrat dans ce cas de figure particulier »¹⁷³⁸.

Les Principes européens du droit du contrat, dans leur commentaire, précise que :

*« the court's decision to terminate or to modify the contract is very much a last resort. The whole procedure is devised to encourage the parties to reach an amicable settlement : hence the obligation to enter negotiations. The court may also remit the matter to the parties for a last effort of negotiation. In the absence of an agreement, it is up to the court to decide »*¹⁷³⁹.

De la même manière, les Principes Unidroit prévoient également une obligation d'entrer en négociation avant toute intervention judiciaire, à l'article 6.2.3 précisant que « [i]n case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiation ». Les commentaires le précisent clairement en affirmant que « [t]his article tries to define hardship in determining the presuppositions for renegotiations as the primary legal consequence of hardship leading in its turn to different results »¹⁷⁴⁰. En outre, le texte précise clairement que le juge pourrait être saisi « upon failure to reach an agreement »¹⁷⁴¹.

2. Une approche favorable à la relation contractuelle

Dans ces deux textes, le juge ne peut être saisi que si les parties n'arrivent pas à s'accorder sur les modifications à apporter au contrat¹⁷⁴², ou sur la situation même des changements de

¹⁷³⁷ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1325, 260 : « the PECL expressly recognise the existence of a duty to renegotiate in the case of changed circumstances. Legal doctrine agrees that if the reason for the failure is the unjustified refusal by one party to enter into negotiations, or if the reason for breaking off negotiations is abusive conduct or bad faith, the affected party may claim damages. In this case, damages caused by a delay and the costs incurred when relying on attaining the failed agreement could be awarded ».

¹⁷³⁸ B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD et ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, préc., note 16, p. 528.

¹⁷³⁹ O. LANDO et H. G. BEALE, préc., note 16, p. 324 puis, p. 326 : « [t]he court will intervene only in the last resort, but it is given wide powers ».

¹⁷⁴⁰ D. MASKOW, préc., note 1492, p. 11.

¹⁷⁴¹ INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, préc., note 353 article 6.2.3 (3); comp. avec les Principes européens du droit du contrat, article 6:111 (3) (a) : « [i]f the parties fail to reach agreement within a reasonable period [...] » O. LANDO et H. G. BEALE, préc., note 16.

¹⁷⁴² R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1325, 257 : « [n]either the PICC or the PECL include the request to renegotiate as an express requirement in the respective articles, but since the parties may only resort to the

circonstances. Il n'est absolument pas fait référence au refus de renégocier, ce qui laisse présumer que les parties ont une obligation d'entrer en négociation. La renégociation « constitue un préalable à l'intervention du juge »¹⁷⁴³.

Cette obligation d'entrer en négociation a été affirmée dans une sentence de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce International. En effet, elle a estimé que c'est seulement lorsque les négociations ont échoué que le tribunal peut être saisi d'une demande de résiliation ou d'adaptation du contrat. Même pour cause de *hardship* les contractants n'obtiennent pas de droit à résiliation unilatérale¹⁷⁴⁴. En l'espèce, un pacte d'actionnaire a été conclu afin d'organiser la coopération entre les diverses parties, dans l'objectif d'améliorer la production et l'exportation de ciment. Le différend provient du fait que l'une d'entre elles a résilié l'accord de manière unilatérale et a commencé à négocier avec d'autres partenaires. Cette dernière tentait de se soustraire à ses obligations en invoquant le *hardship*.

En imposant aux contractants d'entrer en renégociation avant toute intervention judiciaire en vue de résilier ou d'adapter le contrat, ces codifications laissent une place importante à la relation contractuelle, les parties étant les mieux placées pour régler la situation. La renégociation apparaît donc comme « salvatrice »¹⁷⁴⁵. L'obligation d'entrer en renégociation apparaît donc ici comme un effet des changements de circonstances¹⁷⁴⁶.

Deux approches du devoir de renégociation sont donc mises en lumière à travers les codifications privées et l'article 1195 nouveau du Code civil. D'une part, la renégociation peut être vue comme une possibilité pour les partenaires, ce qui en fait une condition pour prétendre aux autres remèdes et d'autre part, elle peut être une obligation pour ces derniers, ce qui en fait un effet des changements de circonstances. Se référant au projet de la chancellerie de 2008, il a pu être écrit que

« [i]l est tout d'abord précisé que si les conditions sont réunies, une partie peut demander la renégociation. Mais une partie peut toujours demander à renégocier. Peut-être faudrait-il, pour donner plus de force au texte, prévoir une obligation d'engager des négociations, à l'instar des Principes du droit

courts afterrenegotiations have failed, it follows that it is compulsory for the debtor to make such a request if he wants to rely on the provisions on changed circumstances ».

¹⁷⁴³ D. MAZEAUD, préc., note 27; B. CAVALIÉ, préc., note 1735, 4 (version électronique).

¹⁷⁴⁴ I.C.C. *International Court of Arbitration*, 2000, en ligne : <http://www.unilex.info/case.cfm?id=832>.

¹⁷⁴⁵ P. DUPICHOT, préc., note 1443 à la page 74.

¹⁷⁴⁶ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 220.

européen des contrats (qui prévoient par ailleurs que le juge peut “ordonner la réparation du préjudice que cause à l’une des parties le refus par l’autre de négocier ou sa rupture de mauvaise foi des négociations”)»¹⁷⁴⁷.

Il apparaît, en effet, primordial que les contractants cherchent, d’abord, à l’amiable, une solution à leur difficulté. L’intervention du juge pour résilier ou adapter le contrat ne doit être qu’exceptionnelle puisque les partenaires devraient être capables de coopération. Il apparaîtrait alors raisonnable que le juge puisse, de son propre chef, et avant même toute décision d’anéantissement ou d’adaptation du contrat, obliger les parties à entrer en renégociation, s’il reconnaît que les conditions d’application des changements de circonstances sont remplies, et ce, même si les parties ont d’ores et déjà tenté une négociation.

Après avoir déterminé la nature de l’obligation de renégociation, il apparaît important d’en déterminer la procédure.

Paragraphe 2 - La procédure de renégociation

La procédure de renégociation n’est pas développée par les divers mécanismes. À l’exception des Principes d’Unidroit, aucune règle n’apparaît aussi bien en ce qui concerne la mise en œuvre de la renégociation que le déroulement de cette dernière (A). Les sanctions de l’absence de renégociation ne sont pas, à l’exception des Principes européens du droit du contrat, détaillées. Ceci se comprend lorsque cette procédure n’apparaît pas être une obligation, mais rien n’est également prévu en ce qui concerne leur rupture abusive. Il est donc nécessaire de se référer aux règles générales ou considérer que l’intervention postérieure du juge fait office de sanction (B).

A. Une quasi-absence de règles procédurales

La procédure de renégociation est peu développée par les divers instruments ou par l’article 1195 nouveau du Code civil. Seuls les Principes d’Unidroit semblent imposer quelques règles concernant la mise en œuvre de la renégociation (1). Concernant le déroulement des négociations, aucune règle de procédure particulière n’est envisagée. Cependant, la bonne foi joue un rôle primordial dans leur déroulement (2).

¹⁷⁴⁷ Jean-Luc JUHAN, « Le contrat bouleversé par la crise: vers un droit à la renégociation? », *Rev. Lamy Droit Civ.* (Supplément) 2009.58.23, 4 (version électronique).

1. La demande de la renégociation

De l'avis unanime, la demande de renégociation ne suspend pas l'exécution des obligations par le partenaire. Les Principes d'Unidroit précisent que la demande de renégociation ne justifie pas l'inexécution de ses obligations par le contractant subissant un changement de circonstances. En effet, étant donné le caractère exceptionnel du *hardship*, et pour éviter tout abus de procédure, la partie désavantagée ne peut utiliser les dispositions de la section 2 du chapitre 6 pour se soustraire à l'exécution de ses obligations. La renégociation n'est pas suspensive d'exécution¹⁷⁴⁸.

De la même manière, le nouveau droit civil français prévoit une disposition similaire, dans la dernière phrase de l'alinéa 1^{er} de l'article 1195, « [e]lle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation¹⁷⁴⁹ ».

Cette absence de suspension de l'exécution de ses obligations démontre le caractère exceptionnel des changements de circonstances et évite tout abus de procédure. La partie désavantagée ne peut donc pas utiliser le mécanisme de l'imprévision pour se soustraire à ses obligations¹⁷⁵⁰ ou faire des demandes dilatoires dans le seul dessein de reporter l'exécution de certaines de ses obligations. En outre, elle permet aux partenaires de conserver une certaine liberté dans la conduite et les propositions de renégociation.

Seuls les Principes d'Unidroit détaillent la demande de renégociation. Les projets français et l'article 1195 nouveau du Code civil, de la même manière que les Principes européens du droit du contrat ne précisent pas quand et comment la renégociation peut être demandée. Par contre, le Draft Common Frame of Reference, en précisant que le débiteur a tenté, de manière raisonnable et conformément à la bonne foi, permet d'entrevoir, de manière implicite, certaines conditions de mise en œuvre de la renégociation.

L'objectif de la renégociation est d'adapter les termes de l'engagement aux nouvelles circonstances et de répartir la charge excessive pesant sur l'un des partenaires. Le

¹⁷⁴⁸ Principes Unidroit, article 6.2.3, cmt 4.

¹⁷⁴⁹ Voir, article 1195 nouveau du C.c.fr.; Y. PICOD, préc., note 1436 : « [l']article 1196 ajoute d'ailleurs que les parties continuent à exécuter leurs obligations durant la phase de renégociation, ce qui leur hôte toute pression et protège leur liberté de ne plus renégocier. En tout cas, aucune suspension ne peut être alléguée de la part de celui qui supporte le déséquilibre ».

¹⁷⁵⁰ INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, préc., note 353 article 6.2.3, cmt 4.

commentaire précise que la demande de renégociation ne peut être faite si le contrat prévoit une adaptation automatique des termes de l'engagement, sauf si cette adaptation n'est pas applicable à la situation en question¹⁷⁵¹.

Dans les Principes d'Unidroit, la demande de renégociation doit se faire dans un délai raisonnable. Une fois que le contractant s'estime dans une situation relevant du *hardship*, il doit demander la renégociation rapidement. Aucun délai maximum n'est prévu, le délai raisonnable étant analysé au cas par cas¹⁷⁵².

L'absence de demande dans un délai raisonnable n'empêche nullement de demander une renégociation. Cependant, la tardiveté peut avoir un impact sur la reconnaissance de la situation de *hardship* ou sur la gravité des conséquences des changements de circonstances sur le contrat. En effet, comment estimer l'un des partenaires dans une situation catastrophique s'il ne se manifeste pas rapidement après la détermination de cette situation ? En laissant le temps passé, il peut apparaître que les conséquences du changement de circonstances ne sont pas d'une extrême gravité et ne justifient pas la demande de renégociation.

De plus, si les contractants ne peuvent se mettre d'accord sur une adaptation des termes de l'accord, la demande de modification des termes du contrat au tribunal doit également être faite dans un délai raisonnable. C'est ce qu'affirme l'arrêt de la Cour suprême de Lituanie en déclarant que : « *claim for adaptation for the contract should be submitted without an unreasonable delay after the party gets the refusal for alteration of another party. However, the request for renegotiation does not restrict the right of the other party to terminate the contract for non performance* »¹⁷⁵³.

Enfin, la demande de renégociation doit comprendre le motif de cette demande afin de permettre au partenaire de savoir si elle est justifiée. En cas de demande incomplète, elle sera considérée comme n'ayant pas été envoyée dans le délai raisonnable, sauf si le motif est si évident qu'il n'est pas besoin de l'indiquer¹⁷⁵⁴.

¹⁷⁵¹ Principes Unidroit, article 6.2.3, cmt 1.

¹⁷⁵² Principes Unidroit, article 6.2.3, cmt 2.

¹⁷⁵³ Supreme Court of Lithuania, 26 juin 2012, K-7-306/2012, (J.G. v. AB SEB Bankas), en ligne : <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1896>.

¹⁷⁵⁴ Principes Unidroit, article 6.2.3, cmt 3.

Dans le Draft Common Frame of Reference, l'emploi des termes « raisonnable » et « conformément à la bonne foi » permettent de faire le même commentaire.

En effet, « *renegotiation must be requested without undue delay and the grounds on which the request for renegotiation is based must be indicated. Consequently, the request must be made just after the affected party has knowledge of the supervening events and must specify what the new circumstances are and how they affect its performance so that the counterparty may probably consider the request* »¹⁷⁵⁵.

Les autres instruments ne détaillent pas avec autant de minutie la mise en œuvre de la renégociation. Ils précisent juste que le contractant subissant le changement de circonstances « peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant »¹⁷⁵⁶.

Malgré l'absence de réglementation particulière concernant la mise en œuvre de la négociation, et en cas d'échec ou de refus de cette dernière, il semble vraisemblable que la rapidité de la demande ou encore le temps consacré à la négociation pourront être pris en compte par le juge dans le cas d'une procédure judiciaire, comme dans les Principes européens du droit du contrat¹⁷⁵⁷.

2. Le déroulement des négociations

Autant les Principes d'Unidroit développent avec beaucoup de détails la procédure de mise en œuvre de la renégociation, autant ils restent particulièrement silencieux sur le déroulement de ladite renégociation. Cependant, qu'il s'agisse de la demande de renégociation ou de sa conduite, elles doivent toutes deux respecter les principes généraux, dont celui de la bonne foi qui est prévu par l'article 1.7¹⁷⁵⁸ ainsi que le devoir de coopération de l'article 5.1.3¹⁷⁵⁹. Le contractant doit réellement estimer subir une situation de *hardship*, et ne pas utiliser ce remède à des fins opportunistes. En outre, lors de la conduite de la renégociation, les parties doivent agir de manière constructive, en indiquant les informations essentielles et en évitant tout ralentissement abusif¹⁷⁶⁰.

¹⁷⁵⁵ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1325, 258.

¹⁷⁵⁶ Article 1195 nouveau du Code civil.

¹⁷⁵⁷ O. LANDO et H. G. BEALE, préc., note 16, p. 323 : « *[i]f the parties fail to reach agreement within a reasonable period [...]* ».

¹⁷⁵⁸ « 1) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international.

2) Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée ».

¹⁷⁵⁹ « Les parties ont entre elles un devoir de coopération lorsque l'on peut raisonnablement s'y attendre dans l'exécution de leurs obligations ».

¹⁷⁶⁰ Principes Unidroit, article 6.2.3, cmt 5.

« Il en va de même pour les Principes d'Unidroit, qui prévoient un “droit à la renégociation” de la partie désavantagée. Bien que la réparation du dommage dans le cas de mauvaise foi ne soit pas expressément indiquée, on déduit du principe général de la bonne foi (article 7.1) et du devoir de coopération (article 5.1.3) la responsabilité de payer des dommages-intérêts pour la partie qui n'a pas conduit la renégociation de bonne foi »¹⁷⁶¹.

La sanction du refus ou de l'échec des renégociations permet au contractant défavorisé de saisir le juge. Cette saisine est soumise à la tentative de renégociation pendant un temps raisonnable, ce dernier dépendant des circonstances et de la complexité de la situation¹⁷⁶².

Les Principes européens du droit du contrat reconnaissent une obligation de renégociation conforme à la bonne foi¹⁷⁶³. Les commentaires précisent que la partie subissant le changement de circonstances doit demander une renégociation de l'accord dans un délai raisonnable, en précisant l'effet que ces changements ont sur le contrat. « *The other party, if it is concerned about maintaining the contractual relationship, may also seek to open renegotiations* »¹⁷⁶⁴. Outre l'introduction de la procédure de renégociation, la conduite de cette dernière doit se faire conformément à la bonne foi.

« *While most jurisdictions are reluctant to recognise a duty to renegotiate in good faith, the PECL formulates such a duty (Art. 6 : 111 (2) PECL). The difficulty of applying a duty to renegotiate in good faith is that there is no exact standard available to define the conduct that is required by the parties. In addition, a duty to renegotiate in good faith can never fully replace rules of law on termination or adjustment as renegotiations may fail even if they are conducted in good faith* »¹⁷⁶⁵.

En effet, le texte précise qu'en cas de refus de renégocier par l'un des partenaires ou de rupture déloyale de la négociation, sa responsabilité pourra être engagée. Les commentaires précisent qu'elle ne doit pas être prolongée de manière abusive ni rompue abusivement. Par exemple, continuer la négociation alors qu'un nouveau partenaire a été trouvé serait considéré comme de la mauvaise foi¹⁷⁶⁶.

« Le rôle du juge était en effet premièrement de donner aux parties l'impulsion à la renégociation du contenu du contrat. Cette impulsion était rendue plus forte par la prévision des dommages-intérêts dans le cas où l'une des parties ne faisait pas un effort de bonne foi dans la renégociation »¹⁷⁶⁷.

¹⁷⁶¹ A. VENEZIANO, préc., note 1537, 6 (version électronique).

¹⁷⁶² Principes Unidroit, article 6.2.3, cmt 6.

¹⁷⁶³ V. EDEL, préc., note 1203, p. 110 où l'auteur précise que la renégociation est une obligation pour les parties dans les PECL alors qu'elle n'est qu'une simple faculté dans les Principes Unidroit.

¹⁷⁶⁴ O. LANDO et H. G. BEALE, préc., note 16, p. 326.

¹⁷⁶⁵ E. H. HONDIUS et H. C. GRIGOLEIT, préc., note 388, p. 10.

¹⁷⁶⁶ O. LANDO et H. G. BEALE, préc., note 16, p. 326.

¹⁷⁶⁷ A. VENEZIANO, préc., note 1537, 6 (version électronique).

Les Principes européens du droit du contrat permettent donc de donner tout son sens à la renégociation. En effet, ils imposent une obligation de résultat, correspondant à l'obligation d'entrer en négociation et une obligation de moyens, celle de négocier de bonne foi¹⁷⁶⁸ qui pourra être sanctionnée par des dommages-intérêts en cas d'abus.

Enfin, l'article 1195 nouveau du Code civil précise également que les contractants doivent négocier pendant un temps raisonnable, au-delà duquel les parties pourront saisir le juge.

« En cas d'imprévision, le juge n'interviendra dans le contrat qu'«à défaut d'accord» entre les parties. Cette solution était présente dans l'avant-projet de réforme. L'ordonnance ajoute simplement que la tentative de règlement amiable est enfermée dans un «délai raisonnable». La précision figurait dans les textes dont l'ordonnance s'inspire, par exemple l'article 6.2.3 des principes Unidroit ou dans l'article 6:111 des PECL. Elle est utile »¹⁷⁶⁹.

La précision du délai raisonnable laisse une certaine latitude au juge afin de prendre en compte la situation contractuelle. Il pourrait alors refuser d'intervenir lorsqu'il estimera que les partenaires sont en voie d'obtenir un consensus ou qu'ils n'ont pas suffisamment essayé de trouver une solution amiable.

Le Draft Common Frame of Reference, en imposant un critère de raisonabilité et de bonne foi, laisse sous-entendre que les propositions faites durant la renégociation doivent être sérieuses et permettre au partenaire leur évaluation¹⁷⁷⁰. Les sanctions de l'absence de négociation ne sont prévues que par les Principes européens du droit du contrat.

B. Les sanctions de l'absence ou de la rupture abusive des négociations

Pour certains auteurs, ne pas prévoir de sanction en cas de refus ou de rupture abusive des négociations est une « farce », car « *[t]he duty to negotiate would gain importance only if breaching it were sanctioned* »¹⁷⁷¹. Cependant, même s'il n'est pas prévu explicitement (1), le principe directeur de bonne foi (2) peut pallier cette lacune textuelle.

¹⁷⁶⁸ François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2005, par. 474.

¹⁷⁶⁹ P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 1446, 8.

¹⁷⁷⁰ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1325, 258.

¹⁷⁷¹ I. H. SCHWENZER, préc., note 479, 723.

1. La référence à la bonne foi comme sanction

Le paragraphe 3 (c) des Principes européen du droit du contrat prévoit la sanction en cas d'échec lié au comportement d'un des partenaires qui apparaît de manière indépendante. Une indemnisation est prévue en cas de préjudice lié au refus de renégocier ou lorsque les négociations ont été rompues de mauvaise foi. Ainsi, le juge peut ordonner la réparation du préjudice qui cause à l'un des partenaires le refus par l'autre de négocier ou la rupture de mauvaise foi des négociations¹⁷⁷².

Ce paragraphe ne prévoit pas laquelle des parties est susceptible d'être condamnée, ce qui permet de dire que les deux contractants peuvent se voir condamner à des dommages-intérêts en cas de mauvaise foi¹⁷⁷³. Ce paragraphe prévoit seulement des dommages et intérêts en cas de refus ou de rupture abusive des négociations. Le fait de prévoir de manière explicite les sanctions en cas de mauvaise foi lors des négociations est particulièrement pertinent.

De la même manière, le projet Catala, dans son article 1135-3 prévoyait qu'en cas d'échec de la renégociation, si ce dernier est exempt de mauvaise foi, l'une des parties pourrait demander au juge de résilier sans frais ni dommage le contrat. Là encore, référence à la bonne foi dans la négociation est présente¹⁷⁷⁴ et la mauvaise foi serait sanctionnée par des dommages-intérêts.

À l'exception de ces deux exemples, les autres droits et instruments prévoyant la renégociation ne font pas de référence explicite à une sanction en cas d'échec ou de rupture abusive des négociations. De la même manière, rien n'est prévu en cas de demande abusive de renégociation. Il est alors nécessaire de se référer aux principes généraux.

2. Un renvoi implicite aux principes directeurs du droit comme sanction

Peu de droits ou d'instruments prévoyant la renégociation comme remède au changement de circonstances réglementent spécifiquement la sanction de l'absence ou de la rupture abusive de la renégociation. De la même manière, aucune sanction d'une demande abusive de renégociation n'est prévue.

¹⁷⁷² P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 1446, 3 (version électronique); D. MAZEAUD, préc., note 1721.

¹⁷⁷³ O. LANDO et H. G. BEALE, préc., note 16, p. 326.

¹⁷⁷⁴ P. CATALA, préc., note 15, p. 47 et s.

Ainsi, les Principes d'Unidroit ne précisent pas, dans l'article 6.2.3, les sanctions en cas d'échec ou de refus des négociations. Afin de déterminer les sanctions, il est nécessaire de se référer à l'article 1.7 sur le principe général de bonne foi¹⁷⁷⁵, ainsi qu'à l'article 5.1.3 sur le devoir de coopération¹⁷⁷⁶, comme le précisent les commentaires. Ces derniers précisent que la demande d'ouverture des négociations, de la même manière que le comportement des contractants sont soumis au principe de bonne foi et de coopération entre les partenaires. En outre, ces principes généraux permettent également de sanctionner les demandes de renégociation abusives ou malhonnêtes ainsi que toutes formes de mauvaise foi et d'abus pendant son déroulement.

En outre, l'article 1195 nouveau du Code civil ne précise rien en ce qui concerne la conduite de la renégociation. « On peut regretter l'absence d'une référence à la bonne foi, afin notamment d'éviter que la partie bénéficiaire du déséquilibre ne satisfasse à son obligation de renégociation qu'avec l'intention ne de pas aboutir à une révision du contrat »¹⁷⁷⁷. Étant donné que les dispositions relatives au changement de circonstances ne prévoient pas de règles spécifiques à la conduite de la renégociation, il apparaît nécessaire de se reporter aux principes généraux du droit.

Tout d'abord, il faut distinguer le refus de renégociation et l'échec de la renégociation. L'article 1195 nouveau du Code civil ne paraît pas faire de distinction, les citant l'un après l'autre afin de mettre en œuvre les remèdes dérivés de l'intervention du juge. Le refus de renégociation suppose que les parties n'ont pas discuté d'une possible modification des termes de leur accord, elles ne se sont pas rencontrées. Le texte de l'article 1195 ne semble pas distinguer cette absence de renégociation, de son échec. Pourtant, dans ce dernier cas, la discussion des partenaires a eu lieu, même si aucun consensus n'a été trouvé¹⁷⁷⁸.

« Littéralement (mais est-ce vraiment l'intention du législateur ?), cela suggère (curieusement !) que le refus de la renégociation serait licite. Il ne serait pas illicite pour la partie qui profite du changement de circonstances de refuser la main tendue par celle le subissant... Si une telle rédaction devait être conservée, l'article 1196 [1195 n'apportant pas de modification] apparaîtrait singulièrement en retrait

¹⁷⁷⁵ « 1) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international.

2) Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée ».

¹⁷⁷⁶ « Les parties ont entre elles un devoir de coopération lorsque l'on peut raisonnablement s'y attendre dans l'exécution de leurs obligations ».

¹⁷⁷⁷ R. CABRILLAC, préc., note 1437, 3 (version électronique).

¹⁷⁷⁸ P. DUPICHOT, préc., note 1443 à la page 78 et s.

par rapport à l'article 1111 alinéa 1 du projet d'ordonnance, qui invite à mener les négociations de bonne foi et donc, le cas échéant, les renégociations de bonne foi »¹⁷⁷⁹.

Les sanctions liées à la renégociation paraissent quelque peu inexistantes¹⁷⁸⁰. Mais, l'échec ou le refus de la renégociation ne peuvent, en tant que tels, constituer une faute. C'est le comportement de la partie durant le déroulement de la renégociation qui pourra faire l'objet d'une sanction, absolument pas le résultat de la renégociation.

Quant à la rupture ou l'abus dans la négociation, l'article 1195 ne fait pas mention de sanction. Cependant, l'article 1104 nouveau du Code civil fait de la bonne foi un principe général, en précisant que, « [l]es contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ». Étant inclus dans les dispositions liminaires, il est concevable que la mauvaise foi dans les négociations, en cas de changement de circonstances, puisse être sanctionnée sur le terrain de la bonne foi. En outre, l'article 1112 nouveau du Code civil dispose que

« [l]'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu ».

La sanction de la mauvaise foi dans les négociations ne devrait donc pas différer de la sanction de la mauvaise foi dans la renégociation¹⁷⁸¹. Même si rien n'est précisé dans le texte de l'article 1195, il apparaît que la rupture fautive de la renégociation pourrait être sanctionnée et permettra la réparation du « préjudice consistant dans la perte de parvenir à un traitement conventionnel de l'imprévision »¹⁷⁸².

« On ne reviendrait pas sur le principe selon lequel la renégociation n'implique pas la révision du contrat, mais on responsabiliserait le contractant en évitant qu'il ne refuse arbitrairement la révision alors que les propositions qui lui ont été faites sont respectueuses de ses propres intérêts [contrôle judiciaire

¹⁷⁷⁹ *Id.* à la page 78.

¹⁷⁸⁰ Cass. Com., 18 septembre 2012, n° 11-2179 : « le seul refus d'une partie de renégocier un contrat ou le refus de contracter ne peuvent constituer une faute »; Éric SAUAUX, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision - Rapport français », *RDC* 2010.3.1057, 6 (version électronique) : « [c]'est donc finalement le créancier qui supporte les risques de l'imprévision, privé qu'il est, non seulement du profit supplémentaire résultant du changement de circonstances, mais de l'avantage qu'il pouvait attendre du contrat initial. L'absence de frais et de dommages a été justement critiquée comme ne permettant pas la prise en charge du coût de la liquidation de la situation contractuelle. La menace de rupture gratuite du contrat pourrait fortement inciter le créancier à accepter la modification ».

¹⁷⁸¹ J.-D. PELLIER, préc., note 1441, 4 (version électronique).

¹⁷⁸² L. AYNÈS, préc., note 138, par. 28; D. MAZEAUD, préc., note 1721, par. 18.

des motifs du refus de l'adaptation]. En d'autres termes, en dépit de l'exercice abusif de son pouvoir, le contrat ne serait pas révisé, mais sa mauvaise foi serait plus aisément sanctionnée »¹⁷⁸³.

Cette solution a d'ores et déjà été retenue par la Cour d'appel de Nancy¹⁷⁸⁴, lorsque cette dernière s'est reconnu le droit de vérifier la raisonnable des propositions qui seraient faites dans le cadre d'une renégociation et de sanctionner tout abus¹⁷⁸⁵. Se pose alors la question de savoir si le fait de ne pas avoir fait de la renégociation une obligation en permettant le refus est réellement incitatif pour les parties, qui peuvent se voir sanctionner sur le terrain de la bonne foi si elles acceptent la renégociation ?

La doctrine américaine fonde également un devoir de renégociation sur le devoir d'exécution de bonne foi.

En effet, « American legal doctrine argued for the existence of a duty to renegotiate for the advantaged party when the performance of the other party has become severely burdensome. The main grounds for that statement are the existence of the duty of good faith in performance and the necessary cooperation and flexibility imposed on the parties in the context of (particularly) long-term relationships »¹⁷⁸⁶.

Cependant, les juridictions n'ont pas admis un tel devoir. Les contractants peuvent renégocier les termes de leur accord s'ils le souhaitent, mais le fait de refuser de renégocier n'est pas synonyme de mauvaise foi¹⁷⁸⁷. L'intervention postérieure du juge suite à l'échec ou l'absence de renégociation a été considérée comme une sanction.

La renégociation dans les contrats relationnels est le remède par excellence, puisqu'il permet aux contractants de donner plein effet à la norme de solidarité. Elle devrait être un préalable

¹⁷⁸³ D. MAZEAUD, préc., note 1721, par. 18.

¹⁷⁸⁴ C.A. Nancy, 26 septembre 2007, préc., note 322.

¹⁷⁸⁵ É. SAVAUX, préc., note 1780, 6 (version électronique) : « [d]ans l'arrêt précité, la cour d'appel de Nancy s'est quand même reconnu la possibilité d'apprécier la responsabilité des parties dans le rejet des propositions adverses et de sanctionner un éventuel abus par des dommages-intérêts. La solution est conforme à celle qui est retenue par la Cour de cassation en présence d'une clause de renégociation et assez proche, concernant la responsabilité, de l'avant-projet de réforme du droit des obligations. En revanche, contrairement à ce qu'admet ce dernier, il semble bien que le débiteur ne puisse pas obtenir la résiliation du contrat »; J.-L. JUHAN, préc., note 1747, 2 et s. (version électronique) : « [p]ar arrêt avant dire droit, la cour de Nancy, visant les articles 1134 et 1135 du Code civil, a favorablement accueilli cette demande et jugé que la contrat était devenu déséquilibré du fait du changement de législation. La cour en a appelé, pêle-mêle, à la solidarité des parties, à leur intérêt, mais aussi à « l'intérêt général de la réduction des gaz à effet de serre » et à l'« intérêt planétaire » ! Elle a forcé les parties à renégocier, fixé elle-même le cahier des charges de la renégociation et a averti qu'elle apprécierait la responsabilité des parties dans le rejet des propositions adverses, sans par ailleurs exclure toute révision par ses soins des termes du contrat... ».

¹⁷⁸⁶ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 177.

¹⁷⁸⁷ *Louisiana Power & Light Co v. Allegheny Ludlum Industries Inc*, préc., note 1407 précisant que le fait de refuser d'aller à la table des négociations ne peut être sanctionné par les sanctions de la mauvaise foi puisque les contractants n'ont pas d'obligation d'entrer en renégociation ou de discuter d'une possible renégociation.

obligatoire, avant toute saisine du juge et sanctionnée par l'octroi de dommages-intérêts lorsque des comportements opportunistes resurgissent. Le juge n'intervient pas dans le contrat, ce sont les partenaires qui doivent chercher à trouver un accord amiable. Parfois, il est impossible d'adapter les termes de l'accord, ce qui conduit inévitablement à la résiliation du contrat, perçu comme l'échec de la relation contractuelle. Dans ce cas, soit les parties décident elles-mêmes de mettre fin à leur accord, soit le juge peut intervenir, de façon limitée, pour constater la fin de la relation.

Section 2 – Les interventions limitées du juge dans le contrat

Le juge peut intervenir, non pas pour modifier les termes de l'accord, mais pour résilier l'accord entre les parties (Paragraphe 1). Il peut également intervenir à la demande des deux contractants, même si cette possibilité paraît peu réaliste. Cependant, ces interventions limitées du juge sur le contrat ont fait l'objet de critique (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Deux approches de l'intervention limitée du juge dans le contrat

La résiliation judiciaire du contrat est également proposée comme remède au changement de circonstances. La faculté de résiliation judiciaire est un remède unanimement consacré. La procédure de résiliation laisse tout de même de larges pouvoirs au juge, notamment quant à la détermination de sa date et de son contenu (B). En outre, le juge peut également intervenir dans le contrat sur demande conjointe des contractants, ce qui limite ses possibilités à l'égard du contrat (A).

A. Les demandes conjointes

De manière assez surprenante, l'article 1195 nouveau du Code civil prévoit expressément que les contractants peuvent demander conjointement au juge soit de résilier, soit de modifier leur contrat. En effet, «[e]n 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 »¹⁷⁸⁸. Seuls les Principes Contractuels Communs admettent également cette possibilité.

En effet, les principes contractuels communs reprennent en grande partie les Principes du droit européen du contrat dans leur article 7 : 10¹⁷⁸⁹. Les parties doivent d'abord entamer une procédure de renégociation de manière loyale. Cependant, une réticence par rapport à l'intervention du juge se dessine. En effet, avant toute intervention du juge les Principes contractuels communs prévoient que les parties peuvent résilier de manière amiable leur contrat, et ce, même si la renégociation a échoué. « Ce système a priori assez complexe illustre manifestement une réticence beaucoup plus grande des PCC à l'égard du juge que dans les PDEC »¹⁷⁹⁰. L'article 1195 nouveau du Code civil fait ainsi la même référence, laissant sous-entendre qu'elle serait elle aussi réticence par rapport à l'intervention du juge dans le contrat, ce dernier intervenant après l'échec de toutes les tentatives d'accord amiable.

L'article 1195, reprenant le projet de réforme, prévoit que le juge peut adapter le contrat à la demande des deux partenaires. Il faut alors une demande conjointe des contractants¹⁷⁹¹.

La demande commune des parties faite au juge afin qu'il modifie les termes de l'engagement a suscité un peu d'étonnement, sachant que le Code de procédure civile prévoit déjà, dans son article 12 alinéa 4, cette prérogative, de la même manière que l'article 1134 alinéa 2 du Code civil ou 1193 nouveau du Code civil. Elle apparaît alors « quelque peu redondante »¹⁷⁹².

En outre, il est apparu peu envisageable que les contractants demandent au juge d'adapter les termes de l'accord alors même que ces derniers n'auraient, soit pas réussi à le faire lors de la renégociation, soit que l'une d'elles aurait refusé toute renégociation¹⁷⁹³. En outre, il n'aura

¹⁷⁸⁸ Article 1195 alinéa 2.

¹⁷⁸⁹ B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD et ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, préc., note 16, p. 527 et s.

¹⁷⁹⁰ D. MAZEAUD, préc., note 1511, par. 25.

¹⁷⁹¹ P. DUPICHOT, préc., note 1443 à la page 79 : « [l']adaptation implique une intention commune : certes, celle-ci ne sont alors pas d'accord pour s'entendre sur la teneur de l'avenant, mais elles sont tout au moins d'accord sur leur désaccord et pour déléguer au juge le pouvoir d'adaptation ».

¹⁷⁹² Mathias LATINA, « L'imprévision », *Blog Réforme du droit des obligations (Blog Dalloz)* (2015); T. REVET, préc., note 61, 7 (version électronique).

¹⁷⁹³ J.-D. PELLIER, préc., note 1441, 5 (version électronique); Jacques MESTRE, « La réforme projetée du droit français des contrats », *Rev. Lamy Droit Civ.* 2015.132 Supplément.6, 4 et s. (version électronique) : « de deux choses l'une : ou bien les parties renégocient, et cette loi sera alors révisée par elles pour tenir compte du changement de circonstances qui s'est produit ; ou bien les parties ne renégocient pas, soit parce que le contractant non victime ne le veut pas (refus), soit parce que, au final, ces parties n'arrivent pas à se mettre d'accord sur une loi révisée (échec), et le juge ne peut procéder alors à l'adaptation du contrat que si les deux

pas à vérifier les conditions d'application des changements de circonstances, car il aura obtenu « son pouvoir d'adaptation de la demande que lui expriment les parties et non de la réunion des conditions de la renégociation »¹⁷⁹⁴, cette vérification ne concernant que la demande unilatérale de révision. De surcroît, le juge n'est absolument pas lié par les directives des parties concernant l'adaptation de leur accord, ce qui peut les dissuader d'avoir recours à une demande conjointe¹⁷⁹⁵. « Dans ces conditions, pourquoi les contractants, et notamment celui qui bénéficie des circonstances, prendraient-ils le risque de se soumettre à la révision judiciaire ? »¹⁷⁹⁶.

« On voit mal en pratique la partie bénéficiaire du déséquilibre demander une adaptation du contrat qui ne pourrait intervenir qu'à son détriment. Quoi qu'il en soit, on peut regretter que ce pouvoir d'adaptation conféré au juge ne soit pas encadré, soit par un standard objectif comme l'équité ou le raisonnable, soit par une référence à la volonté des parties (v. par ex., art. 92 projet Terré : « le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties »)¹⁷⁹⁷.

Les demandes conjointes, de résiliation ou d'adaptation apparaissent peu pertinentes, surtout d'un point de vue pratique. Elles servent juste à informer les partenaires de possibilités qui existent déjà et démontrent une certaine réticence à l'intervention du juge.

Une seconde intervention limitée du juge dans le contrat concerne la faculté dont il dispose de résilier le contrat, à la demande de l'un des partenaires.

B. La faculté de résiliation judiciaire

La faculté de résiliation judiciaire est un remède unanimement consacré (1), qui laisse cependant un grand pouvoir d'appréciation au juge (2).

1. L'anéantissement du contrat, un remède universel

L'article 1195 nouveau du Code civil prévoit qu'une des parties peut demander au juge de prononcer la résiliation du contrat. Certains y voient un véritable pouvoir de révision du

parties le lui demandent d'un commun accord, ce qui sera en pratique sans doute assez rare. L'issue la plus probable sera la fin pure et simple du contrat puisque, dans ces cas de refus ou d'échec de la négociation et d'absence de demande conjointe d'adaptation du contrat, le texte prévoit qu'une partie peut demander au juge de mettre fin au contrat « à la date et aux conditions qu'il fixe ». À moins que cette perspective assez redoutable n'incite en amont les parties à faire preuve de zèle sur le terrain de la renégociation spontanée du contrat ».

¹⁷⁹⁴ N. MOLFESSIS, préc., note 1475; T. REVET, préc., note 61, 8 (version électronique).

¹⁷⁹⁵ P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 1446, 10 (version électronique) : « [I]es termes de la demande dont il est saisi ne l'enferment pas, dès lors qu'elle n'est pas conjointe ».

¹⁷⁹⁶ M. LATINA, préc., note 1792.

¹⁷⁹⁷ R. CABRILLAC, préc., note 1437, 3 (version électronique).

contrat par le juge « qui porte à la fois sur le principe de la rupture et ses modalités »¹⁷⁹⁸. Cependant, ce « pouvoir de révision » reste tout de même limité puisque le juge ne pourra que déterminer la date et les conditions de la rupture.

Ainsi, le juge pourra tenir compte des groupes ou chaînes de contrats, des ensembles contractuels. Il pourra également prendre en compte les obligations déjà exécutées par les parties, les sommes versées, donner un effet rétroactif à la résiliation, allouer des dommages-intérêts¹⁷⁹⁹. Les modalités de la résiliation judiciaire sont laissées à la libre appréciation du juge, puisqu'il « met fin » au contrat.

En droit allemand, le juge dispose également du choix des modalités de l'extinction du contrat.

« L'extinction du contrat peut par conséquent être prononcée simplement pour l'avenir ou être rétroactive, le juge aura à en décider. La circonstance qu'il prendra principalement en considération sera les dommages déjà survenus. Si ces derniers n'ont touché qu'une partie et sont déjà importants, le juge aura tendance à accorder une extinction rétroactive, une résolution (Rücktritt), tandis que si la majeure partie des dommages reste encore à venir ou si les parties ont été atteintes de manière équivalente, une extinction pour l'avenir, une résiliation (Kündigung) suffira »¹⁸⁰⁰.

Les Principes européens du droit du contrat prévoient que le juge peut mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe. Les commentaires ajoutent que la date indiquée par le juge doit prendre en compte la situation des parties et doit permettre à la partie subissant les changements de circonstances de ne pas être « injustement préjudiciée » (unfairly prejudiced) par l'absence d'accord de l'autre partie sur la résiliation ou l'adaptation du contrat. C'est la date imposée par le juge qui déterminera les restitutions dues. Le juge peut également déterminer les conditions de la rupture, en prévoyant des compensations ou indemnités.

Les Principes Unidroit prévoit également que le juge peut décider de mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe. En effet, les règles applicables en cas d'inexécution ne sont pas applicables ici.

¹⁷⁹⁸ N. FERRIER, préc., note 1444 à la page 93; R. CABRILLAC, préc., note 1437, 3 (version électronique) : « [J]e juge aura toute latitude pour préciser la date de la cessation des relations contractuelles comme ses modalités pratiques, en particulier prévoir ou non un éventuel versement de dommages et intérêts au profit d'une des parties ».

¹⁷⁹⁹ P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 1446, 10 (version électronique) : « [d]ans sa gestion de fin de contrat, le juge pourra également tenir compte des effets collatéraux de la résiliation. La relation qu'il éteint peut, en effet, s'inscrire dans un nœud d'autres conventions, de sorte que sa disparition produira des effets en cascade. Il est équitable, à nouveau, d'intégrer ce paramètre dans le raisonnement. Par suite, le juge devrait pouvoir subordonner la résiliation du contrat à une tentative de renégociation des conventions qui en dépendent. Il devrait également pouvoir attribuer une indemnité au créancier qui subit un préjudice à raison de la résiliation anticipée ».

¹⁸⁰⁰ B. JALUZOT, préc., note 428, p. 471.

2. La procédure de résiliation

La résiliation judiciaire du contrat n'est prévue qu'en cas d'échec de renégociation ou d'absence de révision judiciaire. Les diverses propositions prévoient que l'une seulement des parties pourra demander au juge de mettre fin au contrat. Il ne s'agit pas ici d'une obligation pour le juge, mais bien d'une faculté, ce dernier étant libre de refuser la résiliation.

En droit italien, la résolution du contrat ne peut s'exercer de plein droit, elle doit être prononcée par le juge. Le débiteur ne peut donc pas suspendre son exécution avant la date du jugement puisque c'est ce dernier qui éteint l'obligation d'exécuter. Dans le cas contraire, il encourrait une faute pour inexécution et la responsabilité qu'elle entraîne. Les effets de la résolution ne peuvent remonter au-delà de la date de l'évènement extérieur, essentiel à son exercice.

L'article 1195 nouveau du Code civil, de la même manière que le projet de réforme, propose de « mettre fin » au contrat, ce qui laissait subsister certains doutes quant à l'anéantissement du contrat. En effet, s'agissait-il de résiliation, de caducité ou encore de résolution¹⁸⁰¹. Cependant, pour certains, il ne fait guère de doute qu'il s'agit d'une résiliation, puisque le changement de circonstances intervient pendant la phase d'exécution du contrat. En outre, et de la même manière qu'en droit italien, la résiliation n'a pas lieu de plein droit et les effets de cette dernière devraient sensiblement être les mêmes.

La plupart des instruments prévoient la possibilité pour le juge de mettre fin au contrat. En effet, il peut apparaître que la relation ne puisse plus perdurer, pour diverses raisons, et les parties peuvent ne pas s'entendre sur la résiliation elle-même. Cependant, certaines limites peuvent apparaître concernant la résiliation. En effet, le droit anglais est un exemple particulièrement pertinent en la matière puisque le législateur a été obligé d'intervenir pour limiter les injustices.

¹⁸⁰¹ J.-D. PELLIER, préc., note 1441, 5 et s. (version électronique).

Paragraphe 2 – Les limites à l'« inintervention » du juge dans le contrat

Le droit anglais est un exemple particulièrement pertinent des difficultés qui peuvent survenir lorsque le juge décide de résilier le contrat. En effet, il peut apparaître difficile pour l'autorité judiciaire de déterminer tous les éléments à prendre en compte (A). Le législateur anglais a donc été obligé d'intervenir afin de limiter l'injustice liée à la résiliation judiciaire et notamment ses conséquences pour les partenaires (B).

A. Difficultés liées de la faculté de résiliation

L'anéantissement du contrat est un remède récurrent dans toutes les juridictions. Cependant, parfois, c'est la seule solution proposée aux parties, si ces dernières ne trouvent pas, par elles-mêmes, un arrangement amiable. C'est le cas en droit anglais, mais également en droit italien, le contractant victime des changements de circonstances ne pouvant demander l'adaptation des termes de l'accord. Cependant, à la différence du droit anglais, la résiliation doit être demandée en droit italien, elle n'intervient pas de manière automatique¹⁸⁰².

C'est principalement à travers le droit anglais que les difficultés liées à la résiliation du contrat apparaissent. Le droit anglais est le seul à avoir légiféré en la matière, spécifiquement sur les effets de la résiliation. Le fait que le contrat soit automatiquement éteint par la survenance d'un évènement imprévisible a posé quelques difficultés.

« Once the requirements of frustration are satisfied, the effect of the doctrine (in English law) is to discharge the contract (in the words of Lord Sumner) "forthwith, without more and automatically" »¹⁸⁰³. This statement has been cited with approval, or paraphrased, in many later cases »¹⁸⁰⁴.

L'anéantissement du contrat prend effet automatiquement au moment du changement de circonstances, même si les parties ne savent pas encore qu'il s'est produit¹⁸⁰⁵. Le droit anglais ne reconnaît pas la « *partial frustration* » ou la « *temporary frustration* », ce qui fait que le

¹⁸⁰² R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 80.

¹⁸⁰³ *Hirji Mulji v. Cheong Yue S.S. Co.*, A.C. 497 (1926).

¹⁸⁰⁴ G. H. TREITEL, *Frustration and force majeure*, 2^e éd., London Eng, Thomson Sweet & Maxwell, 2004, p.546, par. 15-002.

¹⁸⁰⁵ G. H. TREITEL, préc., note 1385, p. 364.

contrat est anéanti de manière définitive¹⁸⁰⁶ (1). L'évolution de la jurisprudence anglaise démontre alors les difficultés pouvant exister en cas d'anéantissement du contrat (2).

1. L'anéantissement automatique

De manière générale, en cas de *frustration*, le contrat est automatique terminé à la date de l'évènement l'ayant entraîné¹⁸⁰⁷. En effet, « [w]hatever the consequences of the frustration may be upon the conduct of the parties, its legal effect does not depend on their opinions, or even knowledge, as to the event »¹⁸⁰⁸. Toutefois, le contrat est résilié ou résolu seulement pour l'avenir, ce qui pose de nombreuses difficultés d'ajustement des prestations déjà exécutées ou des sommes déjà versées.

« Mais le principe de la "frustration" ne semble guère suffisant : il donne lieu à la résiliation ("termination") du contrat en son entier, mais pas à la suspension du contrat ni de ses obligations particulières. C'est pourquoi les professionnels excluent très souvent le jeu de la frustration en insérant dans le contrat une "force majeure clause" ou une "hardship clause" qui détermine les cas dans lesquels un changement de circonstances donne lieu à conséquences pour le contrat et pour les parties, et prévoit en détail de telles conséquences »¹⁸⁰⁹.

Les contractants peuvent ne pas s'en rendre compte et considérer que le contrat perdure. La plupart du temps, les cours prennent garde à la conviction des parties même si elles estiment que cette croyance n'est pas déterminante¹⁸¹⁰. En outre, l'extinction du contrat peut être soumise à la cour par n'importe quelle partie au contrat, et pas seulement par celle qui a souffert d'un préjudice ou est affectée par cet évènement¹⁸¹¹.

L'anéantissement du contrat en droit anglais n'est pas rétroactif¹⁸¹². Il ne se fera que pour l'avenir, seules les obligations non encore exécutées seront excusées. Les parties ne pourront

¹⁸⁰⁶ J. CARTWRIGHT, préc., note 480, p. 243.

¹⁸⁰⁷ *B.P. (Exploration) Libya Ltd v. Hunt*, préc., note 1624; *The Super Servant Two*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 1; *Hirji Mulji v. Cheong Yue S.S. Co.*, préc., note 1803.

¹⁸⁰⁸ *Hirji Mulji v. Cheong Yue S.S. Co.*, préc., note 1803, 509.

¹⁸⁰⁹ J. CARTWRIGHT, préc., note 1617, 11 (version électronique).

¹⁸¹⁰ *International Sea Tankers Inc. v. Hemisphere Shipping Co Ltd (The Wenjiang)*, [1983] 1 Lloyd's Rep. 400. P.408: « *the parties'beliefs are not determinative, but nor are they irrelevant* ». Voir également *Bank Line Ltd v. Arthur Capel & Co Ltd* [1919] AC 435, p.460: « *[b]oth [parties] thought its result was to terminate their contractual relations [...] and as they must have known more about it than I do there is no reason why I should not think so too* ».

¹⁸¹¹ Cette position permet de distinguer la frustration de la rescission for breach. En effet, en cas de frustration, la dissolution du contrat est automatique et cette automaticité fait en sorte que tous les contractants peuvent la faire constater, la dissolution est déjà réalisée. Elle ne dépend donc pas d'un choix exprès de l'un des contractants. Voir dans ce sens, *Denny Mott & Dickson v James B. Fraser & Co* [1944] AC 265.

¹⁸¹² J. CARTWRIGHT, préc., note 480, p. 241.

pas demander de dommages-intérêts¹⁸¹³, puisque, par définition, aucune d'elles n'est en faute¹⁸¹⁴.

Cette extinction automatique du contrat peut parfois poser des difficultés, notamment lorsque l'un des contractants cherche à profiter de cette automaticité afin de consolider un possible profit. En effet, il est possible de penser que l'une des parties, informée d'une possible destruction de son immeuble, accepte contre paiement d'afficher une pancarte publicitaire sur ce dernier, sans prévenir son cocontractant de la future destruction. Une fois l'immeuble détruit, le contrat est inexécutable, car l'utilité de ce dernier ne peut être réalisée. Cependant, si le débiteur a déjà payé pour l'utilisation de l'immeuble, et que le propriétaire de l'immeuble a été indemnisé pour la destruction de ce dernier, l'extinction automatique donne un avantage à l'une des parties¹⁸¹⁵.

Les obligations contractuelles sont donc automatiquement éteintes par le fait de la reconnaissance de la *frustration* par les juges, mais la libération est également totale.

*« The English common law view is that frustration operates, not only automatically (i.e. without the choice or erection of either party) but also totally. What this means is that the obligations of both parties are wholly discharged in so far as performance of them had not fallen due when the contract was frustrated »*¹⁸¹⁶.

Cette libération totale a des conséquences importantes en ce qui concerne les remèdes octroyés aux contractants. En effet, cela signifie que le contrat ne pourra ni être adapté ni modifié en cas de changement de circonstances. En outre, il ne pourra pas, non plus, être suspendu si l'impossibilité d'exécution est temporaire¹⁸¹⁷. Les parties seront totalement libérées de leurs obligations et devront, si elles le souhaitent, conclure un nouveau contrat¹⁸¹⁸. Ce remède du

¹⁸¹³ *Hirji Mulji v. Cheong Yue S.S. Co.*, préc., note 1803; MICHAEL PHILIP FURMSTON, préc., note 523, p. 505; *Fibrosa Spolka Akeyjna v. Fairburn Lawson Combe Barbour Ltd*, [1943] App. Cas. 32, 70 : « [i]n my opinion the contract is automatically terminated as to the future, because at that date its further performance becomes impossible in fact in circumstances which involve no liability for damages for the failure on either party ».

¹⁸¹⁴ J. CARTWRIGHT, préc., note 480, p. 241.

¹⁸¹⁵ *Walton Harvey Ltd v Walter & Homfrays Ltd* [1931].

¹⁸¹⁶ G. H. TREITEL, préc., note 1804. p.555, 15-010.

¹⁸¹⁷ *Id.* P.555, 15-010.

¹⁸¹⁸ E. PEEL, préc., note 437, p. 868 et s. : « [f]rom a practical point of view, the doctrine of frustration gives rise to two related difficulties. The first is that it may scarcely be more satisfactory to hold that the contract is totally discharged than to hold that it remains in full force : often compromise may be a more reasonable solution. [...] In the absence of such express provisions, this kind of solution is not open to the courts : they have no power to modify contracts in the light of supervening events. The second difficulty is that the allocation of risks produced at common law by the doctrine of frustration is not always entirely satisfactory. [...] It might be more satisfactory if such losses could be apportioned. At common law this was possible only where the contract expressly so

« tout ou rien » est issu de l'arrêt Taylor v. Caldwell et de la formulation de Blackburn que « *both parties are excused* »¹⁸¹⁹. Ce raisonnement est parfaitement compatible avec la vision des juges anglais qui n'ont pas à refaire le contrat à la place des parties.

En Angleterre, les juges n'ont aucun pouvoir de modification ou d'adaptation du contrat¹⁸²⁰. En effet, même si certains arrêts ont pu être interprétés dans ce sens, les auteurs anglais s'accordent sur une mauvaise interprétation. Par exemple, il a pu être dit que la cour, dans l'arrêt Minnewitch v. Café de Paris (Londres) Ltd, avait adapté le contrat aux nouvelles circonstances, soit la fermeture de tous les commerces, pendant deux jours, suite à la mort du roi George V. Le défendeur avait refusé d'ouvrir ces portes à un groupe d'artistes engagés pour se produire. La cour jugea que le cafetier était en bon droit de refuser d'accepter les artistes pendant ses deux jours, mais pas les jours suivants. Il n'y a pas ici de *frustration* du contrat, le défendeur n'ayant eu qu'une excuse pour ne pas exécuter ses obligations pendant les deux jours.

Le droit anglais applique donc la règle du tout ou rien, c'est-à-dire que soit le contrat satisfait les conditions de la *frustration*, et dans ce cas il est anéanti, soit il ne les remplit pas, et dans ce cas, il conserve son plein effet. Treitel propose alors que l'extinction du contrat ne soit pas automatique, mais demandée par la partie souffrant du préjudice lié à l'évènement imprévisible¹⁸²¹. Les cours n'ont pas admis cette option et continuent d'appliquer la décharge automatique du contrat. Seuls dans les cas de « *self-induced frustration* », elles ont admis que l'extinction ne pouvait se réaliser qu'à la demande de la partie subissant un préjudice¹⁸²².

2. L'injustice des solutions

C'est l'arrêt Chandler¹⁸²³ qui a le plus choqué la doctrine.

« Until recently, frustration had no influence on any contractual duty already performed or to be performed before the very moment of the frustration of the contract. This sometimes led to rather bizarre

provided. [...] A more general, but still limited, power of adjustment now exists by statute, but it does not cover all cases in which some form of apportionment would seem to be desirable ».

¹⁸¹⁹ Taylor v. Caldwell, préc., note 502. P.840.

¹⁸²⁰ G. H. TREITEL, préc., note 1804. p.584, 15-040.

¹⁸²¹ G. H. TREITEL, préc., note 1385, p. 559 : « *[t]he first possibility is to deny that discharge is automatic and to say that the supervening event merely gives an option to rescind to the party who is prejudiced by the supervening event, i.e. by the party who, in consequence of the event does not receive the performance for which he bargained, or who cannot use the subject-matter for the mutually contemplated purpose ».*

¹⁸²² G. H. TREITEL, préc., note 1804. P.555, 15-009.

¹⁸²³ Chandler v. Webster, préc., note 518.

consequences like in one of the Coronation cases. In the case of Chandler v. Webster, Chandler had made a down payment of 100 P.S. for his apartment and had to pay the balance of 41 P.S. and 15 shillings before Coronation day. The Court decided that although the contract was frustrated, Chandler was not entitled to restitution and furthermore was liable to pay the balance, because both obligations were to be performed before Coronation i.e. frustration day »¹⁸²⁴.

L'arrêt Chandler (paiement déjà effectué non restitué et paiement des sommes dues avant la frustration) a été désavoué dans l'arrêt Fibrosa¹⁸²⁵. La cour a précisé que les sommes payées n'ayant pas obtenu de *consideration* peuvent être recouvrées¹⁸²⁶, sauf en cas de *partial failure of consideration*.

En effet, « *[t]he restitution of a down payment was not granted because of an argument based upon the contract – since when the money was paid it was due under an existing contract – but on the quasi-contractual right to recover money where there is a total failure of consideration. The consideration is said to be not the promise, but the performance of the promise. This solution is partially unjust because the beneficiary of the obligation may have incurred expenses and, moreover, the problem of a partial execution is left unresolved »¹⁸²⁷.*

Un contrat avait été passé en 1939 pour la construction de machine pour une entreprise polonaise, ces dernières devant être livrées à Gdynia. Une partie du prix a été payé d'avance. Avec le déclenchement de la guerre, le contrat est *frustrated* et prend donc fin. L'entreprise polonaise qui a avancé les sommes demande leur restitution. L'entreprise anglaise refuse à cause des travaux et dépenses engagés pour la réalisation des machines. La *House of Lords* estime que les sommes payées d'avance doivent être remboursées, se fondant que l'argument « *money paid on a consideration which has totally failed* ». La cour estime que l'entreprise polonaise n'a reçu aucune contrepartie à son paiement, ce qui entraîne une *total failure of consideration*. La solution paraît peu satisfaisante, dans le sens où l'entreprise anglaise est ici l'aisée et si l'entreprise polonaise avait reçu quelque chose, même si ce n'était pas la commande passée, son action n'aurait pas abouti.

« The effect of frustration was only, originally, that the contract came to an end, but all that had been done before the contracts was frustrated remained unaffected. This rule was modified in 1943 in

¹⁸²⁴ A. PUELINCKX, préc., note 383, 51.

¹⁸²⁵ *Fibrosa Spolka Akeyjna v. Fairburn Lawson Combe Barbour Ltd*, préc., note 1813; MICHAEL PHILIP FURMSTON, préc., note 523, p. 739 : « *[i]t is not surprising, therefore, that the decision in Chandler v. Webster should have caused general dissatisfaction. But, despite judicial criticism, it was not until 1942 that the House of Lords succeeded, in the Fibrosa case, in avoiding the consequences of the rule that the contract remained in full force up to the moment of frustration* ».

¹⁸²⁶ *Fibrosa Spolka Akeyjna v. Fairburn Lawson Combe Barbour Ltd*, préc., note 1813, 61 : « *[i]t is clear that any civilized system of law is bound to provide remedies for cases of what has been called unjust enrichment or unjust benefit, that is, to prevent a man from retaining the money or some benefit derived from another which it is against conscience that he should keep* ».

¹⁸²⁷ A. PUELINCKX, préc., note 383, 52.

the Fibrosa case, where the House of Lords decided that frustration should operate in a retroactive way, so that a party should recover what he had paid in performance of the contract, provided he could avail himself of a total failure of consideration. The rule in the Fibrosa case was modified again by the Law Reform (Frustrated Contracts) Act, 1943. The situation on English law is at present, in its broad lines, as follows : the contract comes to an end when frustration occurs, and what one party has paid prior to that date must be restored to him if he can claim that there is a total failure of consideration; but the Court is vested with a discretionary power to award compensation to one or other party in order to arrive at a solution consonant with justice, although in no case should the Court make a new contract for the parties »¹⁸²⁸.

Un certain écart entre ce remède et la réalité est perceptible¹⁸²⁹. En effet, lorsque les obligations des parties ne s'exécutent pas en même temps et que, pendant l'intervalle de temps entre les différentes prestations un évènement imprévisible survient rendant le contrat inexécutable, des difficultés peuvent survenir, surtout lorsqu'elles ont été exécutées partiellement.

« Les effets de la frustration, en revanche, n'ont pu être réglés de façon satisfaisante par la jurisprudence. Celle-ci avait posé en particulier le principe que la frustration mettait fin au contrat, mais qu'elle n'opérait pas avec effet rétroactif ; les choses devaient en conséquence rester dans l'état où elles étaient au jour où s'était produit l'évènement générateur de la frustration [...]. Le législateur est intervenu en 1943 pour modifier ces solutions: il appartient aux juges anglais, aujourd'hui, de régler selon l'équité les conséquences de la frustration »¹⁸³⁰.

Afin de parer à cette injustice¹⁸³¹, la loi est venue, dans certains cas très stricts, supplanter les cours de Common Law. Pour les contrats n'entrant pas dans son champ d'application, la Common Law continue à s'appliquer. Le *Law Reform (Frustrated Contract) Act*¹⁸³² est venu atténuer la rigidité des règles des cours anglaises en apportant certains correctifs.

¹⁸²⁸ René DAVID, *English law and French law : a comparison in substance*, London, Stevens, 1980, p. 124; Voir également, G. H. L. FRIDMAN, préc., note 488, p. 671 et s.

¹⁸²⁹ MICHAEL PHILIP FURMSTON, préc., note 523, p. 740 : « [t]he rule established by the *Fibrosa* case has thus diminished the injustice of the former law, but since it operates only in the event of a total failure of consideration, it does not remove every hardship. On the one hand, it does not permit the recovery of an advance payment if the consideration has only partly failed, ie if the payer has received some benefit, though perhaps a slender one, for his money. On the other hand, the payee, in his turn, may suffer an injustice. Thus, while he may be compelled to repay the money on the ground that the payer has received no benefit, he may himself, in the partial performance of the contract, have incurred expenses for which he has no redress ».

¹⁸³⁰ R. DAVID, préc., note 408 à la page 223.

¹⁸³¹ M. P. FURMSTON, G. C. CHESHIRE et C. H. S. FIFOOT, préc., note 487, p. 741 : « [t]he *Fibrosa* case, therefore, while it removed the worst consequences of the decision in *Chandler v Webster*, left open difficulties untouched. A further attempt to clarify the law has, however, been made by the *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*, which gives general effect to the recommendations of the *Law Revision Committee* ».

¹⁸³² *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*, (1943), c. 40 (Regnal. 6_and_7_Geo_6), en ligne : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/6-7/40/contents>.

B. *Le Law reform (Frustrated Contracts) Act comme remède à l'injustice*

Le champ d'application de cette loi est défini à l'article 1(1) qui précise que cet acte gouverne les contrats soumis au droit anglais qui sont devenus impossibles à exécuter ou inexécutables et que les contractants ont été libérés de leurs obligations pour l'avenir¹⁸³³. L'application du *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* peut être exclue par les contractants¹⁸³⁴. L'article 1 de cette loi exclut de son champ d'application les contrats de transport de bien par mer, ainsi que les contrats d'assurance et certains contrats de vente.

Les auteurs s'accordent sur le fait que cette loi a changé deux points fondamentaux de la Common Law en permettant, tout d'abord, que les parties récupèrent les sommes déjà payées même s'il n'y a pas une absence totale de contrepartie (*total failure of consideration*) (1), mais également en leur permettant de demander compensation pour la partie de l'exécution déjà effectuée à partir du moment où cette exécution a conféré un bénéfice à l'autre partie¹⁸³⁵ (2).

1. Le remboursement des sommes déjà versées

En ce qui concerne les sommes d'argent payées ou payables avant que la libération des contractants ne soit intervenue, les cours admettaient que le débiteur ne pouvait pas être remboursé ou que les sommes restaient dues¹⁸³⁶. Dans ce cas, les risques étaient complètement

¹⁸³³ *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*, (1943) 6 & 7 Geo 6c 40. Section 1(1): "Where a contract governed by English law has become impossible of performance or been otherwise frustrated, and the parties thereto have for that reason been discharged from further performance of the contract, the following provisions of this section shall, subject to the provisions of section two of the Act, have effect in relation thereto".

¹⁸³⁴ A. PUELINCKX, préc., note 383, 52 : « [i]t is important to note that the provisions of the Frustrated Contracts Act (like any other frustration problem) may be excluded by contract. Furthermore, a court may only give effect to the provisions of the Act to such extent, if any, as appears to be consistent with any provision in the contract concerning frustrating events. [...] The terms of the Act are by no means mandatory, which means that the drafting of frustration and choice of law clauses remain essential in the conclusion of international contracts, which leads us back to the importance of the wording of the contract »; MICHAEL PHILIP FURMSTON, préc., note 523, p. 745 : « [i]t should be noted that the Act binds the Crown; that it applies to contracts whenever made, provided that the time of discharge occurs on or after 1 July 1943; and that it may be excluded by the parties in the sense that if their contract contains a provision to meet the event of frustration, the provision applies to the exclusion of the Act ».

¹⁸³⁵ MICHAEL PHILIP FURMSTON, préc., note 523, p. 741 : « [f]irst, it amplifies the decision in the *Fibrosa* case by permitting the recovery of money prepaid, even though at the date of frustration there has been no total failure of consideration. Secondly, it allows a party who has done something in performance of the contract prior to the frustrating event to claim compensation for any benefit thereby conferred upon the other ».

¹⁸³⁶ *Blakeley v. Muller & Co*, 2 K.B. 760; *Anglo-Egyptian Navigation Co v. Rennie*, 10 C.P. 271 (1875); *Lloyd Royal Belge S.A. v. Stathalos*, [1917] 33 T.L.R. 390.

attribués au débiteur, il n'y avait pas de partage, sauf dans le cas d'une *total failure of consideration*¹⁸³⁷.

La section 1(2) du *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*¹⁸³⁸ est venue atténuer la rigidité de la Common Law anglaise. Cet article est fondé sur des principes de justice. En effet, le législateur a admis que le fait de ne pas rembourser le débiteur ou de l'obliger à payer les sommes dues, même si l'absence de contrepartie n'est pas totale, pouvait causer une injustice. En outre, il a également reconnu qu'inversement, le créancier pouvait subir une injustice en remboursant l'intégralité des sommes obtenues sans compensation pour les dépenses occasionnées pour l'exécution de sa prestation¹⁸³⁹.

La section 1(2) prévoit que les sommes payées pour l'exécution du contrat avant que ce dernier ne soit anéanti doivent être remboursées au débiteur « *as money received by him for the use of the payor* ». Cette section ne fait pas référence à la condition qu'il y ait absence totale de contrepartie¹⁸⁴⁰. Il s'agit ici de toutes les sommes payées par le débiteur, sans prise en considération des dépenses effectuées par le créancier, ce dernier étant protégé par la section 1(3). En outre, elle prévoit également que les sommes dues avant l'anéantissement du contrat et non encore payées au moment de la *frustration*, cessent d'être dues. Cependant, une clause peut venir modifier le montant du remboursement¹⁸⁴¹.

¹⁸³⁷ *Fibrosa Spolka Akeyjna v. Fairburn Lawson Combe Barbour Ltd*, préc., note 1813.

¹⁸³⁸ *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*, préc., note 1833. Section 1(2): « *All sums paid or payable to any party in pursuance of the contract before the time when the parties were so discharged (in this Act referred to as "the time of discharge") shall, in the case of sums so paid, be recoverable from him as money received by him for the use of the party by whom the sums were paid, and, in the case of sums so payable, cease to be so payable: Provided that, if the party to whom the sums were so paid or payable incurred expenses before the time of discharge in, or for the purpose of, the performance of the contract, the court may, if it considers it just to do so having regard to all the circumstances of the case, allow him to retain or, as the case may be, recover the whole or any part of the sums so paid or payable, not being an amount in excess of the expenses so incurred* ».

¹⁸³⁹ G. H. TREITEL, préc., note 1804.

¹⁸⁴⁰ M. P. FURMSTON, G. C. CHESHIRE et C. H. S. FIFOOT, préc., note 487, p. 741 : « *[t]he subsection then proceeds to offset this relief to the party on whom the contractual duty of payment rests by giving a limited protection to the payee in so far, but only in so far, as he has incurred expense in the course of fulfilling the contract* ».

¹⁸⁴¹ *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*, préc., note 1833. Section 2: « (1) *This Act shall apply to contracts, whether made before or after the commencement of this Act, as respects which the time of discharge is on or after the first day of July, nineteen hundred and forty-three, but not to contracts as respects which the time of discharge is before the said date. (2) This Act shall apply to contracts to which the Crown is a party in like manner as to contracts between subjects. (3) Where any contract to which this Act applies contains any provision which, upon the true construction of the contract, is intended to have effect in the event of circumstances arising which operate, or would but for the said provision operate, to frustrate the contract, or is intended to have effect whether such circumstances arise or not, the court shall give effect to the said provision and shall only give effect to the foregoing section of this Act to such extent, if any, as appears to the court to be consistent with the said provision. (4) Where it appears to the court that a part of any contract to which this Act applies can properly be severed from*

« Section 1 (2) of the 1943 Act therefore provides that money due but not paid before frustration ceases to be payable ; and that, if the money has actually been paid, it must be paid back. Thus frustration is given some retrospective effect. [...] The subsection therefore goes on to provide that a person to whom a prepayment was made (or due) may be allowed, at the court's discretion, to keep (or recover) a reasonable sum not exceeding the amount of the prepayment to cover his expenses »¹⁸⁴².

Ainsi, si la partie à qui la somme a été payée a effectué des dépenses avant que le contrat ne soit anéanti, ou dans l'objectif de réaliser sa prestation, les cours peuvent, de manière discrétionnaire, lui permettre de conserver soit l'intégralité, soit une partie de la somme obtenue, à partir du moment où cette somme ne dépasse pas les dépenses effectuées. En outre, si la partie à qui la somme est payable effectue des dépenses avant l'anéantissement du contrat, ou dans l'objectif de l'exécuter, la cour peut, de façon discrétionnaire, lui permettre de se faire payer une partie ou la totalité de ces sommes, à partir du moment où elle ne dépasse pas le montant des dépenses¹⁸⁴³.

2. La compensation pour exécution partielle

En ce qui concerne les bénéfices qu'a pu obtenir le créancier de l'obligation de paiement, la Common Law admettait également un principe très rigide. En effet, lorsque l'obligation exigeait une exécution totale, c'est-à-dire une prestation qui doit être complètement réalisée avant que la contre-prestation ne soit due, le créancier ne pouvait pas obtenir le paiement de sa prestation si celle-ci n'était pas complètement réalisée. En effet, si l'anéantissement du contrat est intervenu avant que la responsabilité du débiteur d'exécuter sa prestation ne soit due, ce dernier ne doit rien.

Cette rigidité de la Common Law a été atténuée par le *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*, section 1(3)¹⁸⁴⁴ qui prévoit que le créancier pourra obtenir le paiement de sa prestation,

the remainder of the contract, being a part wholly performed before the time of discharge, or so performed except for the payment in respect of that part of the contract of sums which are or can be ascertained under the contract, the court shall treat that part of the contract as if it were a separate contract and had not been frustrated and shall treat the foregoing section of this Act as only applicable to the remainder of that contract.(5) This Act shall not apply— (a) to any charterparty, except a time charterparty or a charterparty by way of demise, or to any contract (other than a charterparty) for the carriage of goods by sea; or (b) to any contract of insurance, save as is provided by subsection (5) of the foregoing section; or (c) to any contract to which section 7 of the Sale of Goods Act 1979] (which avoids contracts for the sale of specific goods which perish before the risk has passed to the buyer) applies, or to any other contract for the sale, or for the sale and delivery, of specific goods, where the contract is frustrated by reason of the fact that the goods have perished ».

¹⁸⁴² G. H. TREITEL, préc., note 1385, p. 365.

¹⁸⁴³ MICHAEL PHILIP FURMSTON, préc., note 523, p.742.

¹⁸⁴⁴ « Where any party to the contract has, by reason of anything done by any other party thereto in, or for the purpose of, the performance of the contract, obtained a valuable benefit (other than a payment of money to which the last foregoing subsection applies) before the time of discharge, there shall be recoverable from him by the said

prestation qui aura conféré un bénéfice à son cocontractant. Sont exclues du champ d'application de cette section, les obligations de somme d'argent qui sont réglementées par la section 1(2).

L'évaluation des bénéfices reçus est calculée par un test en deux parties. Tout d'abord, les cours doivent identifier le bénéfice obtenu, pour, par la suite, évaluer le bon montant devant être attribué afin que celui-ci n'excède pas la valeur des bénéfices. Ce test a été mis en place dans l'arrêt *B.P. (Exploration) Libya Ltd v. Hunt*¹⁸⁴⁵. En l'espèce, Hunt et B.P. se sont accordés sur l'exploitation d'une concession de pétrole dans laquelle BP s'engageait à effectuer le travail d'exploration et de développement ainsi que d'y apporter les moyens financiers nécessaires. En retour, B.P. recevait la moitié de la concession et un remboursement de ces dépenses en pétrole pour 125 % du montant. L'exploitation de la concession débuta en 1967, mais en 1971, le contrat devint inexécutable, car la concession fut expropriée par le gouvernement libyen. Ainsi, la cour décida d'appliquer ce test en deux étapes. Elle décida tout d'abord que le bénéfice reçu par Hunt correspondait à l'augmentation de la valeur de la concession résultant des travaux effectués par B.P.. En effet, Hunt possédait la moitié de la concession. Le bénéfice, tel qu'il est interprété par les cours, correspond donc au produit final reçu par le cocontractant et non aux coûts d'exécution subits par le plaignant. Toutefois, la cour estima que la section 1(3) exigeait que soit pris en compte l'effet des circonstances entourant l'évènement perturbateur. Elle décida donc de prendre en considération l'expropriation, qui vient en déduction de la valeur des bénéfices reçus. Ainsi, les bénéfices totaux reçus par Hunt correspondent au montant net du pétrole reçu de la concession auquel il est nécessaire d'ajouter la compensation obtenue pour l'expropriation. La cour attribua donc la moitié de ce total à chacun des cocontractants. Cependant, la cour déduit, par la suite, le remboursement du travail réalisé sur la concession par B.P., déjà obtenu en pétrole¹⁸⁴⁶.

« In estimating the amount of the sum to be recovered, the court must consider all the circumstances of the case, especially any expenses that the benefited party may have incurred in the performance of the

other party such sum (if any), not exceeding the value of the said benefit to the party obtaining it, as the court considers just, having regard to all the circumstances of the case and, in particular,— (a) the amount of any expenses incurred before the time of discharge by the benefited party in, or for the purpose of, the performance of the contract, including any sums paid or payable by him to any other party in pursuance of the contract and retained or recoverable by that party under the last foregoing subsection, and (b) the effect, in relation to the said benefit, of the circumstances giving rise to the frustration of the contract ».

¹⁸⁴⁵ *B.P. (Exploration) Libya Ltd v. Hunt*, préc., note 1624.

¹⁸⁴⁶ G. H. TREITEL, préc., note 1804, p.602.

contract before the time of discharge, and also whether the circumstances causing the frustration have affected the value of the benefit »¹⁸⁴⁷.

Il s'agit principalement d'un droit de recevoir une compensation pour une exécution partielle de l'obligation contractuelle¹⁸⁴⁸.

*« In estimating the amount of sum to be recovered, the court must consider all the circumstances of the case, especially any expenses that the benefited party may have incurred in the performance of the contract before the time of discharge, and also whether the circumstances causing the frustration have affected the value of the benefice »*¹⁸⁴⁹.

Certains auteurs estiment qu'il n'est pas sûr que justice soit complètement rendue par cette section du *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*, car une compensation peut être apportée seulement dans les cas où le défendeur a obtenu un bénéfice évaluable¹⁸⁵⁰, et la somme attribuée ne peut pas excéder cette évaluation. Ceci signifie, a contrario, que lorsqu'il n'est pas possible d'évaluer le bénéfice, aucune compensation ne peut être obtenue.

La résiliation du contrat peut donc poser problème et donne un pouvoir plutôt important au juge, en termes d'évaluation des prestations fournies par chacun des partenaires¹⁸⁵¹. En outre, le coût lié à la recherche d'un nouveau partenaire ou à la conclusion d'un nouvel accord n'est pas pris en considération. La résiliation judiciaire doit donc être le remède ultime.

¹⁸⁴⁷ M. P. FURMSTON, G. C. CHESHIRE et C. H. S. FIFOOT, préc., note 487, p. 743.

¹⁸⁴⁸ G. H. TREITEL, préc., note 1385, p. 366 : « [t]his provides that if one party (B) has 'obtained a valuable benefit ... before the time of discharge' as a result of anything done by the other party (A) in or for the purpose of the performance of the contract, then A can recover from B such sum as the court thinks just, not exceeding the value of the benefit. Under this subsection, the court must first identify and value the benefit obtained by B : it does so by reference to what has been received by B, not to cost incurred by A. Secondly, the court must determine what is the 'just' sum to be awarded to A : here the cost of performance to A can be taken into account ; and where the cost incurred by A was less than the value of the benefit received by B that cost formed the basis of the award » ; *B.P. (Exploration) Libya Ltd v. Hunt*, préc., note 1624.

¹⁸⁴⁹ MICHAEL PHILIP FURMSTON, préc., note 523, p.743.

¹⁸⁵⁰ G. H. TREITEL, préc., note 1804 ; MICHAEL PHILIP FURMSTON, préc., note 523, p.605 et s., puis p.744.

¹⁸⁵¹ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1325, 261 et s. : « the option of giving the courts wide powers to determine the terms of the termination (e.g. concerning retroactivity, the date, restitution, non-performed or partially performed obligations) seems appropriate to mitigate the eventual inconvenience of this remedy ».

Conclusion du chapitre 1

Les remèdes ne permettaient pas au juge d'intervenir dans le contrat comprennent la renégociation et la résiliation, les demandes conjointes ne semblant pas avoir un intérêt particulier.

Le remède principal et primordial lors d'un changement de circonstances est la renégociation. En effet, elle est l'application pratique des normes de flexibilité et de coopération décrite par Macneil. Les partenaires doivent avoir recours à une négociation des termes de l'accord lorsque l'un d'entre eux subit un déséquilibre contractuel.

Des études empiriques ont démontré que les entreprises cherchaient à trouver des compromis sans faire de référence aux termes de l'accord¹⁸⁵². Cela montre bien que la renégociation doit être privilégiée et qu'elle devrait être obligatoire. La renégociation devrait alors être obligatoire, préalable à toute intervention judiciaire afin que les contractants consolident les liens qu'ils ont créés et règle la difficulté sur la base relationnelle.

Les instruments et droits ne prévoyant pas tous une obligation de renégociation, les juridictions devront veiller à ce que les contractants cherchent d'abord à trouver un compromis, réglant seulement le conflit existant sur l'existence même des changements de circonstances. Ainsi, il pourrait être prévu une instance en plusieurs temps afin que les parties aient tous les moyens nécessaires à la recherche d'un accord amiable.

L'abus dans la renégociation devrait être sanction, puisque l'un des partenaires aura eu un comportement contraire à la bonne foi en rompant abusivement la procédure ou en ne cherchant pas à trouver un compromis. Cette sanction devrait être prévue de manière plus explicite dans les diverses dispositions.

Le juge peut également intervenir de façon limitée dans le contrat, pour déterminer la date et les conditions de la résiliation. La résiliation montre l'échec de la relation contractuelle, les partenaires et le juge n'ayant pas réussi à la maintenir. Ce remède devrait apparaître comme l'ultime recours, la dernière voie. En effet, il ne devrait être mis en œuvre que lorsque

¹⁸⁵² Stewart MACAULAY, « The use and the non use of contracts in the manufacturing industry », (1963) 9 *Pract. Lawyer* 18; S. MACAULAY, préc., note 204, 61; Nathan M. CRYSTAL, « An empirical view of relational contracts under article two of the Uniform Commercial Code », *Ann Surv Am L* 1988.293, 295 et s.

l'adaptation judiciaire ou conventionnelle s'avère impossible. C'est ce que prévoit le droit allemand très clairement et ce que proposent certaines codifications privées. L'important étant le maintien de la relation contractuelle, il devrait être donné priorité à l'adaptation judiciaire.

Chapitre 2 – La modification du contrat par le juge

Deux approches de l'imprévision peuvent être retenues, eu égard principalement au pouvoir de révision du juge. Certains auteurs considèrent que l'imprévision ne peut pas exister sans pouvoir de révision judiciaire. Ainsi, lorsque le juge ne reçoit pas de pouvoir de modification des termes de l'engagement, il ne s'agirait que d'un concept de force majeure élargie¹⁸⁵³. Pour d'autres, la révision judiciaire ne conditionne pas l'existence de l'imprévision, c'est-à-dire que lorsque le juge ne reçoit pas de pouvoir d'adaptation, les changements de circonstances peuvent avoir une existence.

« C'est ce pouvoir modérateur [du juge] qui constitue à mon sens le trait caractéristique de l'imprévision. S'il s'agit seulement d'assouplir la théorie de la force majeure, on ne fait que transférer le risque dans sa totalité sur la tête de l'autre partie, ce qui peut être tout aussi inéquitable. Ce pouvoir modérateur est aussi le plus discuté et le plus contesté par les partisans d'un strict respect de la loi contractuelle. Et c'est ce pouvoir que refuse le droit anglais »¹⁸⁵⁴.

Le projet de réforme de la chancellerie ne prévoyait pas de révision judiciaire du contrat¹⁸⁵⁵, mais une possibilité pour le juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe¹⁸⁵⁶. Pour certains¹⁸⁵⁷, le fait que le juge n'ait pas de pouvoir de révision « ruinerait [...] la portée du dispositif »¹⁸⁵⁸. Pour d'autres, l'intervention du juge est condamnable. C'est pourquoi dans le projet Catala, aucun pouvoir judiciaire de révision n'est prévu¹⁸⁵⁹, alors même que le projet Terré prévoyait une possibilité d'adaptation judiciaire des termes de l'engagement¹⁸⁶⁰. La faculté pour le juge de modifier le contrat est reprise par l'article 1195 nouveau du Code civil, ainsi que par nombreux autres droits et instruments. L'adaptation judiciaire du contrat est donc le remède qui pose le plus de difficulté.

¹⁸⁵³ D. TALLON, préc., note 259.

¹⁸⁵⁴ *Id.* à la page 407 et s.

¹⁸⁵⁵ P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 1446, 4 (version électronique).

¹⁸⁵⁶ P. DUPICHOT, préc., note 1443 à la page 75 : « [a]u regard de ces sources d'inspiration, l'article 1196 du projet d'ordonnance apparaît comme une disposition de compromis, de synthèse ; il révèle d'un ni-ni en quelque sorte. Ni révision pour imprévision, ni rejet de la révision pour imprévision ... Il se situe dans l'entre deux. Une troisième voie y est proposée, celle de la résiliation pour imprévision, entre le refus de l'avant-projet Catala et la réception du projet Terré et des PEDC, une voie marquée [...] par la volonté d'assurer un équilibre entre justice contractuelle et efficacité économique ».

¹⁸⁵⁷ G. ROUHETTE, préc., note 1700.

¹⁸⁵⁸ N. FERRIER, préc., note 1444 à la page 93.

¹⁸⁵⁹ P. DUPICHOT, préc., note 1443 à la page 74 : « [t]out au plus était prévue la possibilité pour l'une des parties qui avait perdu tout intérêt au contrat d'en demander la résiliation, mais sans jamais que ce pouvoir de mise à mort du contrat soit dévolu au juge. Le contrat restait roi et le juge pouvait, tout au plus, ordonner aux parties une nouvelle négociation ».

¹⁸⁶⁰ Article 92 al 3 : « le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ».

La révision judiciaire du contrat est l'objet de grande controverse. Cependant, une disposition légale le permettant, son opportunité n'est plus à discuter. Elle apparaît toutefois, à l'exception du droit allemand, comme le remède ultime proposé aux contractants, après la renégociation et les demandes conjointes.

« La révision du contrat par le juge doit être considérée comme l'ultime étape du processus de révision du contrat. C'est la solution à laquelle on ne doit aboutir qu'en désespoir de cause, c'est-à-dire une fois constatée l'échec de la renégociation par les parties, voire celui de la tentative de conciliation sous les auspices d'un médiateur ou d'un arbitre »¹⁸⁶¹.

Le droit allemand fait de l'adaptation des termes de l'accord le remède prioritaire. Ceci se comprend notamment par le fait que les conditions d'application de la *Wegfall der Geschäftsgrundlage* laisse apparaître une vision plutôt relationnelle des changements de circonstances, prenant appui sur l'objectif, le fondement contractuel. L'objectif de ce dernier est donc le maintien de la relation contractuelle.

Deux formes peuvent être envisagées en ce qui concerne la révision du contrat. En effet, le droit italien, même s'il ne permet pas la révision judiciaire du contrat à proprement parler, opte pour une solution particulièrement originale. Une fois que le contractant victime du bouleversement des circonstances a demandé au juge la résiliation du contrat, son partenaire peut éviter cette résiliation en proposant une modification équitable du contrat. Cette solution met en lumière la relation contractuelle dans le sens où, même si la renégociation a échoué ou n'a pas été envisagée, le partenaire cherche à maintenir le lien contractuel. Nombre d'autres systèmes de droit adaptent, avec plus ou moins de réserve, l'adaptation judiciaire des termes de l'accord (Section 1).

Étant le remède le plus controversé, l'adaptation judiciaire n'est pas exempte de toute critique. En effet, certains problèmes peuvent apparaître dans la détermination du contenu de l'adaptation. En outre, la justification de la décision judiciaire apparaît primordiale, ce qui peut poser quelques difficultés, notamment en considération du style des arrêts français. Les critiques envers la révision judiciaire devront donc être reprises (Section 2).

¹⁸⁶¹ H. BOUTHINON-DUMAS, préc., note 28, 372.

Section 1 — Deux approches de la révision judiciaire

Deux approches de la révision judiciaire peuvent apparaître. D'abord, le juge peut obtenir ou s'octroyer la possibilité de modifier directement les termes de l'engagement contractuel (Paragraphe 2). Ensuite, et le remède proposé est plutôt original, le juge peut soit statuer sur le caractère équitable d'une proposition de modification, soit déterminer cette modification à la demande du créancier (Paragraphe 1). C'est la solution, un peu isolée, du droit italien.

Paragraphe 1 - La modification ad aequitatem du contrat

La modification ad aequitatem du contrat est l'un des remèdes proposés par le droit italien, qui n'admet pas de pouvoir général de révision du contrat. En effet, le seul remède proposé en cas de changement de circonstances est la résiliation du contrat, cette dernière pouvant être contrée par une offre de modification équitable (A). Normalement, cette offre doit respecter les critères nécessaires à sa validité. Cependant, ces derniers ont été assouplis, ce qui permet de reconnaître un véritable pouvoir de révision judiciaire (B).

A. L'absence de pouvoir général de révision

L'offre de modification équitable permet au juge d'intervenir dans le contrat à la seule demande du créancier (1). Il n'existe donc pas de pouvoir de révision judiciaire du contrat en Italie, à l'exception de l'article 1468 qui le prévoit pour les contrats unilatéraux (2).

1. L'intervention du juge sur demande du créancier

Le droit italien propose un remède original au changement de circonstances. La doctrine et la jurisprudence majoritaires estiment que le demandeur ne peut pas suspendre l'exécution de ses obligations¹⁸⁶². En effet, l'Italie considère que ce sont aux parties de retrouver l'équilibre perdu et le juge ne dispose donc pas de pouvoir général d'adaptation¹⁸⁶³. Le débiteur peut demander au juge la résiliation ou la résolution du contrat. Cependant, si le créancier a un intérêt à

¹⁸⁶² M. C. de A. PRADO, préc., note 128, p. 67 citant l'arrêt de la Corte di cassazione du 11 juillet 1978 : « [n]e consegue che, promosso il giudizio di risoluzione del contratto per inadempimento, la parte convenuta non può eccepire la sopravvenuta onerosità della prestazione per giustificare la mancata esecuzione dell contratto ».

¹⁸⁶³ F. HINESTROSA, préc., note 1689 à la page 404.

maintenir le contrat, il peut proposer une modification équitable de l'obligation, afin d'éviter la résolution du contrat.

« L'imprévision dans le Code italien de 1942 est originale. La partie dont la prestation est devenue excessivement onéreuse peut seulement demander la résiliation du contrat. Et c'est l'autre partie qui, pour s'opposer à la résiliation, peut offrir de modifier équitablement les conditions du contrat. Chaque partie à une initiative différente »¹⁸⁶⁴.

Dans ce cas, seul le créancier peut proposer une modification du contrat, comme seul le débiteur peut demander la résolution de ce dernier¹⁸⁶⁵, le débiteur ne pouvant invoquer la modification équitable comme moyen de défense à une procédure en exécution forcée¹⁸⁶⁶. Il s'agit d'un moyen d'éviter la résolution du contrat¹⁸⁶⁷. La demande de modification équitable doit être faite avant le prononcé de la résolution. C'est un moyen de défense du créancier. Il s'agit en effet d'une « déclaration unilatérale de volonté »¹⁸⁶⁸.

2. L'absence de pouvoir général de révision

Cependant, la grande différence avec le droit allemand vient du fait que le juge ne peut pas décider, de lui-même, de modifier le contrat, le seul pouvoir du juge étant d'apprécier si la proposition de modification par le cocontractant permettra de poursuivre de manière équitable l'exécution du contrat¹⁸⁶⁹. Seul le créancier peut proposer une modification du contrat en réduisant la quantité ou la qualité de la prestation, en augmentation la contre-prestation ou encore en proposant un mixte des deux solutions. Le droit italien ne remet pas en cause le principe de la force obligatoire des contrats. Cependant, le *Codice civile* est issu de 1942 et la conception juridique du contrat, à cette époque et en Italie, était en train de se modifier pour considérer que les parties n'avaient pas forcément des intérêts opposés, mais pouvaient vouloir collaborer et ainsi obtenir ce pour quoi elles avaient contracté, c'est-à-dire l'exécution du contrat. Se retrouve donc dans le *Codice civile*, le passage d'une conception individualiste du contrat à une vision plus solidariste.

¹⁸⁶⁴ C. JAUFFRET-SPINOSI, préc., note 103 à la page 17.

¹⁸⁶⁵ A. RICCIO, préc., note 1294, p. 239.

¹⁸⁶⁶ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 81.

¹⁸⁶⁷ A. RICCIO, préc., note 1294, p. 280 : « [L]a giurisprudenza è costante nell'enunciare che l'offerta e art. 1467, 3 comma, cod. civ., è equa se riporta il contratto in una dimensione sinallattica tale che, se fosse sussistita al momento della stipulazione, la parte onerata non avrebbe avuto diritto di domandare la risoluzione ».

¹⁸⁶⁸ M. C. de A. PRADO, préc., note 128, p. 68.

¹⁸⁶⁹ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 438.

« Le droit italien n'admet pas un pouvoir général de révision du juge qui serait en contradiction avec le principe de la force obligatoire des contrats, le principe des art. 1467 -1468 n'apparaît que comme une exception à ce principe, basée sur l'équité. [...] On peut dire que la théorie italienne de l'imprévision ne porte pas atteinte à la force obligatoire des conventions, mais à son caractère absolu »¹⁸⁷⁰.

L'offre de modification équitable a donc été admise afin de permettre aux contractants de maintenir leur relation malgré le changement de circonstances. Il s'agit alors de l'utilisation de la norme de flexibilité et de coopération. Cette offre est soumise à une procédure particulière.

B. L'étendue de la modification équitable

La modification équitable est soumise à une certaine procédure (1) qui a été assouplie par la *Corte di cassazione* (2).

1. La procédure de modification équitable

C'est un arrêt de la *Corte di Cassazione* du 18 septembre 1972 qui est venu expliquer la procédure de modification *ad aequitatem*, en se fondant sur l'article 1450 du *Codice civile*¹⁸⁷¹ prévoyant l'offre de modification du contrat. Même si cette affaire est rendue dans le cadre de la lésion, elle s'applique également à la demande de réduction équitable en matière d'*eccessiva onerosità*.

« l'offerta di reductio ad aequitatem del contratto rescindibile, ai sensi dell'art. 1450 cid. Civ., non è una dichiarazione negoziale di volontà diretta alla controparte e, in mancanza di accettazione, diretta al giudice, ma è, invece, una domanda giudiziale di un provvedimento costitutivo avente l'effetto sostanziale di modificare il contratto rescindibile riconducendolo ad aequità. La parte che domanda la reductio ad aequitatem del contratto rescindibile deve determinare esattamente le modificazioni che intende siano apportate ad una o più clausole del contratto medesimo, ma quando chiede che sia modificata una clausola, può rimettersi al giudice perché, in base ad elementi oggettivi accertabili in giudizio, sia stabilita l'entità delle proposta modificazione per ricondurre il contratto ad equità : così quando, in ipotesi di contratto di compravendita rescindibile per lesione ultra dimidium, il compratore chieda che il contratto sia ricondotto ad equità aumentandosi il prezzo in quella cifra, da determinarsi dal giudice, che corrisponde al valore della cosa compravenduta all'epoca della pronuncia. La domanda di reductio ad aequitatem del contratto rescindibile può essere proposta, nel processo di rescissione, in tutto il corso del giudizio di primo grado, fino alla precisazione delle conclusioni, ed anche in appello ; e può essere porposta in separato processo (anche in prevenzione dell'iniziativa della parte lesa) fino a che la sentenza di rescissione non sia passata in giudicato. [...] Qualora, in separato processo e prima del passaggio in giudicato della sentenza di rescissione di un contratto di compravendita per lesione ultra dimidium, il compratore abbia chiesto la reductio ad aequitatem del contratto determinando esattamente il supplemento di prezzo offerto, nell'ulteriore corso del processo, ed anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza di rescissione, il procuratore ad litem del compratore può chiedere che il supplemento di prezzo sia determinato dal giudice : si tratta, infatti, di

¹⁸⁷⁰ C. RENOUX, préc., note 163, p.179.

¹⁸⁷¹ Art. 1450 *Offerta di modificazione del contratto* : « Il contraente contro il quale è domandata la rescissione può evitarla offrendo una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità ».

una emendatio libelli, non preclusa dal passaggio in giudicato della sentenza di rescissione, e che rientra nei poteri del procuratore ad litem »¹⁸⁷².

L'offre de modification équitable est un acte de procédure, et doit donc en prendre la forme. La demande de modification équitable doit se faire de manière judiciaire, les propositions extrajudiciaires n'étant pas acceptées¹⁸⁷³.

Pour se faire, le créancier doit faire une offre en proposant des engagements nouveaux et plus onéreux. Cette offre doit contenir toutes les modifications proposées par le créancier¹⁸⁷⁴, une simple proposition de modification sans élément supplémentaire n'étant, a priori, pas admise¹⁸⁷⁵. C'est le juge qui déterminera et veillera à ce que les modifications proposées correspondent à un équilibre proche de celui prévu par les parties¹⁸⁷⁶, sachant que l'adéquation de l'offre sera appréciée en fonction de la situation au moment de la décision¹⁸⁷⁷. L'offre doit être faite à n'importe quel moment avant la déclaration de résiliation du contrat par le juge¹⁸⁷⁸.

¹⁸⁷² Cass, 18 septembre 1972, n. 2748 (Temi, 1973, 5) cité dans A. RICCIO, préc., note 1294, p. 261 et s. [traduction libre]: l'offre de réduction *ad aequitatem* du contrat rescindable, au sens de l'article 1450 C.c.fr., n'est pas une proposition de négociation à l'intention de l'autre partie, qui, en l'absence d'acceptation, serait directement faite au juge, mais, par contre, une demande d'ouverture de la procédure ayant pour effet essentiel de modifier le contrat autrement rescindable en recourant à l'équité. La partie qui demande la *reductio ad aequitatem* doit déterminer exactement les modifications qu'elle entend apporter à une ou plusieurs clauses de ce contrat, mais quand elle demande la modification d'une clause, elle peut s'en remettre au juge qui, sur la base d'éléments objectivement vérifiables pendant l'instance, établira la proposition de modification permettant de rétablir l'équité contractuelle: quand, dans un contrat de vente rescindable pour lésion *ultra dimidium*, l'acheteur peut demander que le prix du contrat soit judiciairement augmenté pour correspondre à la valeur de la chose au moment de la décision. La demande de réduction *ad aequitatem* d'un contrat rescindable peut intervenir tout au long de la première instance, jusqu'au jugement final ainsi qu'en appel; et peut être proposé de manière séparée (dans le but de réparer le dommage subi par la partie lésée) jusqu'à ce que le jugement de résiliation soit devenu définitif. [...] Dans le cas d'une offre séparée de l'instance judiciaire, et avant le jugement de résiliation d'un contrat de vente pour lésion *ultra dimidium*, si l'acheteur a demandé la *reductio ad aequitatem* en déterminant exactement le supplément de prix offert, puis, dans le cours de la procédure, et même après le jugement de résiliation, l'avocat de l'acheteur peut demander à ce que le prix soit déterminé par le juge: il s'agit, en effet, d'un *emendatio libelli*, qui n'est pas exclue par la force de la chose jugée et qui entre dans les pouvoirs de l'avocat.

¹⁸⁷³ M. C. de A. PRADO, préc., note 128, p. 68.

¹⁸⁷⁴ F. HINESTROSA, préc., note 1689 à la page 395 et s. : « [d]ans cette offre, on voit une invitation à la conclusion d'un contrat complémentaire qui modifie le contrat initial, et qui est faite au cocontractant par l'intermédiaire du juge, suivant les règles générales de l'offre, spécialement celles de clarté et de précision des termes du réajustement, afin que l'acceptation simple du demandeur entraîne la conclusion de la convention et la production des effets qui lui sont propres ».

¹⁸⁷⁵ M. C. de A. PRADO, préc., note 128, p. 68.

¹⁸⁷⁶ F. HINESTROSA, préc., note 1689, n. 17 précise qu'un arrêt de cassation de 1991 statue que « l'offre constitue l'exercice d'un droit potestatif qui permet à la partie non grevée d'éviter le prononcé à son détriment, de la résiliation, celle-ci reste un acte unilatéral qui a un destinataire, acte auquel ce dernier, dans la mesure où il le considère avantageux, peut adhérer. S'il n'y a pas d'acceptation, le juge procède, en se substituant à la partie destinataire de l'acte, à une évaluation technique relative à l'adéquation de la prestation offerte ».

¹⁸⁷⁷ A. RICCIO, préc., note 1294, p. 238 et s. : « *La valutazione del giudice dovrà di conseguenza verificare che le modificazioni offerte ricostituiscano al giusto rapporto di scambio programmato dalle parti* ».

¹⁸⁷⁸ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 81.

*« As far as the extent of the adaptation is concerned, the equitable modification must take into account the normal risk of the contract and the court should therefore not exclude the consequence of the risk of a change of circumstances that the parties reasonably could have considered at the time of the conclusion of the contract, according to Art. 6:111(3)(b) PECL. This norm provides for a judicial adaptation distributing the losses and gains resulting from the change of circumstances between the parties in a just and equitable manner »*¹⁸⁷⁹.

Il ne s'agit pas ici pour le créancier de redonner au contrat son équilibre initial, mais bien d'éliminer la charge excessive pour le débiteur. Le juge veillera alors à ce que la charge excessive soit partagée entre les partenaires, tout en essayant de ne pas mettre à la charge du partenaire celles entrant dans l'aléa normal de la partie victime. Il cherchera donc à respecter l'équilibre subjectif initial de l'accord. L'objectif est de faire en sorte que la victime du changement de circonstances ne puisse plus bénéficier de l'article 1467. *« Therefore, the affected party still has to bear the negative effects of the supervening events which are within the limits of the normal alea of the contract »*¹⁸⁸⁰.

2. Vers une adaptation judiciaire du contrat ?

Les cours italiennes ont admis, par la suite, que le créancier pouvait demander au juge de déterminer cette modification équitable¹⁸⁸¹ s'il considère la proposition déjà faite non équitable¹⁸⁸², même si l'article 1467 du *Codice civile* ne le prévoit pas.

*« Il legislatore, infatti, mediante la previsione dell'offerta di modificazione del contratto, di cui agli art. 1450 cod. civ. e 1467, 3° comma, cod. civ. ha inteso predisporre uno strumento di conservazione del rapporto, per la soluzione dei problemi suscitati, da un lato, dalla particolare posizione di vantaggio nella quale viene a trovarsi una delle parti contraenti, e dalla quale l'altra o le altre approfittandone traggono vantaggio ; dall'altra, dalle variazioni dei costi e dei valori negli scambi nel periodo corrente tra la conclusione e l'esecuzione del contratto, sia pure limitatamente al verificarsi di eventi straordinari ed imprevedibili che non rientrino nell'alea normale del contratto »*¹⁸⁸³.

La possibilité pour le juge d'intervenir en équité lorsqu'une demande générale de modification, qui ne prévoit pas avec exactitude les modalités de modification contractuelle, a

¹⁸⁷⁹ E. H. HONDIUS et H. C. GRIGOLEIT, préc., note 388, p. 124.

¹⁸⁸⁰ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 82.

¹⁸⁸¹ E. H. HONDIUS et H. C. GRIGOLEIT, préc., note 388, p. 124 : *« [u]nlike Art. 6:111 PECL, the general rule set forth by Art. 1467 (3) CC provides that only the party against whom the dissolution is demanded can decide whether or not to ask for the equitable modification of the contract in order to avoid its dissolution . [...] But pursuant to Italian case law, the party may also ask the court to determine an equitable modification, should the court not consider the suggested modification to be equitable »*.

¹⁸⁸² L. ANTONIOLLI, préc., note 448, p.314.

¹⁸⁸³ A. RICCIO, préc., note 1294, p. 235 et s. où l'auteur précise que le législateur a prévu un moyen de préservation du rapport contractuel aux articles 1450 et 1467 du Code civil pour les différends suscités par, tout d'abord, les avantages retirés par l'une des parties et dont l'autre ne bénéficie pas, mais également lors de variations des coûts entre le moment de la conclusion du contrat et son exécution entraîné par un événement imprévisible et extraordinaire n'entrant pas dans l'aléa normal du contrat.

été débattue en droit italien. Cependant, les juridictions ont admis cette possibilité¹⁸⁸⁴, si le créancier en faisait expressément la demande. Ainsi, l'offre de modification sera valable même si elle est faite en termes généraux, sans indication spécifique ou limite à la modification¹⁸⁸⁵. Dans un arrêt du 18 juillet 1989, la *Corte di cassazione* a cassé un arrêt de Cour d'appel pour ne pas avoir procédé à un réajustement de la proposition équitable alors même que le défendeur avait inséré dans son offre une demande visant à ce que le juge puisse proposer un nouveau montant dans le cas où il trouverait celui proposé insuffisant¹⁸⁸⁶.

En effet, « *l'offerta di equa modificazione delle condizioni di un contratto divenuto eccessivamente oneroso (art. 1467, ultimo comma, cod. civ.), è rimessa all'iniziativa della parte, mentre il giudice deve limitarsi a stabilire se le modificazioni sono idonee a normalizzare il rapporto contrattuale, senza poter integrare le eventuali deficienze della proposta o superarne la portata ; tuttavia, qualora la parte, in sede di conclusioni, dichiara di offrire, a saldo del prezzo di una compravendita, una determinata somma o quella somma maggiore o minore che si ritenga equa, deve intendersi con ciò proposta una domanda subordinata di determinazione giudiziale dell'equo prezzo, in ordine alla quale il giudice, se ritiene che la somma quantificata sia inidonea a far cessare l'eccessiva onerosità, deve necessariamente pronunciarsi, intergrando l'offerta sulla base degli elementi du giudizio già acquisiti al processo* »¹⁸⁸⁷.

Le juge dispose donc d'un pouvoir d'intervention dans le contrat assez large en droit italien. Il intervient donc de trois manières dans le contrat en droit italien. Tout d'abord, il peut combler l'offre faite par l'un des partenaires. Il peut ensuite établir lui-même l'équilibre contractuel en modifiant le contrat. Enfin, il impose à la partie défenderesse l'offre faite, même lorsque ce dernier est en désaccord avec la capacité de l'offre à supprimer la charge excessive¹⁸⁸⁸. Le juge peut donc intervenir de manière importante dans le contrat, pouvant aller jusqu'à sa révision¹⁸⁸⁹.

¹⁸⁸⁴ Cass, 25 mars 1991, n. 5922 (Foro it, Rep. 1991, n. 359) et Cass, 18 juillet 1989, n. 3347 (Foro it., 1990, I, 564), cité dans *Id.*, p. 271.

¹⁸⁸⁵ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 82 citant Cass. 7 juin 1957, n. 2109 qui dispose que « *an offer to modify the contract price "equivalent to the onerosness determined by the court with the merits of the case" is in fact sufficient* ».

¹⁸⁸⁶ M. C. de A. PRADO, préc., note 128, p. 70 citant Cass., 18 juillet 1989, n. 3347 (Foro It. 1990, I.564).

¹⁸⁸⁷ Cass, 18 juillet 1969, n. 3347, cité dans A. RICCIO, préc., note 1294, p. 273.

¹⁸⁸⁸ M. C. de A. PRADO, préc., note 128, p. 70.

¹⁸⁸⁹ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 83 : « *[t]herefore, in practice, Italian case law has allowed the courts to have a high degree of intervention in contracts and, in fact, judicial adaptation can be considered as an available remedy (at least for the advantaged party) in cases of eccessiva onerosità* ».

Paragraphe 2 - La révision judiciaire du contrat

La révision judiciaire du contrat est reconnue dans de nombreux droits et instruments même si certains la limitent grandement (A). Elle permet de reconnaître une modification de la fonction du juge (B).

A. Une reconnaissance de l'adaptation judiciaire

L'adaptation judiciaire comme remède au changement de circonstances est reconnue autant dans les codifications privées (1) que dans les droits nationaux (2).

1. L'adaptation judiciaire étendue

Les Principes du droit européen du contrat prévoient l'intervention du juge dans le contrat afin de l'adapter au changement de circonstances, en cas d'échec des négociations.

« The remedy is basically intended to keep the contractual relationship alive [...]. The new solution introduced by the PECL according to the widespread modern idea of contractual justice concerns the powers of the court to intervene if the parties fail to reach an agreement within a reasonable period. The court may in fact either end the contract at a date and on terms it determines or adapt the contract in order to distribute the losses and the gains resulting from the change in circumstances between the parties in a just and reasonable manner. It is clear enough that the courts do not make the contract in place of the parties ; however, the courts have very wide powers to find the best solution in the interests of both parties »¹⁸⁹⁰.

Il s'agit d'une faculté pour les parties de saisir le juge afin qu'il modifie les termes de l'accord. Les Principes européens du droit du contrat appréhendent donc la révision judiciaire comme une solution de derniers recours¹⁸⁹¹.

« [D]ans les PDEC, l'ingérence du juge dans le contrat n'est susceptible d'intervenir qu'en cas d'échec avéré de la renégociation conventionnelle. Elle est donc par hypothèse exceptionnelle, mais témoigne de la confiance faite au juge dans ce texte pour dénouer les situations contractuelles de crise et assurer la pérennité du contrat »¹⁸⁹².

Le commentaire précise que « compte tenu du but de l'institution, il doit d'abord chercher à sauver le contrat ». Le juge peut même demander aux parties de tenter à nouveau une renégociation, usant à cet effet de tous les moyens que lui procure la loi normalement

¹⁸⁹⁰ L. ANTONIOLLI, préc., note 448, p. 311.

¹⁸⁹¹ B. FAUVARQUE-COSSON, préc., note 56, 11 (version électronique).

¹⁸⁹² D. MAZEAUD, préc., note 1511, par. 24.

applicable¹⁸⁹³. L'objectif du juge est donc le maintien de la relation contractuelle. Ce n'est qu'en cas d'impossibilité qu'il prononcera la résiliation du contrat.

« Parce qu'elle n'est pas encore universelle, l'admission de la révision judiciaire pour imprévision par les Principes est remarquable. Au fond, elle témoigne que, pour le "législateur européen", le contrat n'est pas seulement la chose des parties, soumis en tant que tel à leur volonté autonome, seule habilitée et apte à anticiper et aménager les risques susceptibles d'intervenir au cours de l'exécution du contrat. De façon beaucoup plus pragmatique et réaliste, les Principes ne sacrifient pas au mythe de la toute-puissance de la volonté et envisagent plus pragmatiquement et plus sereinement le rôle du juge, notamment lorsque la justice et la pérennité contractuelles supposent qu'il s'immisce dans la loi des parties devenue injuste avec le temps »¹⁸⁹⁴.

Les Principes du droit européen du contrat et les Principes d'Unidroit reconnaissent largement la révision judiciaire du contrat, en la permettant en cas d'échec des renégociations. L'Allemagne et la France rejoignent donc ces codifications privées sur le principe de la révision.

Le droit allemand admet de manière assez ouverte l'intrusion du juge dans le contrat. La Cour fédérale allemande en fait même le principe, la résiliation étant réservée au cas d'impossibilité d'adaptation¹⁸⁹⁵, la résiliation ne touchant pas aux prestations des parties et s'effectuant pour l'avenir¹⁸⁹⁶. « *Discharge of contract is accepted only under extraordinary circumstances (ultima ratio), namely where « the continued adherence to the contract, even in a modified form, cannot be demanded [or is 'unconscionable'] »*¹⁸⁹⁷.

L'article 313 du B.G.B. est à rapprocher de l'article 314 du B.G.B.¹⁸⁹⁸, en cas de résiliation, qui prévoit que le contrat à exécution successive puisse être résilié pour des motifs sérieux¹⁸⁹⁹.

¹⁸⁹³ C. WITZ, préc., note 173 à la page 183.

¹⁸⁹⁴ Denis MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat », *D.* 2007.2959, 3 (version électronique).

¹⁸⁹⁵ Le droit allemand parle d'adaptation du contrat et non de révision car l'idée qui sous-tend la notion de *Geschäftsgrundlage* est que le contrat présente une lacune, lacune qu'il est nécessaire compléter. Voir, A. KARAMPATZOS, préc., note 389, 126; B. JALUZOT, préc., note 428, p. 463 et s. : « [e]ncore récemment dans une décision du 7 mai 1997, elle énonçait que : « selon les règles développées par la jurisprudence, par principe, le manque ou la modification du fondement du contrat ne conduit pas à la résolution du contrat mais à une adaptation de son contenu aux circonstances changées de telle manière que les intérêts légitimes des parties soient pris en compte. En raison de la fidélité au contrat et de la sécurité juridique, le contrat est à maintenir dans la mesure du possible ».

¹⁸⁹⁶ A. VENEZIANO, préc., note 1537, 3 (version électronique) précisant que « [l']aspect le plus intéressant est qu'il y a une hiérarchie de remèdes, et la priorité est donnée à l'adaptation du contrat. La résiliation est admise seulement si l'adaptation est impossible ou si l'autre partie ne peut pas s'attendre au maintien du contrat aux conditions modifiées (critère de la *Zumutbarkeit*) ».

¹⁸⁹⁷ A. KARAMPATZOS, préc., note 389, 126 et 133.

¹⁸⁹⁸ « *Termination, for a compelling reason, of contracts for the performance of a continuing obligation : (1)Each party may terminate a contract for the performance of a continuing obligation for a compelling reason without a notice period. There is a compelling reason if the terminating party, taking into account all the circumstances of the*

Le droit allemand reconnaît alors la particularité des contrats à long terme, et permet leur résiliation en cas d'impossibilité d'adaptation¹⁹⁰⁰.

Dans l'arrêt du 13 novembre 1975 concernant les frais liés au transfert d'un joueur de football, la Cour a pris en compte la relation afin de déterminer que le paiement n'était pas dû. Elle a estimé que le joueur ne disposait plus des qualités requises avant le transfert, ce qui impose de faire supporter le risque sur l'ancien club. Elle refuse alors d'adapter le contrat.

En effet, « [c]onsequently already at the time when he changed clubs he lacked the legal prerequisites for being used by a club belonging to the German Football League. Such a player also loses his objective "value" for his original club as a result of an act contrary to the rules of sport. If the defect adhering to the player is only discovered after the contract for a transfer has been concluded, this only discloses that the player had already lost the qualities which rendered him valuable for a club in the German Football League. Such a defect is to be attributed, as a rule, to his old club, for it originated in the latter's sphere. [...] It held that the nature of the obligation of a licensed player towards his club consisted in playing for and not against his club; accordingly it has placed the burden of the risk of any violation of this obligation upon the club that employed him, even if the player migrates to another club later on. The Court of appeal has rightly placed the risk upon the defendant as being the club which is "more closely involved", having regard to the circumstances of the case, than the plaintiff. [...] The Court of Appeal has observed these principles. It has held that a modification of the contract is excluded because the counter-performance of the defendant in releasing the player W prematurely was worthless in practice and, in particular, because an apportionment of the financial damage among both parties was ruled out in view of the obvious distribution of the risk »¹⁹⁰¹.

La partie subissant le changement de circonstances doit demander devant les juridictions l'adaptation du contrat, elle n'est pas automatique¹⁹⁰².

specific case and weighing the interests of both parties, cannot reasonably be expected to continue the contractual relationship until the agreed end or until the expiry of a notice period. (2) If the compelling reason consists in the breach of a duty under the contract, the contract may be terminated only after the expiry without result of a period specified for relief or after a warning notice without result. Section 323 (2) number 1 und 2 applies, with the necessary modifications, as regards the dispensability of specifying a period for such relief and as regards the dispensability of a warning notice. Specifying a period for relief and issuing a warning notice can also be dispensed with if special circumstances are given which, when the interests of both parties are weighed, justify immediate termination. (3) The person entitled may give notice only within a reasonable period after obtaining knowledge of the reason for termination. (4) The right to demand damages is not excluded by the termination ».

¹⁸⁹⁹ H. RÖSLER, préc., note 1553, 490 : « the disadvantaged party can, as a remedy of last resort, terminate the contract retroactively in accordance with the law on termination in par. 346 et seq. BGB (Rücktrittsrechts). In the case of a contract for the performance of a continuing obligation such a declaration of termination is only possible with ex nunc effect (par. 314 BGB) ».

¹⁹⁰⁰ L. A. DiMATTEO, préc., note 476, 265 : « [s]ection 313 (1) is complimented by the BGB's recognition of the particular role that a disturbance to the contractual foundation or contractual equilibrium in the case of long term contractual relationships. Section 313 (1) and Section 314 [...] allow for the right of termination in such relationships based upon "substantial ground". [...] The issue of contractual disequilibrium or hardship is often more pronounced in long-term contracts and the BGB provides a specific provision (Section 314) that recognizes the uniqueness of long-term contractual relationships, unlike the common law ».

¹⁹⁰¹ B.G.H. N.J.W., préc., note 1579.

¹⁹⁰² P. RIDDER et P. WELLER, préc., note 1560, 385 et s. : « [s]ubsection 1 states that adaptation of the contract can be demanded. The aggrieved party gets a claim for adjustment, it does not happen automatically and de iure. However, to simplify the process, the debtor can directly be sued for an already adjusted performance. The

L'article 1195 nouveau du Code civil laisse également la possibilité au juge d'adapter le contenu du contrat. Il précise que le juge « peut [...] réviser le contrat », ce qui signifie qu'il s'agit d'une faculté pour le juge. Cependant, cet article pourrait également être interprété comme laissant au juge la possibilité de choisir entre l'adaptation ou la résolution. Dans le cas d'une demande exclusive d'adaptation, et sans demande reconventionnelle de résolution, le juge pourra-t-il mettre fin au contrat?¹⁹⁰³ Il dispose donc de nombreux moyens afin de résoudre le problème lié au changement de circonstances¹⁹⁰⁴.

« En consacrant un pouvoir judiciaire de révision pour imprévision, l'ordonnance innove au regard de l'avant-projet. Ce pouvoir étant assez certainement supplétif, cette surprise de dernière minute aura une portée limitée »¹⁹⁰⁵.

De la même manière, le projet Terré prévoyait également la possibilité pour le juge d'adapter le contenu contractuel au changement de circonstances¹⁹⁰⁶.

« Lorsque le juge se voit accorder un pouvoir de révision qui vise à instaurer l'équilibre voulu par les parties, que des circonstances extérieures ont remis en cause, il contribue à servir le contrat. Il en assure également la pérennité là où la résiliation n'a assurément pas d'intérêt économique »¹⁹⁰⁷.

La révision judiciaire semble donc être reconnue de manière large par les codifications privées et certains droits nationaux. Les critiques concernant ce mécanisme n'ont pas empêché sa reconnaissance, notamment à l'article 1195 nouveau du Code civil.

2. L'adaptation judiciaire soumise à conditions

Le Draft Common Frame of Reference admet également la révision judiciaire. En effet, après avoir rappelé le principe de la force obligatoire des conventions, l'article III — 1 : 110 prévoit

contract will have to be adapted just to that equitable results are reached again, no further and no less adjustment can be imposed. The original equivalence of the contractual obligations is to be reinstated ».

¹⁹⁰³ T. REVET, préc., note 61, 8 (version électronique): « [m]ais que se passera-t-il quand une parties n'aura saisi le juge que d'une demande de révision ? L'autre partie pourra toujours formuler une demande reconventionnelle de résolution, mais si elle ne le fait pas, le juge pourra-t-il, néanmoins, prononcer la résolution ? Le principe du dispositif suggère une réponse négative (CPC, art. 4, al. 1er), mais le second argument [choix entre adaptation et résiliation] pourrait nuancer cette solution ».

¹⁹⁰⁴ Jacques MESTRE, « Le bonheur contractuel ! », *A.J. Aff. - Concurr. - Distrib.* 2016.105 : « [e]lle introduit aussi la révision du contrat pour imprévision en incitant les parties à renégocier elles-mêmes, par la menace de l'intervention éventuelle d'un juge qui a finalement reçu le pouvoir, à la différence de ce que prévoyait le projet d'ordonnance, d'adapter le contrat au changement de circonstances ».

¹⁹⁰⁵ P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 1446, 1 (version électronique) précisant également, p. 4 : « l'ordonnance accorde au juge le pouvoir extraordinaire de maintenir les parties dans les liens d'un contrat dont il aura réécrit les termes. En cela, le texte s'affranchit de la timidité qu'on avait reproché au projet Catala sur ce sujet et rejoint l'audace à laquelle communiaient les trois projets savants ».

¹⁹⁰⁶ P. DUPICHOT, préc., note 1443 à la page 74.

¹⁹⁰⁷ N. MOLFESSIS, préc., note 1475.

la révision judiciaire ou l'anéantissement du contrat en cas de changement de circonstances. Cependant, l'intervention du juge apparaît être soumise à un régime particulièrement restrictif.

« D'abord, l'ingérence salvatrice du juge suppose que le débiteur ait, au préalable, accepté de renégocier loyalement les termes de l'obligation. Curieuse condition quand on sait qu'en principe, c'est plutôt la réticence du créancier qui devra être "vaincue" dans un tel cas de figure... Ensuite, la révision ou la résiliation de l'obligation sont exclues si le débiteur avait expressément assumé les risques inhérents au changement de circonstance ou, et la précision est évidemment de taille, s'il avait pu raisonnablement les assumer. On mesure l'obstacle potentiel qui pourrait dresser une telle condition à l'immixtion du juge dans le rapport obligatoire. Enfin, ultime marque d'hostilité à l'égard du juge, son intervention en cas de changement de circonstances est impossible lorsque le débiteur pouvait "raisonnablement prendre en compte la possibilité et l'importance du changement de circonstances". Autant dire que le comportement, le profil et la personnalité du débiteur, victime d'un changement de circonstances, seront scrutés avec beaucoup de rigueur, avant d'autoriser le juge à distendre ou dénouer le lien obligatoire »¹⁹⁰⁸.

Le Draft Common Frame of Reference prévoit donc une révision judiciaire d'une « obligation » plutôt modeste, et particulièrement limitée¹⁹⁰⁹. Le Draft common frame of reference semble restrictif quant à l'intervention du juge dans le contrat.

Le juge dispose donc, une fois l'adaptation admise, de nombreux moyens pour adapter le contrat, ce qui suppose une transformation de sa fonction.

B. Critique de la reconnaissance de l'adaptation judiciaire

L'adaptation judiciaire du contrat reste un remède particulièrement controversé. Aucune hiérarchie, outre quelques exceptions, entre les interventions du juge dans le contrat ne semble être textuellement précisée (1). En outre, l'adaptation judiciaire a pour conséquence une modification du rôle du juge. En effet, aucun comportement n'est à sanctionner en cas de changement de circonstances. Sa fonction se transforme d'un juge sanctionnateur à un juge conciliateur (2).

¹⁹⁰⁸ D. MAZEAUD, préc., note 1511, par. 26.

¹⁹⁰⁹ P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 1446, 2 (version électronique) : « [i]l y mettait cependant sept conditions. Il fallait d'abord la survenance d'un changement exceptionnel de circonstances (1), que le débiteur n'avait ni ne pouvait raisonnablement avoir anticipé (2) et dont il n'avait apparemment pas couru le risque (3). Il fallait ensuite qu'en raison de ce changement (4, causalité), l'exécution devienne si onéreuse (5) qu'il serait « manifestement injuste » d'y tenir le débiteur (6). Et il fallait, enfin, que le débiteur ait préalablement tenté d'obtenir de son cocontractant une modification négociée de l'obligation litigieuse (7). Une fois ces sept conditions satisfaites, le pouvoir du juge s'ouvrait, tout en étant canalisé par une directive. Il était seulement question pour lui de réviser l'obligation « en vue de la rendre raisonnable et équitable dans les nouvelles circonstances ». Alternativement, le juge pouvait « mettre fin à l'obligation à une date et aux conditions qu'il détermine' ».

1. L'absence textuelle de hiérarchie des interventions judiciaires

Il peut apparaître difficile de déterminer une hiérarchie entre l'adaptation judiciaire du contrat et la résiliation judiciaire. Par exemple, l'article 1195 nouveau du Code civil prévoit que le juge peut réviser le contrat ou y mettre fin. Aucun des deux remèdes ne semble donc primer sur l'autre.

« Les pouvoirs du juge sont doubles : il “peut [...] réviser le contrat ou y mettre fin”. Entre les deux, le choix lui appartient sans doute. L'emploi du verbe “pouvoir”, de préférence à l'usage de l'indicatif, rapporté à la conjonction “ou” conduit à mettre le choix de la mesure dans sa main »¹⁹¹⁰.

De la même manière, dans les Principes d'Unidroit, le juge a le choix du remède. Il se déterminera en fonction d'un critère de raisonabilité. En effet, l'article 6.2.3 prévoit que « [l]e tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime raisonnable: a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ; ou b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations ». Le juge choisira alors le remède le plus adapté à la situation, et pourra prendre en compte la relation contractuelle afin de déterminer s'il doit adapter ou résilier le contrat. « En revanche, si le juge a reconnu qu'il y avait bien un cas d'imprévision, on voit mal qu'il puisse ne rien décider. L'exercice par le juge de son pouvoir lui est vraisemblablement un devoir, même s'il a le choix de la forme sous laquelle il s'exprimera »¹⁹¹¹. Cependant, les textes précisent bien qu'il s'agit d'une possibilité pour le juge, qui pourra également décider que ni l'adaptation ni la résiliation ne permettent de remédier à la situation, et laissera le contrat perdurer.

Les Principes européens du droit du contrat reprennent les mêmes tournures, en précisant qu'en cas d'échec des négociations, les parties peuvent saisir la Cour. « Comme les PECL, le DCFR ne donne pas la priorité à l'une ou à l'autre solution : le choix est remis au juge »¹⁹¹². Cependant, l'adaptation judiciaire semble primer sur la résiliation.

Seul le droit allemand semble donner la priorité à l'adaptation judiciaire. En effet, « [l]a Cour Fédérale de Justice rappelle constamment que l'extinction de la relation contractuelle n'est pas la sanction normale de la disparition du fondement du contrat, elle ne peut intervenir

¹⁹¹⁰ *Id.*, 9 (version électronique).

¹⁹¹¹ *Id.*

¹⁹¹² A. VENEZIANO, préc., note 1537, 5 (version électronique).

qu'exceptionnellement»¹⁹¹³, comme le rappelle la décision du 31 janvier 1967. En outre, « BGB 313 [...] indicates that the preferred form of relief is adaptation or reformation. The rationale here is that unlike impossibility or force majeure, performance is still possible and, therefore, an adaptation that preserves the contract and the contractual relationship is the best option »¹⁹¹⁴.

Ainsi, en droit allemand, la résiliation judiciaire ne sera prononcée que si l'adaptation des termes de l'engagement est impossible ou injuste¹⁹¹⁵. Il y a donc primauté de la révision sur la résiliation.

« Ceci provient du para 242 BGB, selon lequel la considération de la bonne foi doit être la directive suprême de débiteur. Une étape aussi lourde de sens que la libération d'un contrat de longue durée en raison d'une modification des circonstances, indépendante de la volonté des deux parties, ne doit pas être franchie sans que soit offert au cocontractant l'occasion de s'adapter à la nouvelle situation »¹⁹¹⁶.

Même si les Principes Unidroit ne proposent pas de graduation des remèdes, il peut apparaître que l'adaptation est privilégiée par rapport à la résiliation¹⁹¹⁷.

« The more complicated question is which of these remedies the court should give preference to. The commentary of the PECL explicitly states that the primary aim should be to preserve the contract. However, the commentary of the UNIDROIT Principles does not clearly establish such preference. Nevertheless, a systemic analysis of the UNIDROIT Principles demonstrates that favor contractus is one of the most important principles at the foundation of this unified contract law instrument. The UNIDROIT Principles contain many provisions which are aimed at preserving contractual relationships, and a hardship by its legal nature undoubtedly falls within the category of such provisions. Such interpretation was also confirmed in the legal doctrine prepared by professor Bonell, who was the Chairman of the Working Group for the preparation of the first edition of the UNIDROIT Principles »¹⁹¹⁸.

Malgré l'absence apparente de hiérarchisation entre les différents remèdes proposés, il semble que la règle *favor contractus* sous-entende que l'adaptation du contrat doive être privilégiée.

¹⁹¹³ B. JALUZOT, préc., note 428, p. 468.

¹⁹¹⁴ L. A. DiMATTEO, préc., note 476, 263.

¹⁹¹⁵ B. JALUZOT, préc., note 428, p. 470 : « [u]ne telle sanction peut aussi être accordée lorsque l'adaptation du contrat ne permet pas d'atteindre une solution juste, eu égard aux intérêts des parties ».

¹⁹¹⁶ *Id.*, p. 469 et s.

¹⁹¹⁷ B. FAUVARQUE-COSSON, préc., note 56, 11 (version électronique) : « [i]l aurait été plus logique d'inverser les termes de l'alinéa 3 et d'établir, comme y invite du reste le commentaire des principes, une hiérarchie entre l'adaptation d'abord, la résiliation judiciaire ensuite, étant précisé qu'adapter le contrat ne signifie pas le réécrire entièrement et que le pouvoir d'adaptation du juge cesse lorsque les modifications engendrent un nouveau contrat ».

¹⁹¹⁸ E. BARANAUSKAS et P. ZAPOLSKIS, préc., note 401, 2010.

« The official comments of the PECL and DCFR add that in the case of contractual obligations this entails reestablishing the contractual balance 'by ensuring that any extra costs caused by the unforeseen circumstances are borne fairly by the parties. They should not be placed solely on one of them »¹⁹¹⁹.

La résiliation et l'adaptation ne semblent donc pas hiérarchisées, le juge déterminant quel remède est le plus propice à la situation des contractants, même si l'adaptation est privilégiée dans certains droits et instruments¹⁹²⁰. L'admission de la révision pour imprévision a également pour conséquence de modifier le rôle du juge.

2. La modification du rôle du juge : entre sanction et conciliation

En cas d'échec de la renégociation, les parties peuvent faire appel au juge, soit pour adapter le contrat, soit pour le résilier. L'intervention du juge dans le contrat est généralement considérée comme le dernier recours, le dernier moyen de mettre fin à la discorde entre les partenaires. En outre, la révision ou l'adaptation judiciaire des termes de l'engagement ou la résiliation judiciaire est également perçue comme un incitatif pour les contractants afin de trouver un accord conventionnel préalable, lors de leur renégociation. « La perspective d'une révision judiciaire incite les parties à renégocier leur contrat »¹⁹²¹. Elle serait alors considérée comme la sanction du refus de renégocier ou de l'absence de modification des termes de l'engagement.

¹⁹¹⁹ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1325, 262.

¹⁹²⁰ B. CAVALIÉ, préc., note 1735, 3 (version électronique) : « [r]évision et résiliation ne s'oppose donc pas, mais se complètent : le législateur espère que la menace de résiliation incitera le bénéficiaire de l'imprévision à proposer un rééquilibrage raisonnable des prestations ; une telle proposition est, en tout cas, s'il tient à la survie de la convention, le seul moyen pour lui d'en éviter l'anéantissement ».

¹⁹²¹ D. TALLON, préc., note 259 à la page 411; M. LATINA, préc., note 1792 : « [d]ans l'esprit de l'ordonnance, la menace d'une résiliation judiciaire doit inciter celui qui profite des circonstances à renégocier sous peine pour lui de perdre le contrat, et le bénéfice qu'il pouvait en retirer »; R. CABRILLAC, préc., note 1437, 3 (version électronique) : « [o]n peut espérer que la menace de la disparition du contrat puisse constituer un moyen de pression efficace sur le contractant bénéficiaire du déséquilibre afin qu'il accepte des concessions au profit de son partenaire »; J.-D. PELLIER, préc., note 1441, 4 (version électronique) : « le partenaire sera peut être incité à renégocier sous peine de s'exposer à une révision voire à une mise à mort du contrat »; Clément COUSIN, Hélène GUIZIOU, Marie LEVENEUR-AZÉMAR, Benjamin MORON-PUECH et Anne STÉVIGNON, « Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *D.* 2015.1115, 4 (version électronique) : « Le rôle du juge est, en réalité, très subsidiaire, il sert davantage d'épouvantail pour inciter les parties à renégocier leur contrat en amont de toute procédure judiciaire »; P. DUPICHOT, préc., note 1443 à la page 78; A. VENEZIANO, préc., note 1537, 4 (version électronique) : « on doit souligner l'importance de l'existence d'une règle pareille, laquelle peut produire l'effet de pousser les parties à trouver un accord dans le but d'éviter l'intervention du juge »; H. BOUTHINON-DUMAS, préc., note 28, 371 : « [t]outefois, l'admission de la révision pour imprévision pour les contrats relationnels ne saurait se limiter au seul devoir de renégociation pour les parties. Ce qui peut donner une effectivité à la renégociation, c'est en réalité la perspective d'une révision judiciaire en cas d'échec imputable à la partie qui ne souhaite plus maintenir la relation ».

Il est également possible de considérer que l'intervention du juge dans le contrat permet d'éviter les comportements opportunistes, notamment lorsque l'un des partenaires ne souhaite plus maintenir la relation et fait obstacle à toute entente lors des renégociations. D'un autre côté, l'intervention du juge dans le contrat pourrait laisser penser à la partie victime du changement de circonstances qu'elle pourrait obtenir de plus grande concession de la part de son cocontractant¹⁹²². La perspective d'une adaptation judiciaire de l'accord peut donc apparaître comme une sanction de l'absence de consensus lors de la phase de renégociation.

« Ce qui m'intéresse, ce sont ses conséquences sur le comportement des parties. Si l'on admet le principe d'une intervention judiciaire favorable au débiteur, sa simple possibilité constitue pour le créancier une menace de nature à le conduire à la table des négociations ; de plus, l'incertitude entourant l'intensité de l'intervention judiciaire qu'engendre l'imprécision de l'article 136 peut également dissuader le créancier de s'en remettre à la discrétion du juge ; enfin, la perspective de la durée et du coût d'un procès milite dans le même sens. Les parties seraient ainsi incitées à la renégociation. On pourrait considérer que l'article a moins vocation à s'appliquer qu'à inciter les parties à corriger par elles-mêmes (sinon d'elles-mêmes) l'excessive onérosité. La seule existence de l'article 136 permettrait d'assurer la justice en rétablissant l'équilibre des prestations »¹⁹²³.

La possibilité d'une intervention du juge est, de l'avis majoritaire de la doctrine, un incitatif pour les contractants à déterminer les modifications devant être apportées à leur accord.

L'un des arguments défavorables à l'adaptation judiciaire du contrat vient du fait que les juges ne seraient pas capables de rééquilibrer le contrat.

En effet, « *nothing in their prior training as lawyers or their experience in direct- ing litigation and giving coherence to its results will qualify them to invent viable new designs for dis- rupted enterprises, now gone awry, that the persons most concerned had tried to construct but without success* »¹⁹²⁴.

Seuls les contractants seraient capables d'ajuster leur engagement, principalement dans les contrats complexes¹⁹²⁵. Cependant, certains ajustements ne nécessitent pas de compétence particulière, notamment lorsque le juge décidera de changer le lieu de livraison des marchandises par exemple. En outre, les Principes du droit européen du contrat ont émis la réserve de la réécriture du contrat par le juge. Ce dernier ne peut pas se substituer aux parties,

¹⁹²² G. ROUHETTE, préc., note 1700, 6 et s. (version électronique).

¹⁹²³ *Id.*

¹⁹²⁴ John P. DAWSON, « Judicial Revision of Frustrated Contracts: The United-States », (1984) 64 *BUL Rev* 1, 37.

¹⁹²⁵ Denis MAZEAUD, « La réforme du droit français des contrats », (2010) 44-1 *R.J.T.* 243, 249 : « [e]n soumettant la révision judiciaire à l'accord des contractants, l'avant-projet reflète parfaitement les idées traditionnelles qui irriguent le modèle contractuel français. D'une part, l'idée selon laquelle le contrat étant la chose des parties, lesquelles restent a priori les mieux placées pour mesurer et défendre leurs intérêts, la liberté contractuelle est, via des clauses d'adaptation et de révision, le remède efficace et suffisant à l'imprévision. D'autre part, l'idée selon laquelle l'ingérence du juge dans le contrat est donc toujours envisagée, quelle que soient les circonstances, comme étant la source d'une insécurité contractuelle et d'une instabilité économique chronique ».

ce qui suppose qu'il ne peut pas changer la nature du contrat par exemple. Seul ce qui concerne les éléments principaux du contrat peut poser problème, mais là encore, les parties ne sont pas absentes du procès et guideront le juge afin de satisfaire à sa mission.

En outre, la décision juridictionnelle de modification de la convention semble difficilement qualifiable et son statut juridique semble alors poser de grande difficulté.

« Comme Louis Thibierge l'avait relevé dans sa thèse, la décision judiciaire modifiant le contrat est un objet juridique un peu étrange au plan technique. Le juge dit-il le droit quand il retouche un contrat ? On peut sans doute l'admettre, comme on l'admet quand le juge révisé un honoraire manifestement excessif, une clause pénale ou fixe un délai de préavis. Le particularisme de la révision pour imprévision est que la décision de justice s'intègre dans un contrat qui va se poursuivre, vraisemblablement pour des années. Quelle est la nature de l'obligation révisée ? Est-elle judiciaire ou encore conventionnelle ? Les parties sont-elles, par exemple, libres de l'amender par avenant ? Quelle est sa prescription ? Pourra-t-on revenir devant le juge si le marché se retourne à nouveau, retrouvant son état initialement prévisible ? Ces questions convoquent l'effet substantiel des décisions de justice sur les obligations, qui est une question technique délicate. Mais au-delà de cet aspect, le juge a-t-il la culture de métier lui permettant d'apprécier l'opportunité de ce qui ressemblera à une décision de gestion ? Passé un certain niveau de spécialité, beaucoup en doutent, à commencer par les magistrats eux-mêmes, et le recours à l'expertise serait un médiocre palliatif à l'inexpérience du juge, eu égard à ses délais et à son coût »¹⁹²⁶.

Cependant, les Principes d'Unidroit, dans leurs travaux préparatoires, avaient également envisagé certaines situations, et notamment celle d'une seconde modification de l'environnement contractuel. La survenance d'un nouveau déséquilibre suite à un second bouleversement des circonstances ou à la restauration des circonstances initiales, devrait permettre d'appliquer de nouveau le mécanisme des changements de circonstances.

En effet, « *it does not seem to be necessary to elaborate a clause for the case of realteration of circumstances. If this happens after a decision on the original hardship has been rendered this case is to be dealt as a new hardship. Given the rather general hardship clause as proposed it seems to be too easy to foresee mainly restorage of the original contract [...]. This may be justified where the hardship clause is tailored to more specified cases* »¹⁹²⁷.

En ce qui concerne l'argument selon lequel la révision serait considérée comme « moralement souhaitable, mais économiquement dangereuse »¹⁹²⁸, les différentes juridictions admettant l'adaptation du contrat en cas de changement de circonstances ont été parcimonieuses dans l'utilisation d'un tel pouvoir. En effet, elles ont pris en compte le fait que les changements de circonstances étaient un phénomène exceptionnel et ont montré une certaine réticence à les reconnaître. En outre, les Cours ont déjà certains pouvoirs pour intervenir dans le contrat, que

¹⁹²⁶ P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 1446, 5 (version électronique).

¹⁹²⁷ D. MASKOW, préc., note 1492, p. 13.

¹⁹²⁸ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, préc., note 14, par. 406.

l'on pense aux clauses pénales ou encore aux procédures de surendettement. Dans chacun de ces cas, les juridictions adaptent le contrat, et une obligation de motivation en cas de modification leur est imposée par la Cour de cassation. En matière de changement de circonstances, le juge interviendrait donc comme conciliateur.

L'adaptation judiciaire et la confiance, plus ou moins grande, renouvelée dans la fonction juridictionnelle modifient également le rôle du juge. En effet, « il témoigne d'une modification du rôle du juge qui consisterait à faciliter les contrats et non à les censurer »¹⁹²⁹.

Le juge n'apparaît alors plus seulement comme devant trancher un conflit, mais comme conciliateur des partenaires, afin de maintenir leur relation. Il acquiert alors le pouvoir d'adapter le contrat en considération du déséquilibre survenu sans faute de la part de l'un ou l'autre des contractants. Il y a autant un objectif relationnel, la pérennisation de la relation, qu'un objectif économique, la réalisation de l'opération projetée. Se fondant sur la relation contractuelle, dans une approche globale du lien, le juge palliera les imperfections, sans forcément prendre en compte la volonté des parties, puisqu'elles ne semblent rien avoir voulu.

« Le juge y apparaît comme un auxiliaire actif des parties, doté du pouvoir de compléter, voire de corriger la convention afin d'assurer la réalisation de l'opération projetée. Prétendre respecter la volonté des parties dans ces hypothèses est un leurre, puisque ce sont les termes mêmes de la convention qui en compromettent la réalisation. En réalité, le juge refait le contrat, contre la volonté de l'un des contractants au moins »¹⁹³⁰.

Au-delà de devenir le conciliateur des contractants, le juge devient également le gardien du contrat et de la relation contractuelle. L'adaptation des termes de l'accord permet alors de le maintenir et de permettre à chacun des partenaires d'obtenir les bénéfices escomptés initialement. En effet, en cas de résiliation du contrat, les deux contractants doivent subir le risque d'imprévision puisque le défendeur devra conclure un nouvel accord au prix du marché et le demandeur ne bénéficiera pas du contrat. De la même manière, en cas de disparition de l'objectif du contrat, c'est le partenaire subissant le changement de circonstances qui en assumera complètement le risque, puisqu'il devra, lui aussi, remédier seul à la situation. L'adaptation permet donc un sauvetage du contrat et des contractants.

« Tant qu'elle est possible, à défaut de renégociation, l'adaptation est en effet une solution permettant de préserver un équilibre entre les parties. Elle n'est ainsi pas sans intérêt pour celui qui profite de

¹⁹²⁹ G. ROUHETTE, préc., note 1700, 6 (version électronique).

¹⁹³⁰ É. SAVAUX, préc., note 1780, 8 (version électronique).

l'imprévision. Une fois le contrat anéanti, ce dernier devra en effet contracter avec un tiers au prix du marché ; il supportera alors totalement l'aléa attaché au changement de circonstances. Avec plus de souplesse, l'adaptation judiciaire permet de répartir la charge de l'évènement imprévu entre les parties : ni le débiteur (c'est l'intérêt de la théorie de l'imprévision), ni le créancier (ce serait le résultat de l'anéantissement du contrat) ne supporte seul le poids de la modification des circonstances »¹⁹³¹.

Enfin, admettre la révision pour imprévision revient à reconnaître la phase d'exécution du contrat et permettre au juge, de la même manière que pour la période de formation, d'intervenir en cas de difficulté. L'objectif des contrats relationnels est de perdurer dans le temps, la durée en étant un critère, de même que leur incomplétude. Pour ce faire, des aménagements en cours d'exécution sont nécessaires et primordiaux. La phase d'exécution doit donc être pleinement reconnue, ce que permettent les mécanismes de révision judiciaire, surtout lorsque le changement n'a pas pu être raisonnablement envisagé par les parties.

« En examinant la théorie de l'imprévision à la lumière des contrats relationnels, il est possible de mettre en évidence les exigences propres de ces contrats : leur vocation à perdurer. Cela permet d'exclure un grand nombre des mécanismes juridiques envisagés pour introduire la révision pour imprévision. En effet, toute technique qui aboutit à l'anéantissement du contrat ne saurait être considérée comme pleinement satisfaisante dans le cas des contrats relationnels. Plutôt que de rechercher l'annulation du contrat par exemple, à travers une quête de vices du consentement constitutifs de l'imprévision par exemple, il est préférable d'examiner la théorie de l'imprévision comme un problème relevant de l'exécution et non de la formation du contrat »¹⁹³².

La révision judiciaire du contrat n'apparaît donc pas comme un mécanisme arbitraire, laissé entre les mains d'un juge incompetent, et contrevenant à la liberté contractuelle. Elle apparaît, en cas d'échec des négociations, comme le seul moyen de préserver la valeur de la relation et de l'opération économique. Limité la révision judiciaire aux contrats relationnels permet également de limiter l'interventionnisme du juge dans les contrats spécifiquement prévus pour durée, dans lesquels une coopération entre les partenaires a déjà été réalisée et pour lesquels la flexibilité doit être privilégiée.

« On le constate, dans ces textes européens et internationaux, en cas d'échec de la renégociation conventionnelle du contrat, la résiliation ou la révision judiciaire sont prévues, solutions qui témoignent de la confiance placée dans le juge en matière contractuelle. Par ailleurs, l'idée de faveur pour le contrat ressort assez nettement de ces règles : alors même qu'il est profondément déséquilibré et que sa pérennité est donc menacée, en raison de la situation inextricable dans laquelle le changement de circonstances place un des contractants, les règles européennes et internationales favorisent le maintien du contrat, en autorisant, en cas d'échec de la renégociation conventionnelle, sa révision judiciaire. En définitive, la révision judiciaire du contrat est admise parce qu'elle constitue, en situation de crise

¹⁹³¹ P. ANCEL et al., préc., note 1455, 8 (version électronique).

¹⁹³² H. BOUTHINON-DUMAS, préc., note 28, 344.

contractuelle grave, la seule alternative à l'inexécution du contrat, à sa rupture, et le seul remède propre à sauvegarder le contrat, à assurer sa pérennité »¹⁹³³.

Les juges, en adaptant le contrat, sont particulièrement attentifs à l'équilibre de la convention, et n'usent de leur pouvoir qu'avec discrétion.

Section 2 — Méthode de révision judiciaire

De nombreuses critiques ont été formulées à l'encontre de la révision judiciaire. Cependant, l'opportunité d'un tel remède n'est plus mise en doute. Toutefois, de nouvelles critiques sont apparues concernant les limites au pouvoir d'adaptation du juge (Paragraphe 1). Un aperçu de l'adaptation en droit étranger semble toutefois remettre en cause le fondement de telles critiques (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 — Critiques des moyens d'adaptation judiciaire

Certains auteurs ont considéré dangereux le fait que le pouvoir d'adaptation du juge ne soit pas limité, principalement à l'article 1195 nouveau du Code civil (A). Cependant, certains critères ont été proposés, notamment par la doctrine américaine, qui n'apparaissent pas être d'une grande aide (B).

A. Une absence de limitation des pouvoirs d'adaptation

« Si on permettait au juge une révision du contrat, suite à une renégociation par les parties restée infructueuse, alors il faudrait encadrer, borner, limiter son intervention par des lignes directrices »¹⁹³⁴. Les codifications privées ont émis certaines limites à l'intervention du juge dans le contrat. Cependant, ces dernières restent floues (1). D'autres droits ont préféré laisser une entière liberté au juge (2).

¹⁹³³ D. MAZEAUD, préc., note 1721, par. 15.

¹⁹³⁴ Voir, EDEL, préc., note 1203, p. 103.

1. Des limites floues au pouvoir d'adaptation judiciaire

Le projet Terré prévoyait que l'adaptation devait se faire « en considération des attentes légitimes des parties ». Même si cette disposition pouvait porter à interprétation, elle avait le mérite, d'après certains commentateurs, de donner des indications au juge afin de limiter son pouvoir de révision¹⁹³⁵.

De la même manière, les Principes du droit européen du contrat précisent que la révision judiciaire du contrat doit permettre de « distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances »¹⁹³⁶ lorsque l'exécution est devenue particulièrement onéreuse pour l'une d'elles¹⁹³⁷. Là encore, il a été estimé que le juge était limité et guidé dans son pouvoir de révision, même si la référence à l'équité en faisait un critère plutôt flou. Elle apparaît, en tout cas, plus restreinte que l'adaptation en fonction des attentes légitimes des parties, insistant sur les pertes et profits, donc sur un critère financier.

En outre, les Principes du droit européen du contrat imposent qu'il y ait un lien de causalité entre les pertes et profits et l'onérosité excessive¹⁹³⁸. L'adaptation du contrat n'est qu'une possibilité pour le juge, qui peut toujours le laisser perdurer ou y mettre fin. Il s'agit alors d'un mécanisme de dernier recours, lorsque les procédures amiables n'ont pas abouti.

« La directive donnée au juge pour l'adaptation du contrat n'est pas la même que dans les textes d'harmonisation précités : plutôt que de rétablir l'équilibre des prestations ou de distribuer équitablement entre les parties les pertes et les profits qui résultent du changement des circonstances... »¹⁹³⁹.

Dans les Principes du droit européen du contrat, les commentaires précisent que le juge peut, pour adapter les termes du contrat, considérer les propositions faites par les parties. Cependant, ceci reste une option, et il pourra décider de ne pas les prendre en considération

¹⁹³⁵ P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 1446, 9 et s. (version électronique) : « [l']idée semble inviter à se guider sur l'intention des parties, mais faut-il l'apprécier à la date de formation du contrat ou selon ses fluctuations ? En outre, le pluriel étant plus vraisemblablement distributif que cumulatif, le champ ouvert à la révision pour le moins vaste ».

¹⁹³⁶ G. ROUHETTE, I. de LAMBERTERIE, D. TALLON et C. WITZ, préc., note 71, p. 284.

¹⁹³⁷ D. MAZEAUD, préc., note 1249 à la page 237, précisant que « si l'on étudie les textes qui, à plus ou moins long terme, auront peut être vocation à régir le droit des contrats en France et en Europe, on réalise que le rôle du juge en matière contractuelle est envisagé de façon beaucoup plus dynamique et optimiste qu'il ne l'est aujourd'hui par la doctrine française classique ».

¹⁹³⁸ P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 1446, 10 (version électronique).

¹⁹³⁹ É. SAVAUX, préc., note 1780, 7 (version électronique).

s'il estime que la proposition revient à faire supporter toute ou la presque totalité de la charge liée au changement de circonstances à l'autre partie. En outre, le commentaire précise que le juge peut allonger la période de temps laissé pour l'exécution, augmenter ou réduire le prix ou les quantités indiquées au contrat. Il peut également imposer une compensation¹⁹⁴⁰.

La limitation aux pouvoirs discrétionnaires du juge est la prohibition qui lui est faite de réécrire le contrat¹⁹⁴¹, comme le précisent les Principes du droit européen du contrat¹⁹⁴². « *Therefore, any modification of the contract terms cannot in any case result in a new and completely different contract being imposed on the parties, e.g. changing the subject-matter of the contract or imposing a new and completely different obligation for one party* »¹⁹⁴³.

Si le juge ne peut pas adapter le contrat, il pourra alors y mettre un terme. « *It is obvious that if the parties fail to agree on a change to the contract, the resulting difficulties will usually be such that the court will end up declaring the contract ended* »¹⁹⁴⁴.

Dans le même état d'esprit, les Principes d'Unidroit imposent au juge de « rétablir l'équilibre des prestations »¹⁹⁴⁵. Le commentaire associé précise qu'il s'agit d'une « juste répartition des pertes entre les parties ». Le juge doit ici essayer de distribuer équitablement les pertes entre les contractants, sans pour autant chercher un équilibre parfait. En effet, il doit également tenir compte des risques assumés par l'une des parties ou encore de l'utilité de l'exécution pour le partenaire¹⁹⁴⁶. Les Principes d'Unidroit envisagent également que l'autorité judiciaire puisse, selon la nature du hardship, adapter le prix prévu. Il est à noter que le juge n'a aucune obligation de mettre fin ou d'adapter le contrat. Il ne le fera que s'il l'estime raisonnable. Il peut, en effet, estimer que les termes de l'accord initial suffisent.

En outre, les juges ont également l'obligation de partager les pertes liées à la survenance ou aux conséquences de l'évènement entre les parties, afin de permettre au contractant subissant

¹⁹⁴⁰ O. LANDO et H. G. BEALE, préc., note 16, p. 327.

¹⁹⁴¹ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1325, 262 : « [a] further restriction to the powers of the courts is the prohibition on redrafting the entire contract or changing its nature. Therefore, any modification of the contractual terms cannot in any case result in a new and completely different contract being imposed on the parties, e.g. changing the subject-matter of the contract or imposing a new and completely different obligation for one party ».

¹⁹⁴² O. LANDO et H. G. BEALE, préc., note 16, p. 327 : « For example, in illustration 4 the court could not impose requirements which would in effect force the electricity producer to change its plant to burn oil instead of coal ».

¹⁹⁴³ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 253.

¹⁹⁴⁴ O. LANDO et H. G. BEALE, préc., note 16, p. 327.

¹⁹⁴⁵ Article 6.2.3 (4) (a).

¹⁹⁴⁶ Principes Unidroit, article 6.2.3, cmt 7.

le changement de circonstances d'exécuter ses obligations. Il ne s'agit pas pour le juge de trouver un équilibre parfait, celui voulu par les contractants lors de la conclusion du contrat, mais de limiter l'excessivité résultant du changement des circonstances.

Les Draft Common Frame of Reference envisagent la révision sur la base du raisonnable et de l'équité. En effet, les juges doivent « rendre "l'obligation" devenue excessivement onéreuse "raisonnable et équitable" dans le nouveau contexte »¹⁹⁴⁷.

Le juge se voit ici reconnaître de larges pouvoirs, qui diffèrent de la méfiance, voire de la défiance, qui le caractérise dans la théorie classique¹⁹⁴⁸. Toutefois, ce pouvoir se comprend en considération de l'objectif des principes, à savoir le sauvetage du contrat, dans tous les cas où cela est possible, même s'il n'apparaît pas possible de déterminer une ligne directrice à l'ajout ou à la révision des obligations. L'adaptation du contrat vise alors à rétablir l'équilibre du contrat, sans qu'un seul des contractants n'ait à assumer l'intégralité du coût de l'évènement imprévisible. Il s'agit d'une modification des clauses du contrat, sans pour autant refaire entièrement ce dernier. Cet interventionnisme aboutit à une modification de la fonction juridictionnelle du juge¹⁹⁴⁹.

Dans les droits nationaux, les critères permettant l'adaptation du contrat restent également assez flous. Le droit italien renvoie à l'équité, le *Revised (Frustrated Contracts) Act* renvoie à la justice et le droit américain renvoie à la raisonabilité et à la justice. Certains systèmes ne précisent pas de limite à l'intervention du juge.

2. L'absence de limitation au pouvoir d'adaptation judiciaire

l'article 1195 nouveau du Code civil prévoit que « [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 ». Cette disposition ne donne aucune indication au juge sur la

¹⁹⁴⁷ P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 1446, 10 (version électronique).

¹⁹⁴⁸ D. MAZEAUD, préc., note 75, par. 6.

¹⁹⁴⁹ D. TALLON, préc., note 259 à la page 409 : « [J]e juge doit seulement s'attacher à répartir de façon juste et équitable les pertes et les gains résultant du changement de circonstances. Mais c'est là l'essentiel : le risque doit être partagé entre les parties et non pas laissé totalement à la charge du créancier ou du débiteur. [...] La seule limite à ce pouvoir modérateur est l'impossibilité pour le juge de refaire le contrat, en imposant par exemple à une partie de fournir une prestation différente de celle qui avait été promise ».

manière d'adapter le contrat ni sur les éléments à prendre en considération pour le réviser¹⁹⁵⁰. En outre, il ne parle pas d'adaptation, mais bien de révision. Certains ont émis l'idée que le pouvoir du juge devrait être sérieusement encadré, « en posant pour cette institution des conditions précises et scientifiques »¹⁹⁵¹.

« Le pouvoir de révision qu'offre l'article 1195 au juge n'est assorti d'aucun garde-fou explicite. Tout semble donc possible, et l'inventaire de ces possibles fait frissonner. Le juge pourra donc redéfinir le produit qu'il s'agit de livrer ou de fabriquer. Il pourra bien entendu changer aussi le prix que le client devra payer. Il pourrait également modifier les conditions d'exécution de la prestation : changer les délais, modifier les épreuves techniques et les critères de qualité, étendre ou limiter la responsabilité encourue, alléger ou aggraver les garanties, etc. »¹⁹⁵².

Le juge pourra alors prendre en compte le contrat ou les demandes des parties ou encore désigner un expert. Cependant, l'objectif de la révision étant la poursuite de la relation contractuelle et de l'exécution du contrat, il devra également tenir compte du fait que l'exécution des prestations conformément à l'accord initial des parties perdurera jusqu'au jugement ou à la décision d'appel si le jugement n'est pas exécutoire¹⁹⁵³, sauf à voir appliquer l'article 771 du Code de Procédure civile¹⁹⁵⁴.

Les textes encadrant les pouvoirs du juge peuvent donc inspirer l'interprétation de l'article 1195 et donner quelques directives au juge afin d'adapter les contrats. « C'est aux seules lumières du magistrat que la loi confie le contrat »¹⁹⁵⁵.

Ces critères vagues laissent une grande marge d'appréciation au juge, nécessaire puisque chaque situation est unique et un critère scientifique ne permettrait pas d'embrasser l'intégralité des situations.

¹⁹⁵⁰ T. REVET, préc., note 61, 8 (version électronique): « [i]l y a, là, pour le juge français, un rôle inédit, ou pratiquement inédit puisque depuis 1975 il lui est possible de réviser les clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires ».

¹⁹⁵¹ Olivier TOURNAFOND, « Le projet de la chancellerie de réforme du droit des contrats: commentaire raisonné et critique », *Droit et patrimoine* 2014.241, 15 (version électronique).

¹⁹⁵² P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 1446, 9 (version électronique).

¹⁹⁵³ T. REVET, préc., note 61, 8 (version électronique).

¹⁹⁵⁴ « Lorsque la demande est présentée postérieurement à sa désignation, le juge de la mise en état est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du tribunal pour : 1. Statuer sur les exceptions de procédure [...]; 2. Allouer une provision pour le procès ; 3. Accorder une provision au créancier lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Le juge de la mise en état peut subordonner l'exécution de sa décision à la constitution d'une garantie [...]; 4. Ordonner toutes autres mesures provisoires, même conservatoires [...] ainsi que modifier ou compléter, en cas de survenance d'un fait nouveau, les mesures qui auraient déjà été ordonnées ; 5. Ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction ».

¹⁹⁵⁵ P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 1446, 10 (version électronique).

Aux États-Unis, même si le Restatement et le UCC permettent aux juges d'adapter les termes de l'accord, la solution n'est que rarement utilisée. Ceci serait dû au fait que les commentaires prévoyant cette possibilité d'adaptation ne donneraient aucun guide aux juges afin de réviser le contrat.

En effet, « *[i]t has been argued that the open nature of section 2-615 and its comments, admitting a judicial allocation of losses but providing little concrete guidance to the courts as to how to adjust the contract terms to distribute the losses between the parties 'has generally prompted United States courts to search for an absolute excuse on grounds of 'impossibility' or 'commercial impracticability' [...] an excuse for nonperformance is either granted or emphatically denied* »¹⁹⁵⁶.

L'absence ou la limitation du pouvoir d'adaptation du juge est donc un signe fort en faveur de la confiance envers l'institution judiciaire. L'objectif de l'adaptation n'est pas de refaire le contrat à la place des parties, mais de permettre à la relation de perdurer en éliminant la charge excessive qui pèse sur l'un des partenaires. Macneil prévoyait que les bénéfices et les pertes devaient être partagés entre les parties, sur la base de la confiance et de la coopération. L'adaptation judiciaire répond à ces normes, lorsque la renégociation n'a pas abouti.

Les conditions de l'intervention judiciaire semblent ambiguës, et les juridictions n'ont pas d'indication claire concernant le domaine de l'ajustement ainsi que son opportunité¹⁹⁵⁷, ce qui entraînerait un manque de clarté et de sécurité. La décision qui sera prise par le juge ne peut être déterminée par avance, ce qui peut laisser penser à un certain arbitraire. Cependant, il ne faut pas confondre arbitraire et pouvoir discrétionnaire. En outre, les possibilités de faire appel permettent d'atténuer un tel argument. Enfin, afin de pallier cette critique, les juridictions admettant l'adaptation du contrat au changement de circonstances développent une argumentation fournie et une analyse minutieuse de la globalité de la relation. Leur décision, en termes d'adaptation, apparaît parfaitement justifiée. Les juges français pourraient alors motiver leur décision, ce qui donnerait à « la Cour de cassation [...] un moyen indirect d'assurer un certain contrôle du contenu des révisions judiciaires directes du contrat »¹⁹⁵⁸. Le problème pourrait persister en France, notamment eu égard au style des arrêts de la Cour de cassation. « Il incombera simplement à la Cour de cassation, malgré le style lapidaire de ses

¹⁹⁵⁶ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 179.

¹⁹⁵⁷ R. A. HILLMAN, préc., note 962, 3; J. P. DAWSON, préc., note 1924, 31; R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 250.

¹⁹⁵⁸ T. REVET, préc., note 61, 9 (version électronique).

arrêts, de trouver les moyens de poser les garde-fous nécessaires à d'éventuelles dérives judiciaires »¹⁹⁵⁹.

*« In this regard, the modification of the contract may be granted by the court by different means. Therefore, the court may decide to partially set aside the obligation of one of the parties, for instance diminishing the quantum of the goods to be delivered or the term originally agreed upon. A more drastic measure may be to increase the obligation of one party (in most cases, the price to be paid) in the interest of the other unduly burdened party »*¹⁹⁶⁰.

La doctrine américaine s'étant intéressée au contrat relationnel a cherché à déterminer une méthode d'adaptation judiciaire des contrats.

B. Des méthodes d'adaptation proposées

La doctrine a proposé certaines méthodes d'adaptation des contrats. Cependant, à l'instar des codifications privées, aucune d'elle ne détermine un critère précis (1). Ainsi, il apparaît intéressant de comprendre comment les entreprises fonctionnent et sur quels critères elles se basent pour accepter les modifications demandées par leurs partenaires (2).

1. Les méthodes proposées dans les contrats relationnels

L'adaptation du contrat étant au cœur de la théorie des contrats relationnels, plusieurs propositions ont été faites par la doctrine américaine.

Pour Macneil, l'ajustement des contrats relationnels doit se faire en prenant en compte la globalité de la relation. Le juge ne doit alors que peu s'intéresser aux termes du contrat pour prendre en compte la relation entre les partenaires et principalement les diverses normes que les contractants auront développées.

Macneil préconise une adaptation des termes de l'engagement en trois temps.

*« The relational approach requires three steps : (1) acquiring an overall grasp of the essential relation of which the transactions are an integral part ; (2) working through the interaction of the pertinent transactions with the remainder of the relations until the limitations of transactional analysis are firmly established, and (3) engaging in whatever detailed impersonale analysis is desired, subject to whatever constraints the first step suggest »*¹⁹⁶¹.

¹⁹⁵⁹ B. FAUVARQUE-COSSON, préc., note 56, 7 (version électronique).

¹⁹⁶⁰ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 254.

¹⁹⁶¹ I. R. MACNEIL, préc., note 930, 887.

Ainsi, pour Macneil, il est nécessaire de prendre en compte les éléments transactionnels et relationnels de la relation. Cependant, cette méthode ne prend pas en compte l'équité et peut aboutir à des situations particulièrement injuste¹⁹⁶²s.

Une seconde méthode a été proposée par Speidel, se fondant sur l'altruisme¹⁹⁶³. Il propose ainsi, pour l'ajustement du prix des contrats de fourniture, que le juge s'assure que les partenaires n'adoptent pas de comportements opportunistes. L'objectif est le maintien de la relation¹⁹⁶⁴. Deux limites seront alors imposées au juge pour révision le contrat, sachant qu'une condition préalable est nécessaire, à savoir l'existence d'un devoir de bonne foi d'accepter les modifications proposées par le partenaire.

« I will argue that the court should have first considered whether Essex had a good faith duty to accept any modification proposed by ALCOA. If not, the court's "flexible" remedy is not appropriate. If there was a duty, a court imposed price adjustment, whether through reformation or a conditional specific performance decree, could be appropriate. Phrased another way, the crucial question is whether Essex had any duty to be a "commercial good Samaritan," and this turns on the quality of the *ex post* bargaining. [...] First, the disadvantaged party must propose a modification that would be enforceable if accepted by the advantaged party. [...] This first requirement both neutralizes any opportunism by the disadvantaged party, *e.g.*, duress, and affirms that agreed adjustments are preferred - that contract is available to resolve the dilemma and has been employed by the disadvantaged party. [...] Second, it must be clear that the disadvantaged party did not assume the risk of the unanticipated event by agreement, or under the test stated in the UCC in section 2-615(a), or otherwise. If the disadvantaged party did assume the risk, then the advantaged party has no duty to accept any proposed modification »¹⁹⁶⁵.

Speidel préconise que d'abord une renégociation, en imposant au contractant victime des changements de circonstances de faire une proposition de modification qui puisse être acceptée et exécutée par son partenaire. Il doit ensuite veiller à ce que la partie victime n'ait pas assumé le risque d'imprévision. Dans le cas contraire, le cocontractant n'aurait pas de devoir de bonne foi d'accepter les modifications proposées.

¹⁹⁶² C. BOISMAIN, préc., note 28, p. 426.

¹⁹⁶³ R. E. SPEIDEL, préc., note 1367, 207 et s. : « [t]his sharing principle is derived from a more general principle of *altruism* ».

¹⁹⁶⁴ R. E. SPEIDEL, préc., note 210, 838 : « I suggest that the most important challenges involve (1) deterring opportunism, and (2) facilitating continuing negotiation and agreed adjustment under a contract that is preserved for that purpose ».

¹⁹⁶⁵ R. E. SPEIDEL, préc., note 1367, 203 et s.

Il précise également que les parties doivent conserver la maîtrise de leur relation et qu'elles peuvent, tout à fait, décider d'y mettre un terme. Le juge ne doit pas les enfermer dans un contrat dont elles ne veulent plus ou qui ne leur apportera pas les avantages escomptés¹⁹⁶⁶.

Il apparaît donc que ces méthodes restent floues et laissent une grande marge d'interprétation au juge. Elles ne déterminent pas comment le juge peut adapter le contrat. Il apparaît alors nécessaire de comprendre ce que font réellement les partenaires.

2. Les méthodes issues de la pratique

Diverses études empiriques ont été réalisées aux États-Unis contenant certaines indications sur les demandes de modifications du contrat. Ainsi, Weintraub, dans son article « *A survey of contract practice and policy* »¹⁹⁶⁷ a cherché à démontrer que les contractants pouvaient accepter spontanément une modification contractuelle.

La question 5 concernait les demandes de modifications. Il était demandé : « *If, because of a shift in market prices, one of your suppliers or customers requested a modification of the contracted-for price, would your company always insist on compliance with the contract ?* ». Les réponses données démontrent que 95,1 % des entreprises n'insistent pas pour un strict respect des termes du contrat¹⁹⁶⁸.

La sixième question s'intéressait plus précisément aux justifications de cette acceptation de modification. « *If your company would sometimes agree to a modification of the contracted-for price, which of the following factors would be relevant to the decision?* ». Les réponses proposées contenait la raisonnable de la demande en considération des pratiques commerciales, le fait que la modification tarifaire pouvait être reportée sur les clients, le fait que l'entreprise fasse encore du profit, la durée et la satisfaction de la relation avec le demandeur, l'une des deux entreprises a un poids économique beaucoup plus important et autre. En considération des réponses données, il apparaît que le critère déterminant dans 79,5 % des cas est la durée de la relation ainsi que la satisfaction de cette dernière. En outre,

¹⁹⁶⁶ R. E. SPEIDEL, préc., note 210, 846.

¹⁹⁶⁷ R. J. WEINTRAUB, préc., note 717.

¹⁹⁶⁸ *Id.*, 18.

les entreprises considèrent à 75,6 % que la demande doit être commercialement raisonnable¹⁹⁶⁹.

La question 7 montre que 42,1 % des entreprises demandent moins d'une fois par an une modification de prix et 17,1 % n'en demandent jamais. Enfin, la question 8 cherche à déterminer les conditions de la modification, à savoir le lien qui unit les partenaires. Ainsi, dans 66,7 % des cas, la demande se résout par un ajustement du prix et seulement dans 25,8 % des cas, l'affaire est portée devant les juridictions et dans 18,2 % devant un arbitre¹⁹⁷⁰.

Cette étude montre donc qu'il y a une différence de pratiques dans les contrats relationnels et les contrats transactionnels. Les contrats relationnels nécessitent de pouvoir être modifiés lorsque cela est requis. En outre, elle montre également que les partenaires estiment que la modification des termes de l'engagement est possible. Dans ce cas, si les contractants ne se mettent pas d'accord, le juge doit pouvoir intervenir pour modifier lui-même les termes de l'accord. Dans cette adaptation, la relation contractuelle doit être prise en compte, au-delà des termes de l'accord. Les parties elles-mêmes en tiennent compte, notamment dans sa durée et dans sa qualité. En outre, la modification imposée par le juge doit être acceptable pour chacune des parties, puisqu'une demande commercialement raisonnable est généralement acceptée.

Aucun critère précis de détermination ne peut être donné puisque la modification dépendra du cas particulier soumis au juge. Cependant, certaines limites ont vu le jour, notamment l'impossibilité pour le juge de refaire le contrat ainsi que le partage de la charge excessive de manière raisonnable. En outre, en prenant en compte la relation contractuelle, certains facteurs nécessaires à l'adaptation du contrat peuvent être mis en lumière. Ainsi, l'objectif des parties peut être pris en compte, et notamment le but du contrat. La renégociation engagée entre les partenaires peut également donner des indices au juge lui permettant de mettre en œuvre une adaptation raisonnée des termes de l'engagement, de la même manière que les éléments de la phase précontractuelle. En outre, les circonstances entourant la formation et l'exécution du contrat sont à prendre en considération. « *Finally, it is important to state that the basis of and the justification for a valid method of loss sharing and adjustment cannot be limited to a*

¹⁹⁶⁹ *Id.*, 18 et s.

¹⁹⁷⁰ *Id.*, 22 et s.

simple distribution of such losses based only on a stereotypical characterization of the parties' agreement »¹⁹⁷¹.

Tous ces éléments sont déjà pris en compte par les juridictions.

Paragraphe 2 – Exemple d'adaptation judiciaire

Les critiques formulées à l'encontre de l'adaptation judiciaire peuvent être, de manière théorique, justifiées. Cependant, des exemples d'utilisation de ce remède par les juridictions permettent de démontrer qu'il est utilisé avec beaucoup de rigueur. Ceci est vrai autant en droit allemand (A) qu'en droit américain (B).

A. L'adaptation du contrat en droit allemand

Les juges allemands ne disposaient pas de pouvoir général d'adaptation. Ce sont les cours qui se le sont octroyé (1). Afin d'adapter le contrat, elles prennent en compte l'intégralité de la relation, et justifient particulièrement leur décision (2).

1. La reconnaissance d'un pouvoir d'adaptation

Le droit allemand admet de manière assez ouverte l'intrusion du juge dans le contrat. « Cette adaptation vise à répartir équitablement le risque réalisé entre les parties au contrat »¹⁹⁷². La Cour fédérale allemande en fait même le principe¹⁹⁷³.

Pourtant, de la même manière qu'en droit français et québécois, les tribunaux allemands ne disposent pas de pouvoir discrétionnaire. En effet,

« La loi part de l'idée que le demandeur, celui qui fait valoir qu'on ne peut maintenir un contrat inchangé, doit dans sa demande préciser exactement la manière et la portée de l'adaptation du contrat, de sorte que le juge n'a qu'à accepter ou non les modifications proposées. Il est certain que cela ne décrit pas la réalité dans les prétoires »¹⁹⁷⁴.

¹⁹⁷¹ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 256.

¹⁹⁷² P. ANCEL et R. WINTGEN, préc., note 396.

¹⁹⁷³ H. G. BEALE, H. KÖTZ, D. TALLON et A. HARTKAMP, préc., note 554, p. 633.

¹⁹⁷⁴ Gérald MÄSCH, « La détermination et la révision du contenu du contrat et le renforcement du rôle du juge: commentaire allemand », dans Reiner SCHULZE, Denis MAZEAUD, Guillaume WICKER et Gérald MÄSCH, *La réforme du droit des obligations en France: 5èmes journées franco-allemandes*, 20, Paris, Société de législation comparée, 2015, p. 95 à la page 102 et s.

C'est en fonction de l'interprétation du contrat par le juge, et notamment de ce qu'il considère comme équitable, que ce dernier décidera de l'adaptation¹⁹⁷⁵. Il n'est pas, en droit allemand, de pouvoir général du juge de modifier le contrat¹⁹⁷⁶. Pourtant, personne, ni la doctrine ni la jurisprudence, ne conteste le pouvoir du juge de modifier ou de dissoudre le contrat en cas de bouleversement des circonstances¹⁹⁷⁷.

En outre, les juges se sont vus reconnaître des pouvoirs de création du droit directement dans la loi, par le §132 de la loi d'organisation judiciaire qui leur permet de créer du droit de façon prétorienne lorsqu'il existe une lacune de la loi¹⁹⁷⁸. Les juges allemands ne se privent pas de l'opportunité qui leur est donnée et explique, dans leurs arrêts, les raisons qui les ont poussés à ce développement prétorien¹⁹⁷⁹. Diverses techniques sont alors utilisées, notamment « l'analogie, l'argument a fortiori ou a contrario ou encore l'extension ou la réduction téléologique »¹⁹⁸⁰. Il y a donc un vrai dialogue entre le pouvoir législatif, qui peut par la suite confirmer, compléter ou encore modifier une création prétorienne, et les juridictions, capables d'adapter le droit et de le faire évoluer pour qu'il soit conforme aux valeurs de la société.

Les juridictions allemandes, en accueillant la théorie de la *Wegfall der Geschäftsgrundlage* confirme la légalité du comportement adopté par le partenaire avant ladite reconnaissance. Elle produit donc des effets juridiques par sa seule existence. Cependant, les juges ne considèrent pas qu'ils modifient la relation juridique des parties.

« Selon la Haute Cour non, il n'y porte pas atteinte : « une décision judiciaire par application du para 242 BGB est un acte de [pure] constatation juridique (Rechtsfindung) : le juge ne transforme pas les relations juridiques des parties par sa décision, il ne crée pas de droit nouveau, mais ne fait que

¹⁹⁷⁵ H. SMIT, préc., note 394, 299 : « *the court should supplement the contract with those provisions upon which the parties would presumably have agreed if, at the time of contracting, they had foreseen the possibility of occurrence of the changed circumstances. [...] that such occurrence may, in proper cases, necessitate supplementation with provisions creating different rights and duties* ».

¹⁹⁷⁶ G. MÄSCH, préc., note 1974 à la page 102 et s. : « [m]ais ce pouvoir d'interprétation va si loin, que le rôle du juge dans ce contexte ne peut être distingué du rôle de créateur de règles – bien que, en principe, le droit allemand ne reconnait pas un pouvoir souverain du juge d'édicter le contenu du contrat ou de la modifier ».

¹⁹⁷⁷ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 249; J. P. DAWSON, préc., note 397, 1096 : « *[t]he high court's only contribution was to insist that since « free » judicial revalorization was authorized only by the « good faith » clause, the fact-finding judge must discover and « weigh » all the surroundings of the original contract, any loss or gain and elements producing personal hardship then or later on either side of such transactions* ».

¹⁹⁷⁸ FRÉDÉRIQUE FERRAND, préc., note 387. P.81 : « [m]ais la loi allemande (§132 de la loi d'organisation judiciaire) – contrairement aux juridictions française – déclare expressément que les juges sont habilités à procéder à un développement prétorien du droit, notamment en cas de lacune de la loi ».

¹⁹⁷⁹ C. WITZ, préc., note 421, p.70 et s.

¹⁹⁸⁰ FRÉDÉRIQUE FERRAND, préc., note 387. p.82.

prononcer les modifications que la relation juridique déjà existante a subies par soi-même, par modification des circonstances, en vertu du principe de la bonne foi »¹⁹⁸¹.

Afin d'adapter le contrat, les juges allemands vont utiliser différents moyens.

2. Les moyens de l'adaptation judiciaire

Le juge allemand, afin d'adapter le contrat, doit prendre en compte tous les principes sous-jacents au droit des contrats. En effet, il doit trouver une solution idéale entre les soucis de sécurité et de stabilité des transactions et les principes d'équité et de justice contractuelle.

*« [German Constitutional judge] should try to find a solution which combines and synthesizes elements of both rights, in a way that neither's core is being violated. In short, the doctrine of 'practical harmony' (praktische Konkordanz) requires the search not just for a middle way, but for an ideal solution, which, in a particular case, reconciles the conflicting interests or policy considerations in question to the highest possible degree »*¹⁹⁸².

Pour adapter le contrat, le juge doit prendre en compte l'intérêt des deux parties, comme l'affirme la Cour Fédérale de Justice dans une décision du 23 mars 1966¹⁹⁸³. Cette reconnaissance permet alors d'imposer une modification contractuelle raisonnable.

*« The revision of contracts that German courts undertook in the 1920s was in the form of changes, almost always upward, in the amounts to be paid in obligations to pay money where money had been promised in exchange for performance of other kinds. Sin 1950 this is still the most common form. Contract revision can be accomplished, however, in such varied forms as the correction of document or the transfer or division of particular physical assets »*¹⁹⁸⁴.

Un arrêt de 1984 précise la façon dont le juge modifie le contrat. La Cour, après avoir déterminé qu'il existait un changement de circonstances, précise qu'elle va modifier les termes du contrat. Elle cherche à déterminer si les parties, malgré le bouleversement des circonstances, auraient tout même contracté, mais à des conditions différentes. L'adaptation du contrat est un pouvoir discrétionnaire des juges du fond. La Cour va chercher à diviser les pertes liées au changement de circonstances de manière égale entre les contractants, lorsqu'il n'y a pas de raison de les diviser autrement. La relation contractuelle est alors prise en considération. Lorsqu'il n'y aura pas de montant spécifique prévu, elle fera une évaluation forfaitaire afin de déterminer les pertes et gains de chacun¹⁹⁸⁵. Dans l'arrêt de 1984, elle a

¹⁹⁸¹ B. JALUZOT, préc., note 428, p. 466 et s. .

¹⁹⁸² A. KARAMPATZOS, préc., note 389, 113.

¹⁹⁸³ B. JALUZOT, préc., note 428, p. 464 et s.

¹⁹⁸⁴ J. P. DAWSON, préc., note 397, 1088.

¹⁹⁸⁵ B.G.H. N.J.W., préc., note 1582: « [n]otwithstanding the collapse of the basis of the transaction, the court below upheld the compromise, but altered its terms. It was right to do so. Only exceptionally do the rules of

estimé le nombre de caisse que le demandeur aurait acheté durant la période de validité du compromis afin de déterminer le montant total des gains qu’aurait obtenus le contractant si le fondement contractuel du compromis n’avait pas disparu, ce qui correspond alors au montant de ces pertes. La Cour suprême ne contrôle le montant des estimations des juges du fond que s’ils ont été faits sur des motifs faux ou inappropriés ou si ces derniers n’ont pas répondu à certaines critiques concernant l’estimation¹⁹⁸⁶.

Le juge répartira entre les contractants les charges ou les gains résultant du changement de circonstances. La doctrine insiste sur la nécessité de prendre en considération les risques assumés par le débiteur.

« The court imposed on itself the following conditions for the exercise of this right of re-forming the contract: (a) that both parties should desire the reconstruction of the contract, (b) that « very exceptional changes in circumstances » must have taken place, mere unforeseeability being insufficient and (c) that a full adjustment must be made, so that the loss did not all fall on one party »¹⁹⁸⁷.

collapse of the basis of the transaction make the contract disappear in toto; the general rule is that the contract should be maintained so far as possible and simply adjusted to the changed situation so as to do justice to the justified interests of both parties. The evidence does not suggest that if they had known how matters would develop, the parties would have refused to enter any compromise at all. After all, when the plaintiff notified him that the goods were defective, the defendant originally proposed a deal which made no reference whatever to further deliveries of beer. If the compromise is to be upheld, the prior legal situation is irrelevant, so it is immaterial how seriously the defendant questioned the size of the plaintiff's claim or whether or not the compromise was a very generous one on his part. The way the court below set about adapting the contractual duties of the parties to the altered circumstances represents an exercise of an ex officio discretion of the judge of fact. The court divided the loss resulting from the collapse of the basis of the transaction equally between the parties. Such a division is quite in order when there is no reason to adopt a different division, and when the loss due to the disturbance cannot be loaded on to one of the parties only. Nothing in the procedure suggests that either party has been burdened with more than half of the risk that the compromise might not be executed. Given the inadequacy of the evidence, the court below had to make a lump-sum estimate of some matters, such as the profit to be made from further sales of beer, but this lies within the area of the fact-finders and certainly does not suggest that adaptation of the contract is impermissible ».

¹⁹⁸⁶ *Id.* : « [i]n order to work out the profit the plaintiff would probably have made had the compromise been executed, the court assumed that during the period when a discounted price was on offer it would have ordered 60,000 cases and made a profit of DM 0,90 per case. Neither finding is irrational, as the appellant asserts. para. 287 I ZPO, possibly by analogy, provides a basis for the court's estimate of the amount that might well have been ordered. In estimating the gain the plaintiff would have made had the compromise been carried out, the court arrived at an estimate of the amount of the plaintiff's loss. Since in fact the compromise was not carried out and no exact proof of the amount is available, para. 287 I ZPO permits an estimate to be made. There is no reason not to allow a similar estimate when a contract is being adjusted after its basis has collapsed. The courts have constantly held that estimates made by judges of fact under para. 287 I ZPO may be reviewed on appeal only to the extent that the evaluation has been made on obviously false or fundamentally irrelevant grounds or if facts with a critical bearing on the decision have been ignored. The estimate made by the court below survives such a review: ... ».

¹⁹⁸⁷ M. D. AUBREY, préc., note 428, 1179.

L'adaptation du contrat est particulièrement motivée par les cours afin de justifier la modification. Elle peut prendre des formes diverses et variées, comme l'octroi de délai, une modification de l'objet de la prestation...¹⁹⁸⁸

« If the relationship between the parties largely breaks down, then a modification of the contract for the changed circumstances is to be considered first. The primacy of adjustment follows from the principle of pacta sunt servanda, since an adjustment encroaches less severely on the contract. In this respect, the contractual relationship as such is maintained. Modifying the contract to the changed circumstances should ensure that continuing the contract is reasonable for both parties. Contract modification, because of its flexibility, is particularly suited to taking individual circumstances into account, and every possible restructuring of the contract can, in principle, be achieved. The following types are possible : comprehensive reform of the contractual relationship, which can go so far as to replace the original obligation with a completely new one [;] partial restructuring of the contractual relationship [;] partial preservation of the contract [;] alteration of the contractual obligation [;] increase in the amount payable [;] grant of additional equalization claim [;] reduction of the contractual performance [;] postponement of performance »¹⁹⁸⁹.

Un pouvoir très large est reconnu au juge allemand qui voit sa seule limite dans une notion équitable, mais floue : la *Zumutbarkeit*. L'autre limite à l'adaptation du contrat est « la disparition de l'identité de la prestation »¹⁹⁹⁰. La situation dans son ensemble sera donc prise en considération.

« C'est ce qu'a rappelé la Cour suprême dans une décision du 31 janvier 1967 : « l'espèce n'est pas uniquement appréciée du point de vue de la disparition du fondement du contrat, c'est-à-dire en considération des modifications intervenues postérieurement [les juges] se sont bien plus fondés sur la relation [entre les parties] lors de la conclusion du contrat, [...] telle que les parties se la figuraient alors. Sans cela, une telle manière de considérer aurait réduit le champ d'appréciation de telle sorte que l'exigibilité pour un seul aurait d'abord été vu, [...] alors que les règles du bouleversement du fondement du contrat imposent une prise en considération beaucoup plus large des effets sur toutes les parties concernées produits par les changements. Lors d'un examen aussi vaste, en considération de toutes les circonstances de l'espèce, le comportement des parties apparaît alors sous un autre jour »¹⁹⁹¹.

L'ajustement des termes de l'accord ne semble pas mettre en danger la sécurité commerciale, c'est-à-dire qu'il ne doit pas paralyser la transaction. L'introduction du § 313 B.G.B. a eu pour conséquence d'obliger les parties à demander devant le juge l'adaptation de l'accord. En effet,

¹⁹⁸⁸ FRÉDÉRIQUE FERRAND, préc., note 387, p. 309 : « l'adaptation du contrat aux circonstances nouvelles consistera en une diminution de la prestation en nature ou en une augmentation du prix initialement fixé, ou en un échelonnement de l'exécution dans le temps, ou encore en une indemnisation de la perte subie ou du gain manqué ».

¹⁹⁸⁹ T. RAUH, préc., note 1604, 153 et s.

¹⁹⁹⁰ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 296.

¹⁹⁹¹ B. JALUZOT, préc., note 428, p. 466.

auparavant, le juge n'intervenait que pour constater l'adaptation. La réforme du B.G.B. a donc pour objectif de sécuriser l'adaptation des termes de l'accord¹⁹⁹².

« Cette adaptation peut revêtir les interventions les plus diverses en fonction des circonstances : aménagement de l'objet de la convention, réduction des prestations d'une partie, augmentation de la contre-prestation d'une autre partie, modifications de délais, attribution d'une indemnité compensatoire »¹⁹⁹³.

Un autre exemple d'adaptation du contrat peut être tiré du droit américain.

B. L'adaptation du contrat en droit américain

Le droit américain est plutôt complexe en ce qui concerne les remèdes en matière de changement de circonstances. Toutefois, les lois uniformes reconnaissent un pouvoir d'adaptation judiciaire (1) qui permet aux juridictions de modifier les termes de l'accord (2).

1. La reconnaissance d'un pouvoir de révision judiciaire

Le droit américain est peu explicite sur les remèdes à mettre en œuvre en cas de changement de circonstances¹⁹⁹⁴. Même si les Cours américaines ne semblent pas vouloir ajuster les termes de l'accord des parties¹⁹⁹⁵ et continuent à choisir entre la préservation ou la résiliation du contrat¹⁹⁹⁶, les textes uniformes en prévoient la possibilité.

¹⁹⁹² A. KARAMPATZOS, préc., note 389, 133 et s. : « [e]qually important is the observation that the adjustment, since it is constructed as a claim [...], only comes into operation following a formative judicial decision. This is a contrast to the former view that the adjustment comes about by "force of law" [...] and that the subsequent judicial judgment can thus only have the effect of recognizing it. This amendment evidently meets the requirements of the principle of legal certainty ».

¹⁹⁹³ H. LESGUILLONS, préc., note 384, 532.

¹⁹⁹⁴ Richard E. SPEIDEL, « Article 2 and Relational Sales Contracts », (1993) 26 Loy LA Rev 789, 792 : « [i]n the absence of agreed governance structures, it says very little about mechanisms for resolving disputes or for adjusting or preserving the relationship », ajoutant, à la note 11 que : « U.C.C. § 2-615 (a) provides limited relief for changed circumstances, but it says nothing about whether that relief should be discharge of the contract or adjustment and continued performance »; S. H. JENKINS, préc., note 1354, 2023 : « [s]ection 2-615 operates as a general default gap-filling rule if the parties have not by agreement determined the scope of the seller's obligation. The section grants as relief an excuse for the delay or nonperformance to the extent the performance was affected by the contingency or adaptation, expressly limited to prorating the seller's production among its customers. Although the Official Comments suggest a broader scope of adjustment if « neither sense nor justice is served by either answer when the issue is posed in flat terms of « excuse or no excuse », case authority provides little evidence of an attempt to expand the relief available ».

¹⁹⁹⁵ G. H. TREITEL, préc., note 1804, p. 580 : « "[r]eformation", in this context, is available even where the terms of the document correctly record the agreement of the parties. It amounts to altering the terms which were actually agreed so as to adjust the operation of the contract, in the altered circumstances, as nearly as possible to that intended by the parties ».

¹⁹⁹⁶ T. RAUH, préc., note 1604, 157.

« Although reformation may be used from time to time, it is predictable that most cases will be resolved by merely requiring the seller to fairly allocate his production, assuming, of course, there is come production to allocate. Allocation, like reformation, spreads the loss between the parties, but has the advantage of easier administration and does not involve the hazard of inadvertently placing a disproportionate risk on one party resulting from the unfolding of still unforeseen contingencies »¹⁹⁹⁷.

Le § 292, commentaire b du *Restatement (Second) of Contracts* et la section 2-615, commentaire 6 du UCC prévoient la possibilité d'ajuster ou de réviser les termes de l'accord¹⁹⁹⁸. Le commentaire 6 de la section 2-615 du U.C.C. permet au juge d'adapter le contrat au changement de circonstances.

En effet, « [i]n situation in which neither sense nor justice is served by either answer when the issue is posed in flat terms of excuse or no excuse, adjustment under the various provisions of the Article is necessary, especially the sections on good faith, on insecurity and assurance and on the reading of all provisions in the light of their purposes, and the general policy of the Act to use equitable principles in furtherance of commercial standards and good faith ».

Ce commentaire prévoit un certain pouvoir d'ajustement, pouvoir utilisé dans l'arrêt *Alcoa v Essex*¹⁹⁹⁹ dans lequel la cour estime qu'une augmentation des coûts permet une adaptation du contrat. Dans cet arrêt, un contrat à long terme d'une durée initiale de 16 ans, auquel pouvait s'ajouter une période additionnelle de 5 ans a été conclu entre Alcoa et Essex dans lequel Alcoa devait convertir l'aluminium fournit par Essex en aluminium en fusion et contenant une clause d'ajustement du prix fondée sur un indice des prix de gros. À la suite de la crise pétrolière de 1973, l'indice choisi ne remplit plus sa fonction ce qui rendit le contrat extrêmement peu rentable pour Alcoa.

« ALCOA stated that the parties had proceeded on the assumption that the wholesale index was to be an objective measure of ALCOA's non-operation related production costs. It further stated that the mutual error on this fundamental consideration led to a significant imbalance in the mutual obligations and required – on the basis of a total loss for ALCOA of US \$ 75,000,000 – an alteration of the contract. In absolute figures the price increase was 500% »²⁰⁰⁰.

La cour a surmonté les limitations de la définition de l'*impracticability*, la prévisibilité et l'exécution alternative²⁰⁰¹. Cependant, même si les juges prennent en compte les difficultés d'Alcoa, il ne le libère pas complètement de ses obligations, car ils estiment que cela entraînerait une certaine injustice, Alcoa obtiendrait un profit inespéré et priverait Essex des

¹⁹⁹⁷ W. D. HAWKLAND et L. J. RUSCH, préc., note 496, par. 2-615:14 Remedies.

¹⁹⁹⁸ A. KARAMPATZOS, préc., note 389, 114.

¹⁹⁹⁹ *Aluminium Company of America v. Essex Group Inc.*, préc., note 1372.

²⁰⁰⁰ T. RAUH, préc., note 1604, 158.

²⁰⁰¹ Voir également: *Albre Marble & Tile Co v. John Bowen Co*, [1959] 155 N.E. 2d 437.

bénéfices du contrat. La cour a donc décidé de modifier la formule d'ajustement de prix du contrat.

« *The Court gladly concedes that the parties might today evolve a better working arrangement by negotiation than the Court can impose. But they have not done so [...] Only a rule which permits judicial action [...] will provoke a desirable preactical incentive for businessmen to negotiate their own resolution to problems which arise in the life of long term contracts* »²⁰⁰².

Elle précise qu'une modification judiciaire d'une stipulation contractuelle n'est pas dans tous les cas le meilleur remède, mais que dans les cas appropriés, cela permet de protéger les attentes et prévisions des parties. Dans les contrats relationnels, les contractants s'attendent à ce que l'accord puisse être modifié en cas de bouleversement des circonstances. L'arrêt Alcoa aux États-Unis a soulevé de nombreuses critiques, principalement en ce qui concerne le pouvoir que se sont reconnu les juges d'adapter le mécanisme d'adaptation prévu par les parties et donc de s'immiscer dans la volonté contractuelle²⁰⁰³.

De la même manière que l'arrêt de la Cour d'appel de Nancy²⁰⁰⁴, dans l'arrêt Alcoa, les parties ont réalisé un règlement hors cour. En effet, un appel fut formé devant la Cour d'appel des États-Unis, troisième circuit. Cependant, avant la décision d'appel, les parties ont trouvé un arrangement, ce qui leur a permis de demander, d'un commun accord, l'annulation de la procédure en appel. Pour certain, l'arrêt Alcoa ne fait donc pas office de précédent²⁰⁰⁵, surtout qu'il n'a pas été suivi par les juridictions²⁰⁰⁶.

2. Les moyens de l'adaptation judiciaire

L'inexécution de la partie excusée par *l'impracticability* affecte l'exécution de l'autre partie. Cette dernière a différents choix qui s'offrent à elle. En effet, si la défaillance est matérielle ou importante, le cocontractant peut suspendre sa propre obligation. Une violation des obligations est considérée comme matérielle, en droit américain, si elle est suffisamment importante pour être considérée comme la non-réalisation d'une condition implicite de l'échange. Pour déterminer si une violation est importante, les cours vont principalement s'intéresser à la partie

²⁰⁰² *Aluminium Company of America v. Essex Group Inc.*, préc., note 1372, 91 et s.

²⁰⁰³ L. L. FULLER, préc., note 535, p. 777 : « *[a]lthough ALCOA was seen by some commentators as either the brilliant dawn of a golden age or an awful descent into the fiery pit (depending on the commentator's perspective), it seems to have turned out to be an isolated judicial event* ».

²⁰⁰⁴ C.A. Nancy, 26 septembre 2007, préc., note 322.

²⁰⁰⁵ John D. WLADIS, « *Impracticability as risk allocation: the effect of changed circumstances upon contract obligations for the sale of goods* », (1988) 22 *Ga. Law Rev.* 503, 586.

²⁰⁰⁶ R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 180.

subissant la défaillance pour déterminer l'ampleur dans laquelle les bénéfices escomptés n'ont pas été reçus. Mais elles vont également prendre en compte la situation du cocontractant pour voir s'il a subi une perte, s'il va pouvoir remédier à sa défaillance ou encore si son comportement respecte les standards de bonne foi²⁰⁰⁷. En outre, si la partie qui subit la défaillance a laissé un temps raisonnable à son cocontractant pour remédier à son inexécution sans que ce dernier n'ait réussi, elle peut mettre fin au contrat.

Les problèmes surviennent principalement lorsqu'il y a eu début d'exécution. En effet, dans ce cas, la partie demandant à être excusée subit une perte si elle ne reçoit aucune compensation en échange de sa prestation et son cocontractant est injustement enrichi par ce début d'exécution. Se pose ici le même problème que pour la *frustration of purpose*, problème résolu par le *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*.

Dans le cas d'un contrat dont les obligations sont divisibles, la contre-prestation va être évaluée et le contractant excusé recevra ce qu'il a donné. De la même manière qu'en droit anglais, si le contractant excusé a exécuté une partie de ses obligations, mais que les obligations du contrat ne sont pas divisibles, elle a droit à restitution de tous les bénéfices reçus par son cocontractant, sauf stipulation contraire²⁰⁰⁸.

Certains auteurs ont critiqué ces règles, estimant que les juges devaient avoir le pouvoir de modifier le contrat pour prendre en compte l'intérêt de la partie excusée. Le §272 du *Restatement (Second) of Contracts* prévoit que les juges ont le pouvoir de « *grant relief on such terms as justice requires, including protection of the parties* » *reliance interests*²⁰⁰⁹ ». D'autres ont estimé que les juges devraient faire preuve de plus d'imagination et s'immiscer un peu plus dans le contrat pour le modifier ou encore imposer aux parties un devoir de modification de bonne foi des termes du contrat²⁰¹⁰.

« *It is not clear, however, that this has been the trend in case law. [...] the court's apparent reluctance to grant excuse, despite the clear indications in both the Restatement (Second) and the U.C.C. that they may do so, remain a conundrum. [...] the inconsistencies in the case law merely reflect*

²⁰⁰⁷ E. A. FARNSWORTH, préc., note 473. P.571.

²⁰⁰⁸ *Id.*; *Iowa Elec Light & Power Co. v. Atlas Corp*, préc., note 1420. p.646.

²⁰⁰⁹ Définition de Termium Plus: « *This refers to whatever is necessary to put the plaintiff into the position he or she was in before the contract was made, e.g., compensation for expenditures made towards performance of the contract* ».

²⁰¹⁰ R. A. HILLMAN, préc., note 962.

the confusion and disagreement among the courts about the appropriate role to assign to the excuse doctrines »²⁰¹¹.

La modification judiciaire des termes de l'engagement est le remède le plus controversé, mais les juges tentent d'éviter l'arbitraire et justifient avec égard leur décision. En outre, ce remède n'est utilisé qu'en l'absence d'accord conventionnel entre les partenaires afin de permettre le maintien de la relation.

²⁰¹¹ D. J. SMYTHE, préc., note 167, 228 et s.

Conclusion du chapitre 2

Malgré la parenté effectuée entre la *Geschäftsgrundlage* et la *frustration*, leurs effets en termes de changements de circonstances diffèrent radicalement. Alors que le droit allemand donne priorité à l'adaptation des termes de l'accord, le droit anglais prévoit la libération automatique du débiteur. « *The German solution, in contrast, aims at sharing the contractual risk between the parties, giving the courts the role of 'moderator'* »²⁰¹². Les Principes d'Unidroit et les Principes européens du droit du contrat octroient aux juridictions des pouvoirs larges, à l'instar du droit allemand ou du nouveau droit civil français. Le droit italien semble avoir une vision intermédiaire, en reconnaissant l'intrusion du juge dans le contrat à la demande du créancier. Cette solution paraît plus réaliste que la demande conjointe de renégociation ou de résiliation prévue par l'article 1195 nouveau du Code civil.

Les critiques à l'encontre de l'adaptation judiciaire ne semblent pas remettre en cause la raisonnable du juge dans l'utilisation de ce pouvoir. L'absence de méthode précise d'adaptation du contrat laisse place à des critères plus à même de remplir la fonction de maintien de la relation, la prenant en compte dans sa globalité.

La révision judiciaire se justifie en considération de la norme des attentes légitimes des partenaires et se fonde sur la norme de flexibilité du contrat relationnel. Le juge doit pouvoir maintenir la relation en en modifiant les termes. Il apparaît alors comme un conciliateur entre les partenaires qui n'arrivent pas à déterminer l'étendue de la modification.

²⁰¹² H. RÖSLER, préc., note 1553, 507.

Conclusion du titre 2

Les remèdes proposés au changement de circonstances sont presque similaires dans les trois codifications privées, même si le Draft common frame of reference semble plus restrictif que les Principes d'Unidroit ou les Principes européens du droit du contrat. À l'exception du droit anglais et italien, ces remèdes semblent acceptés de manière unanime.

Les remèdes proposés au changement de circonstances semblent laisser, qu'il s'agisse de la résiliation du contrat ou de son adaptation, de larges pouvoirs au juge, aussi bien dans la détermination du remède approprié que dans l'application dudit remède.

Les idées développées par Macneil dans sa théorie des contrats relationnels imposent l'existence d'un devoir de coopération et une certaine flexibilité dans le contrat afin de pallier son incomplétude. L'ajustement du contrat est donc primordial²⁰¹³. Ainsi, en tout temps, les parties peuvent négocier les termes de leur accord ou l'organisation de leur collaboration. Cependant, dans des cas extrêmes, et notamment en cas de changements de circonstances, elles devraient pouvoir être contraintes d'accepter une modification contractuelle, à partir du moment où celle-ci est raisonnable et équitable pour les deux partenaires²⁰¹⁴. Dans les contrats relationnels, les normes de préservation de la relation ainsi que de l'harmonisation des conflits relationnels imposent la renégociation des termes de l'accord en cas de changement de circonstances.

En effet, « *the justification for the imposition of bargaining duties derives from two reinforcing normative propositions. The first is the judgement that the advantaged party should share through compromise the unbargained for gains and losses caused by unanticipated change. The second is that when unanticipated change imperils the long-term supply contract, the advantaged party should make every reasonable effort to preserve and adjust the relationship and to harmonize conflict* »²⁰¹⁵.

La renégociation devrait donc être un effet des changements de circonstances et non une condition à l'ouverture des autres remèdes. La révision judiciaire du contrat apparaît, elle aussi, comme un remède permettant de prendre en compte et de maintenir la relation contractuelle.

²⁰¹³ I. R. MACNEIL, préc., note 96; I. R. MACNEIL, préc., note 28.

²⁰¹⁴ Richard E. SPEIDEL, « Court-imposed price adjustment under long-term supply contracts », 76 *Northwest Univ. Law Rev.* 369, 404.

²⁰¹⁵ *Id.*, 405.

Étant donné que le contrat relationnel suppose un devoir de coopération entre les partenaires, afin de maintenir la relation et préserver leurs attentes, l'adaptation des termes de l'accord a été préalablement par les contractants. Dans leur conduite, les parties ont déjà accepté les normes de flexibilité et de coopération, et doivent donc permettre l'ajustement du contrat, pour obtenir les bénéfices escomptés (obtenir un prix raisonnable ou obtenir certaines concessions) et éviter certains coûts (notamment ceux liés à la recherche d'un nouveau partenaire)²⁰¹⁶.

« Under this analysis, broad or flexible obligations [...] are an implicit request for equitable definition of the standards for subsequent performance, with the interests of both parties to be taken equally into account »²⁰¹⁷.

La relation leur permet d'avoir confiance dans la coopération de leur partenaire et évite ainsi la rédaction de contrat détaillé, utilisant des notions vagues comme un « temps raisonnable ». En utilisant de telles formulations, assez vagues, les parties acceptent préalablement d'adapter les termes de l'accord en cas de changements de circonstances.

L'absence d'une obligation d'entrer en renégociation semble contraire aux principes de justice contractuelle sur lequel ces instruments sont fondés et met à mal le principe de la liberté contractuelle. Surtout, elle contrevient à la norme de coopération et de solidarité issue des contrats relationnels. En effet, les parties devraient avoir l'obligation d'essayer de trouver un accord amiable avant toute intervention judiciaire ou après détermination judiciaire de la situation d'imprévision. Les juridictions, lorsque la renégociation n'est pas imposée, devraient renvoyer les parties à la table des compromis avant même de chercher à résilier ou adapter le contrat, mais seulement si elles estiment qu'il existe bien une situation de *hardship*.

« La plupart des pays et des codifications doctrinales font de la renégociation entre les parties un préalable obligatoire. Les Principes du droit européen du contrat, le *Draft common frame of reference de l'Acquis Group* et l'avant-projet de Code européen des contrats en font une première étape obligatoire. Les projets de réforme, en France, sont également en ce sens. L'avant-projet *F. Terré* prévoit ainsi à l'alinéa 2 de l'article 92 que "Cependant, les parties doivent renégocier pour adapter le contrat ou y mettre fin lorsque l'exécution devient excessivement onéreuse pour l'une d'elles par suite d'un changement imprévisible des circonstances et qu'elle n'a pas accepté d'en assumer le risque lors de la conclusion du contrat" [...] L'Italie et le *BGB* allemand ne font pas, du moins, explicitement, de la

²⁰¹⁶ R. A. HILLMAN, préc., note 962 : « [p]ut another way, both parties can increase mutual gains from the contract by remaining flexible after signing the contract, thereby saving costs related to planning for risks and bickering after contract breakdown ».

²⁰¹⁷ Charles J. GOETZ et Robert E. SCOTT, « The limits of expanded choice: an analysis of the interactions between express and implied contract terms », (1985) 73 *Cal Rev* 261, 319.

« négociation préalable une étape obligatoire, solution qu'il est difficile de justifier si on fait de la révision pour imprévision un moyen respectueux de la volonté des parties et de leurs attentes légitimes »²⁰¹⁸.

L'absence de suspension d'exécution permet d'éviter les manœuvres dilatoires et les comportements opportunistes. Elle garantit la norme d'intégrité du rôle et la confiance des partenaires. En l'absence d'accord des parties, le juge a une faculté d'intervention, mesure ultime afin de maintenir le lien contractuel.

« Dans la plupart des autres systèmes, si l'accord amiable n'a pu être obtenu, du moins dans un délai raisonnable, le juge peut alors intervenir. Son intervention se présente comme une mesure ultime. Son intervention est vue par les différents pays concernés et par les codifications doctrinales comme une faculté. L'exclusion de toute obligation est appréciable ».

Une gradation stricte devrait être effectuée entre les remèdes proposés, obligeant d'abord la renégociation et favorisant ensuite l'adaptation. La résiliation du contrat ne devrait être qu'exceptionnelle, les parties pouvant elles-mêmes décider de la fin de leur relation. En outre, les contrats relationnels ayant vocation à perdurer, l'anéantissement du contrat ne peut être qu'une mesure ultime²⁰¹⁹.

Lorsqu'une dualité de solution est prévue, c'est-à-dire résiliation ou adaptation, il semble préférable de laisser au juge le choix de la solution, sachant qu'il devra privilégier l'adaptation. En effet, l'adaptation du contrat devrait être prioritaire par rapport à la résiliation, ce qui suppose qu'une demande de résiliation devrait pouvoir être modifiée par le juge pour permettre l'adaptation du contrat si cela est possible. En outre, la résiliation judiciaire place le défendeur, le contractant bénéficiant du changement de circonstances, dans une situation désavantageuse, puisqu'il devra trouver l'objet du contrat sur le marché, et ne pourra plus bénéficier des conditions avantageuses du premier accord, conditions pouvant être plus avantageuses même sans la survenance du changement de circonstances. Les conditions de la résiliation judiciaire devront donc en tenir compte. Le juge dispose alors de pouvoir important, même en cas de résiliation.

Se pose également la question de savoir si le mécanisme des changements de circonstances peut être utilisé comme moyen de défense face à une demande d'exécution forcée par le

²⁰¹⁸ M. MEKKI, préc., note 1485, 21 (version électronique).

²⁰¹⁹ H. BOUTHINON-DUMAS, préc., note 28, 344 : « [e]n effet toute technique qui aboutit à l'anéantissement du contrat ne saurait être considérée comme pleinement satisfaisante dans le cas des contrats relationnels ».

contractant bénéficiant des changements de circonstances²⁰²⁰, à l'instar du droit italien. Dans ce cas, le contractant désavantagé doit suspendre son exécution et attendre que son partenaire le poursuive en exécution forcée, afin de lui opposer la défense d'onérosité excessive. Les juges peuvent alors refuser l'octroi de dommages-intérêts au demandeur pour le délai dans l'exécution des prestations après la survenance de l'évènement. Les cours ont alors imposé un devoir d'information de la partie désavantagé envers son partenaire²⁰²¹.

²⁰²⁰ F. HINESTROSA, préc., note 1689 à la page 416.

²⁰²¹ D. PHILIPPE, préc., note 14, p. 438; R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1297, p. 81.

Conclusion de la partie 2

La tendance contemporaine, aussi bien en droit national que dans les codifications privées, est la reconnaissance des changements de circonstances.

Deux réalités sont couvertes par les changements de circonstances, une réalité économique et une réalité relationnelle. Cependant, il apparaît que la distinction est délicate et n'est pas toujours appliquée. Les critères imposés afin de reconnaître l'imprévision semblent assez stricts pour éviter toute demande injustifiée. L'évaluation de l'imprévisibilité et de l'excessivité semble être des gages suffisant pour éviter les manœuvres dilatoires.

« The problem with an excess of restrictions or higher standards for the application of the rules on a change of circumstances is their eventual practical non-applicability that can lead to a useless and only decorative provision »²⁰²².

L'imprévision fait partie intégrante des contrats relationnels, qui, par leur nature, sont les plus sujets au changement de circonstances. Macneil, en théorisant les contrats relationnels, a précisé que ces derniers doivent voir les difficultés résolues par les normes relationnelles, ce qui suppose alors la primauté de la renégociation et de la révision judiciaire afin de maintenir la relation contractuelle²⁰²³. Les normes de flexibilité et de coopération justifient des remèdes favorisant le maintien de la relation.

²⁰²² R. A. MOMBERG URIBE, préc., note 1325, 266.

²⁰²³ N. M. CRYSTAL, préc., note 1852, 305 et s.; I. R. MACNEIL, préc., note 907.

Conclusion générale

Traditionnellement, le contrat apparaissait comme soumis à la seule volonté des parties. L'évolution récente montre toutefois que le vase clos dans lequel était enfermé le contrat ne pouvait plus survivre et qu'il fallait prendre en considération une certaine solidarité entre les partenaires. L'admission des changements de circonstances a alors été envisagée en doctrine, prenant appui sur les notions de bonne foi ou de cause. Cependant, les juges français et québécois n'ont jamais reconnu l'imprévision, tout juste ont-ils admis un devoir de renégociation des termes de l'accord.

Le droit comparé, même s'il laisse une large place à la bonne, la justice ou l'équité comme fondement aux changements de circonstances, ne paraît pas admettre de manière unanime un fondement en particulier.

L'étude de la jurisprudence, notamment lorsque le juge intervient dans le contrat, montre que le lien contractuel a une place importante. Il apparaît sous-jacent aux décisions judiciaires, et les juges statuent déjà en considération de la relation contractuelle. En outre, il a été reconnu dans le droit de la distribution avec la notion de relation commerciale établie. Le contrat se trouve alors complété par le lien contractuel. C'est donc sur la relation contractuelle que les changements de circonstances pourraient être fondés, permettant ainsi de concevoir une admission sélective de l'imprévision.

En France, Suzanne Lequette a développé, à travers le contrat-coopération, l'importance de la relation interpersonnelle dans un rapport contractuel. Elle démontre ainsi que la coopération et la flexibilité sont particulièrement importantes.

Macneil, qui a également théorisé la relation contractuelle, a développé la théorie du contrat relationnel. Après avoir étudié le comportement des contractants, il a pu observer que la théorie classique du contrat n'était plus universellement applicable et que certaines relations nécessitaient des aménagements conséquents. La relation contractuelle devient alors primordiale. Le contrat relationnel suppose une certaine durée et une coopération accrue des partenaires. Cependant, il ne se confond pas avec la fraternité ou l'altruisme. Dans ce contexte, les changements de circonstances pourraient être admis pour contrats relationnels, puisqu'ils

supposent incomplétude et durée. En outre, les contractants ayant des obligations accrues de coopération et admettant *a priori* une flexibilité de leur accord, l'imprévision prend tout son sens.

La reconnaissance des changements de circonstances dans les contrats relationnels suppose une conception large. En effet, elle ne peut être limitée aux seuls déséquilibres économiques des prestations, mais doit également prendre en compte le fondement du contrat, l'objectif pour lequel les partenaires se sont liés. L'imprévisibilité ne devrait pas être une stricte condition d'application des changements de circonstances, mais un élément important, mais non dirimant. Toutefois, le respect de l'allocation des risques semble primordial afin de satisfaire aux exigences de confiance.

Les normes de coopération et de flexibilité imposent que les remèdes octroyés soient hiérarchisés de manière plus stricte et permettent le maintien de la relation. Débutant par une obligation d'entrer en renégociation, le juge devrait ensuite chercher à maintenir le lien en adaptant lui-même les termes de l'accord lorsque les partenaires n'auront pas réussi à le faire. La résiliation du contrat, la fin de la relation contractuelle ne devrait être qu'exceptionnelle. Les contrats relationnels ont vocation à perdurer.

Bibliographie

LEGISLATION, RAPPORT ET PROJET LEGISLATIF :

MINISTERE DE LA JUSTICE, *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, (2015), en ligne :

http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf.

Law Reform (Frustrated Contracts) Act, (1943), c. 40 (Regnal. 6_and_7_Geo_6), en ligne :

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/6-7/40/contents>.

Law Reform (Frustrated Contracts) Act, (1943) 6 & 7 Geo 6c 40.

Loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, (1996), n° 96-588, en ligne :

www.legifrance.gouv.fr.

Loi relative aux nouvelles régulations économiques, (2001), n° 2001-420, en ligne :

www.legifrance.gouv.fr.

Loi en faveur des petites et moyennes entreprises, (2005), n° 2005-882, en ligne :

www.legifrance.gouv.fr.

Ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, (février 2016), JORF n° 0035, en ligne :

<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/2016-131/jo/texte>.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, texte n° 25 (11 février 2016), J.O.R.F. n° 0035, en ligne :

<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>.

COUR DE CASSATION, *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, en ligne :

https://www.courdecassation.fr/institution_1/autres_publications_discours_2039/discours_2202/travail_cour_10699.html

AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement (Second) of Contracts*, 11, coll. IN NT, 1981.

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE, *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international 2010*, Rome, Unidroit, 2010.

WHITE, J. J., *Uniform commercial code*, 5^e éd., StPaul, Minn, West Group, 2000.

Anderson on the Uniform Commercial Code.

Hawkland Uniform commercial Code Series.

Code civil français, en ligne: www.legifrance.gouv.fr.

Code civil du Québec, en ligne: <http://www.canlii.org/fr/qc/legis/lois/rlrq-c-ccq-1991/derniere/rlrq-c-ccq-1991.html>.

Bürgerliches Gesetzbuch, en ligne: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html.

Code civil italien, en ligne: <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto:1942-03-16;262!vig=>.

JURISPRUDENCE

Jurisprudence arbitrale

Centro de Arbitraje de México (CAM), 30 novembre 2006, disponible sur www.unilex.info/case.cfm?id=1149.

Corte Suprema de Justicia [Colombia], 21 février 2012, 11001-3103-040-2006-00537-01, *Rafael Alberto Martínez Luna y María Mercedes Bernal Cancino v. Granbanco S.A.*, disponible sur www.unilex.info/case.cfm?id=1709.

Supreme Court of Lithuania, 26 juin 2012, K-7-306/2012, (J.G. v. AB SEB Bankas), en ligne : <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1896>.

I.C.C. International Court of Arbitration, 2000 , en ligne : <http://www.unilex.info/case.cfm?id=832>.

Jurisprudence française

CE (Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux), 30 mars 1916 (Recueil Lebon.125).

Ass. Plén., 1 décembre 1995, n° 91-15999, (Sté Le Montparnasse), *Bull. civ.* I.n° 7.

Ass. Plén., 1 décembre 1995, n° 91-15999, (Compagnie française de téléphone c. Bechtel France (Sté)), *D.* 1995.13.

Cass. Ch. Mixte, 13 mai 2013, n° 11-22927.

Mixte, 17 mai 2013, pourvoi n° 11-22768.

CA Douai, 13 février 2012, RG 10/09275.

C.A. Lyon, 10 avril 2003, RG 2001/06057.

C.A. Nancy, 26 septembre 2007, (SAS Novacarb c. SNC Socoma), *Juris-Data* 2007[]350306.

C.A. Nîmes, 10 mai 2012, RG 10/00680.

C.A. Paris, 23 mai 2013, RG 12/01166.

C.A. Paris, 5 juin 2014, RG 12/12972, (SARL Pagnon production c. S.C.R.C.A.M.N.).

C.A. Versailles, 10 mars 2011, RG 09-09875, (Terre de Sienne c. Carrefour).

C.A. Versailles, 27 octobre 2011, RG 10-04733, (De Funès c. Toyota).

Civ., 6 mars 1876, *D.* 76 1.193.

Cass. Soc., 25 février 1992, n° 89-41634, (Expovit).

Cass. Civ. 1, 8 avril 1987, *Defrénois* 1988.375 (obs. J.ΠL. AUBERT); *JCP G* 1988.II.21037 (obs. Y. PICOD); *RTD civ.* 1988.122 (obs. J. MESTRE); *RTD civ.* 1988.146 (obs. Ph. REMY).

Cass. Civ. 1, 28 octobre 1991, n° 90-14713.

Cass. Civ. 1, 30 juin 1992, *Bull. civ.* I 212.

Cass. Civ. 1, 29 novembre 1994, n° 92-16267, (Alcatel).

Cass. Civ. 1, 3 juillet 1996, n° 94-14800, (Point club vidéo), *Bull. civ.* I n° 286.

Cass. Civ. 1, 9 novembre 1999, n° 98-10010.

Cass. Civ. 1, 16 février 1999, *D.* 2000.360 (obs *D. Mazeaud*).

Cass. Civ. 1, 4 avril 2006, n° 04-17491.

Cass. Civ. 1, 24 mars 2004, pourvoi n° 01-15804, *Bull. civ. I* n° 86.

Cass. Civ. 1, 6 mars 2007, n° 06-10946.

Cass. Civ. 1, 8 juillet 2010, 09-67013.

Cass. Civ. 1, 23 mars 2011, n° 10-11586.

Cass. Civ. 1, 19 décembre 2012, n° 11-20401.

Cass. Civ. 2, 19 février 2009, n° 07-21518.

Cass. Civ. 3, 3 mars 1993, n° 91-15613, *Bull. civ. III* n° 28.

Cass. Civ. 3, 21 juillet 1993, n° 91-20639.

Cass. Civ. 3, 9 décembre 2009, n° 04-19923.

Cass. Com., 7 janvier 1992, n° 90-13556.

Cass. Com., 3 novembre 1992, n° 96-18537, (Soc. françaises des pétroles B.P. c. M. Huard).

Cass. Com., 22 octobre 1996, n° 93-18632, (S.A. Banchemer c. Sté Chronopost).

Cass. Com., 7 octobre 1997, n° 95-14158.

Cass. Com., 20 janvier 1998, (SCAO c. Automobiles Citroën), *D. 1998* 413.

Cass. Com., 20 janvier 1998, *Contrats, conc. consomm.* 1998, comm. 56 (obs. L. LEVENEUR); *D. 1998*.413 (note Ch. JAMIN), *D. 1999*.114 (obs. D. MAZEAUD), *JCP G* 1999.II.10085 (obs. J. P. CHAZAL), *RTD civ.* 1998.675 (obs. J. MESTRE).

Cass. Com., 24 novembre 1998, n° 96-18357, (Chevassus-Marche c. Sté Groupe Danone et a.).

Cass. Com., 15 février 2000, n° 97-19.793.

Cass. Com., 6 juin 2001, n° 99-10768.

Cass. Com., 3 juillet 2001, n° 98-23070.

Cass. Com., 15 janvier 2002, n° 99-21172.

Cass. Com., 6 mai 2003, n° 00-11530.

Cass. Com., 23 avril 2003, n° 01-11664, (Auchan).

Cass. Com., 16 mars 2004, n° 01-15084, (Sociétés Les repas parisiens c. Association foyer des jeunes travailleurs et commune de Cluses).

Cass. Com., 17 mars 2004, n° 02-17.575.

Cass. Com., 25 avril 2006, n° 02-19557.

Cass. Com., 3 octobre 2006, n° 04-13214.

Cass. Com., 6 février 2007, n° 04-13178.

Cass. Com., 24 avril 2007, n° 06-12443

Cass. Com., 5 juin 2007, n° 04-20380, *Bull. civ. IV* n°156.

Cass. Com., 7 juillet 2004, n° 03-11472.

Cass. Com., 3 novembre 2004, n° 02-17078.

Cass. Com., 8 mars 2005, *D.* 2005.2843 (obs. B. FAUVARQUE-COSSON); *RDC* 2005.1015 (obs. D. MAZEAUD); *RTD Civ.* 2005.391 (obs. J. MESTRE et B. FAGES).

Cass. Com., 25 avril 2006, n° 02-19577, (M. X. c. S.C.P. Leclerc et Masselon).

Cass. Soc., 10 mai 2006, n° 05-42210.

Cass. Com., 21 novembre 2006, n° 05-11.002.

Cass. Com., 8 février 2007, n° 03-20463, (Association Le clown est roi c. Sté Favand).

Cass. Com., 27 mars 2007, n° 06-10452, (Hocquet c. M.D.M. Multimédia).

Cass. Com., 10 juillet 2007, n° 06-14768.

Cass. Com., 18 décembre 2007, n° 06-10390.

Cass. Com., 18 décembre 2007, n° 05-15970.

Cass. Com., 16 décembre 2008, n° 07-15589, (S.A.R.L. les ateliers d'origine c. S.A. Bouygues bâtiment international (B.B.I.)).

Cass. Com., 13 janvier 2009, n° 08-13971.

Cass. Com., 5 mai 2009, n° 08-11916, (Sté Tecno Plastic c. Charlet), Juris-Data 2009□048176.

Cass. Com., 15 septembre 2009, n° 08-19200, (SA Comexpo Paris c. SARL Ch. Carbonnières).

Cass. Com., 24 novembre 2009, n° 07-19248.

Cass. Com., 15 décembre 2009, n° 08-20.242, (SARL M.A.D. éditions c SARL Michelet).

Cass. Com., 9 mars 2010, n° 09-10216.

Cass. Com., 29 juin 2010, n° 09-37369, (Sté d'exploitation de chauffage c. Sté Soffimat).

Cass. Com., 14 septembre 2010, n° 09-14322.

Cass. Com., 6 septembre 2011, n° 10-30679, (Sté Racer c. Sté Décathlon).

Cass. Com., 4 octobre 2011, n° 10-20240.

Cass. Com., 2 novembre 2011, n° 10-26656, (Société Mercialys).

Cass. Com., 2 novembre 2011, n° 10-25323, (Sté Mr Bricolage c. Sté Shop concept et services).

Cass. Com., 3 mai 2012, n° 11-10544, (Sté Pre Press c. Sté Mondadori).

Cass. Com., 11 septembre 2012, n° 11-14620.

Cass. Com., 18 septembre 2012, n° 11-2179.

Cass. Com., 9 octobre 2012, n° 11-23549.

Cass. Com., 20 novembre 2012, n° 11-22660.

Cass. Com., 3 avril 2013, n° 12-17905.

Cass. Com., 9 juillet 2013, n° 12-20468.

Cass. Com., 8 octobre 2013, n° 12-22952.

Cass. Com., 7 janvier 2014, n° 12-17154.

Cass. Com., 20 mai 2014, n° 13-16398, (Starvision (Sté) c Édition de Canal Plus (Sté)).

Cass. Com., 25 février 2015, n° 12-29.550 13; 18.956; 13-20.230, (*Dupiré Invicta industrie v. Gabo*).

Jurisprudence québécoise

164618 Canada Inc. c. Cie Montréal Trust, [1998] R.J.Q. 2696 (C.A.).

2325-1689 Québec Inc. c. Charbonneau, R.E.J.B. 2001□27705 (C.S.).

2758792 Canada Inc. c. Bell Distribution Inc., J.E. 2009-1646 (C.S.).

Agropur, coopérative agro-alimentaire c. Réjean Boulet Inc., J.E. 2001-687 .

Ahsan c. Second Cup Ltd, J.E. 2003-736 ((C.A.)).

Ameublement 640 Inc. c. Meubles Canadel Inc., J.E. 2001-1167 (C.S.).

Banque de Montréal c. Bail ltée, [1992] 2 R.C.S. 554 (Cour suprême).

Banque Nationale du Canada c. Soucisse, [1981] 2 R.C.S. 339 (C.S.).

Bertrand Équipements Inc. c. Kubota Canada Ltée, [2002] R.J.Q. 1329 (C.S.).

Billards Dooly's Inc. c. Entreprises Prébour Ltée, [2014] QCCA 842.

Bussièrès (Véhicules récréatifs Gascon enr.) c. Yamaha Motor Canada Ltd., [2006] QCCS 905.

Caisse populaire Desjardins de St Eusèbe c. Dionne, [1999] R.D.I. 639 (C.S.).

Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd c. Hydro-Québec, [2014] Q.C.C.S. 3590.

Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec, [2016] QCCA 1229 (CA).

Desbiens c. Municipalité de Gallix, R.E.J.B. 2003-44842 (résumé de l'éditeur) (C.Q.).

Desroches c. Remax Brossard Inc., J.E. 2004-267 (C.Q.).

Dunkin' Brands Canada Ltd. c. Bertico Inc., [2015] QCCA 624 (CA).

Édifrice Massenet Inc. c. Métro Richelieu Inc., [2011] QCCS 2194.

Garderie éducative la Souris Verte Inc. c. Dandurand chrétien, [2010] QCCS 4843.

Gorelik c. Arbre en arbre Drummondville, [2013] Q.C.C.Q. 4148 (Q.C.).

Groupe Renaud-Bray Inc. c. Innovation F.G.F. inc., [2014] 2014 Q.C.C.S. 1683.

Groupe Van Houtte Inc. (A.L. Van Houtte Ltée) c. Développements industriels et commerciaux de Montréal Inc., [2010] Q.C.C.A. 1970.

Grzywacz c. Robin Palin Public Relation Inc., J.E. 2001-732 (C.Q.).

H. Cardinal construction Inc. c. Dollard-des-Ormeaux (Ville), [1987] R.L. 672.

Houle c. Banque canadienne nationale, [1990] 3 R.C.S. 122.

Hyde c. Woodland Automobile (1964) Ltd., [1974] C.S. 97.

Industries Atto-Renaud Inc. c. 1473-9346 Québec Inc., J.E. 99-514 (C.A.).

Lemay c. Vacances Sunwing Inc., [2014] Q.C.C.Q. 3667 (C.Q.).

Loranger c. Québec (Sous-ministre du Revenu), [2008] R.J.Q. 897 (C.A.).

Martel c. Société Mutuelle d'assurance générale du Lac-St-Jean, 1998 C.S. 138.

Paquette-Lebel c. Daigneault, [1999] R.J.Q. 1439 (C.S.).

Péladeau c. Placements Péladeau Inc., [2015] QCCA 1724 (C.A.).

Placement Claude Gohier Inc. c. Supermarché Le Blainvillois, J.E. 2004-566 (CQ).

Placements G. Murray (Québec) Ltée c. Enseignes Néon-Otis Inc., J.E. 97-1565 ((C.A.)).

Posluns c. Entreprises Lormil Inc., J.E. 90-1131 ((C.S.)).

Procureur général du Québec c. Kabakian Kechichian, [2000] R.J.Q. 1730 (C.A.).

Provigo Distribution Inc. c. Supermarché A.R.G. Inc., [1998] R.J.Q. 47 (C.A.).

Richman c. Adidas Sportschuhfabriken, J.E. 97-480 (C.A.).

Riocan Holding Québec Inc. c. 4381882 Canada Inc., [2011] QCCS 2602.

S.M.C. Pneumatiques (Canada) Ltée c. Dicsa Inc., J.E. 2000-1448 .

Société de récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec c. Gestion Grand Remous Inc., R.E.J.B. 1999-12452 ((C.A.)).

Stageline Mobile Stage Inc. c. Richard, J.E. 2002-1900 ((C.A.)).

Supermarché A.R.G. Inc. c. Provigo Distribution Inc., [1995] R.J.Q. 464 (C.S.).

Syndicat de copropriété Domaine Quatre-Saisons Phase II c. Giguère, [2011] QCCQ 7698.

Toronto-Dominion Bank c. 9045-1287 Québec Inc. (Ike & Dean), [2006] QCCS 3879.

Transport Rosemont Inc. c. Montréal (Ville de), [2008] Q.C.C.S. 5507.

Verreault c. Commission scolaire des Draveurs, J.E. 2000-326 ((C.Q.)).

Jurisprudence allemande

RG, 13 mai 1889, R.G.Z., Bd. 24

RG, 21 septembre 1920, RGZ 100, 129

RG, 3 février 1922, RGZ 103, 328, 332

B.G.H. N.J.W., (13 novembre 1975), 1976, 565 III. *Civil Senate (III Z.R. 106/72)* (Translated German Cases and Materials under the direction of Professors P. Schlechtriem, B. Markesinis and S. Lorenz), disponible sur <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=937>.

B.G.H., 8 février 1978, W.M. 1978, 322.

B.G.H. N.J.W., (8 février 1984), 1984, 1746 VIII *Civil Senate* (Translated German Cases and Materials under the direction of Professors P. Schlechtriem, B. Markesinis and S. Lorenz), disponible sur <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=935>.

Jurisprudence italienne

Cass. 7 juin 1957, n. 2109.

Cass, 18 juillet 1969, n. 3347.

Cass, 13 décembre 1980, n. 6470 (Foro it, 1981, I, 713).

Cass., 29 juin 1981, n. 4249 (Guir it, 1982, I, 673).

Cass., 5 février 1982, Mass. Giur. it. 1982 c. 173.

Cass. 21 juin 1985, n. 3730 (Foro it, Mass. 1985).

Cass, 18 juillet 1989, n. 3347 (Foro it., 1990, I, 564).

Cass, 25 mars 1991, n. 5922 (Foro it, Rep. 1991, n. 359).

Cass., 23 février 2001, n. 2661.

Cass. 21 novembre 2001, n. 14629.

Cass, 9 décembre 2002, n. 17534.

Cass., 23 septembre 2004, n. 19144.

Cass, 29 septembre 2004, n. 19563.

Cass. civ. Sez. III, 19 octobre 2006, n. 22396.

Jurisprudence belge

Cour de cassation de Belgique, 19 juin 2009, C.07.0289.N.

Jurisprudence anglaise

Abbot of Westminster v. Clerke, [1536] 73 Eng. Rep. 59.

Anglo-Egyptian Navigation Co v. Rennie, 10 C.P. 271 (1875).

Appleby v. Myers, [1867] L.R. 2; C.P. 651.

Bank Line Ltd v. Arthur Capel & Co, [1918019] All E.R. 504; [1919] A.C. 435; 88 L.J.K.B. 211; 14 Asp. M.L.C. 370; 63 Sol. Jo. 177; 120 L.T. 129; 35 T.L.R. 150.

Blakeley v. Muller & Co, 2 K.B. 760.

B.P. (Exploration) Libya Ltd v. Hunt, [1979] 1 W.L.R. 783.

Carapanayoti & Co Ltd v. E.T. Green Ltd, [1958] 3 All E.R. 115.

Chandler v. Webster, [1904] 1 K.B. 494.

Davis Contractors Ltd v. Fareham U.D.C., [1956] 2 All E.R. 145; [1956] A.C. 696; [1956] 3 W.L.R. 37; 54 L.G.R. 289; 100 Sol. Jo. 378.

Denny, Mott & Dickson Ltd v. James B. Fraser & Co Ltd, [1944] 1 All E.R. 683.

FA Tamplin Steamship Co, Ltd v. Anglo-Mexican Petroleum Products Co, Ltd, [1916] 2 A.C. 397; [1916] [1917] All E.R. Rep. 104.

Hart v. A.R. Marshall & Son (Bulwell) Ltd, [1978] 2 All E.R. 413.

Herne Bay Steam Boat Co v. Hutton, [1903] 2 K.B. 683.

Hirji Mulji v. Cheong Yue S.S. Co., A.C. 497 (1926).

Hyde v. Deam of Windsor, [1597] 78 Eng. Rep. 798.

International Sea Tankers Inc. v. Hemisphere Shipping Co Ltd (The Wenjiang), [1983] 1 Lloyd's Rep. 400.

In re Brooks Shoe Mfg Co Inc., [1982] 21 B.R. 604.

Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd, [2010] E.W.H.C. 2661.

Jackson v. The Union Marine Insurance Compagny, [1874] L.R. 10 C.P. 125.

J. Lauritzen A.S. v. Wijsmuller B.V., (The Super Servant Two), 1 Lloyd's Rep. 1 (1990).

Joseph Constantine Steamship Line Ltd v. Imperial Smelting Corporation Ltd (The Kingswood), [1941] 2 All E.R. 165; [1942] A.C. 154.

Krell v. Henry, [1903] 2 K.B. 740.

Lloyd Royal Belge S.A. v. Stathalos, [1917] 33 T.L.R. 390.

Metropolitan Water Board v. Dick Kerr & Co, [1916] All E.R. Rep. 122; [1918] A.C. 119; 16 L.G.R. 1; 82 J.P. 61; 87 L.J.K.B. 370; 23 Com. Cas. 148; 62 Sol. Jo. 102; 117 L.T. 766; 34 T.L.R. 113.

National Carriers Ltd v. Panalpina (Northern) Ltd, [1981] A.C. 675; [1981] 1 All E.R. 161; [1981] 2 W.L. 45; 43 P. & C.R. 72.

Notcutt v. Universal Equipment Co (London) Ltd, [1986] 3 All E.R. 582.

Ocean Tramp Tankers Corporation v. V/O Soyfracht (The Eugenia), [1964] 2 Q.B. 226; [1964] 1 All E.R. 161; [1964] 2 W.L.R. 114; [1963] 2 Lloyd's Rep. 381; 107 Sol. Jo. 931].

Paal Wilson & Co A./S. v. Partenreederei Hannah Blumenthal, [1983] 1 All E.R. 34; [1983] 1 A.C. 854; [1982] 3 W.L.R. 1149.

Paradine v. Jane, [1647] 82 Aley 26.

Pioneer Shipping Ltd and another v. B.T.P. Tioxide Ltd (The Nema), [1981] 2 All E.R. 1030; [1982] A.C. 724; [1981] 3 W.L.R. 292; [1981] 2 Lloyd's Rep. 239; [1981] Com. L.R. 197.

Robinson v. Davison and Wife, [1861] All E.R. 699.

Shirlaw v. Southern Foundries (1926) Ltd and Federated Foundries Ltd, [1939] 2 K.B. 206; [1939] 2 All E.R. 113.

Société Franco Tunisienne d'Armement v. Sidermar, [1960] 2 All E.R. 529.

Staffordshire Area Health Authority v. South Staffordshire Waterworks Co, [1978] 1 W.R.L. 1387.

Taylor v. Caldwell, [1863] W.L. 6052.

The Moorcock, [1889] 14 P.D. 64; 58 L.J.P. 73; 6 Asp. M.L.C. 373; 37 W.R. 439; [1886] 90 All. E.R. Rep. 530; 60 L.T. 654; 5 T.L.R. 316.

The Super Servant Two, [1990] 1 Lloyd's Rep. 1.

Tsakiroglou & Co Ltd v. Nolee & Thorl GmbH, [1961] 2 All E.R. 179.

Westminster v. Clarke, [1536] 73 Eng. Rep. 59.

Williams v. Lloyd, [1629] 82 Eng. Rep. 95.

World Land Ltd v. Daon Development Corp, [1982] 4 W.W.E. 557.

Walford v. Miles, [1992] 2 A.C. 128 (House of Lords).

Jurisprudence américaine

Alamance County Board of Education v. Boddy Murray Chevrolet Inc., [1996] 465 S.E. 2d 306.

Albre Marble & Tile Co v. John Bowen Co, [1959] 155 N.E. 2d 437.

A-Leet Leasing Corp v. Kingshead Corp, [1977] 375 A. 2d 1208.

Alimenta (USA), Inc. v. Gibbs Nathaniel (Canada) Ltd, [1986] 802 F. 2d 1362.

Aluminium Company of America v. Essex Group Inc., [1980] 499 F. Supp. 53.

Asphalt International Inc. v. Enterprise Shipping Corp, 667 F. 2d 261.

Eastern Air Lines v. Gulf Oil Co, [1975] 415 F. Supp. 429.

Eastern Air Lines v. McDonnell Douglas Corp, [1976] 532 F. 2d 957.

Engel Industries Inc. v. First American Bank, [1992] 798 F. Supp. 9.

Fibrosa Spolka Akeyjna v. Fairburn Lawson Combe Barbour Ltd, [1943] App. Cas. 32.

Florida Power & Light Co v. Westinghouse Elec. Corp, [1987] 826 F. 2d 239.

Golsen v. ONG Western Inc., [1988] 5 U.C.C. Rep. Serv. 2d 605.

Gulf Oil Corp v. F.P.C., [1977] 563 F. 2d 588 (U.S. Court of Appeals).

Iowa Elec Light & Power Co. v. Atlas Corp, [1978] 467 F. Supp. 129.

Lawrance v. Elmore Bean Warehouse Inc., [1985] 702 P. 2d 930.

Louisiana Power & Light Co v. Allegheny Ludlum Industries Inc, [1981] 517 F. Supp. 1319.

Maple Farms, Inc. v. The City of Elmira School District, [1974] 76 Misc. 2d 1080.

Maritime National Fish Co v. Ocean Trawler Ltd, [1935] A.C. 524.

Mextel Inc. v. Air-Shields Inc., [2005] 56 U.C.C. Rep. Serv. 2d 1.

Mineral Park Land Co v. Howard, [1916] 172 Cal. 289.

Nora prings Coop Co v. Brandau, [1976] 247 N.W. 2d 744.

Northern Indiana Public Service Co v. Carbon County Coal Co, 799 F. 2d 265 (1986).

Ressources Inv. Corp v. Enron Corp, [1987] 669 F. Supp. 1038.

Rockland Indus v. E. + E. (U.S.) Inc., [1998] 991 F. Supp. 468.

Syrovoy v. Alpine Resources Inc., [1992] 841 P. 2d 1279.

Transatlantic Fin Corp v. United States, [1966] 363 F. 2d 312.

Waldinger Corp v. C.R.S. Group Engineers, Inc., [1985] 775 F. 2d 781.

Waukesha Foundry v. Industrial Engrg., [1996] 91 F. 3d 1002.

Westinghouse I, [1981] 517 F. Supp. 440.

MONOGRAPHIE:

ALBIGES, C., *De l'équité en droit privé*, coll. Bibliothèque de droit privé, n°329, Paris, L.G.D.J., 2000.

ANTONIOLLI, L., *Principles of European contract law and Italian law : [a commentary]*, The Hague, Kluwer Law Internat., 2005.

ATIIAH, P. S., *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

———, *Atiyah's introduction to the law of contract*, 6^e éd., Oxford, Clarendon Press, 2005.

AUVERNY-BENNETOT, J., *La théorie de l'imprévision: droit privé, droit administratif, droit ouvrier*, Paris, Librairie du « Recueil Sirey », 1938.

AYNES, L., *Crise économique et droit des contrats*, Montréal, Éditions Thémis, 2010.

BAR, C. VON, É. CLIVE et H. SCHULTE-NÖLKE, *Principles, Definitions and Model Rules of European private law - Draft common frame of reference (DCFR)*, Outline edition, European law publishers, 2009, en ligne : http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.

BATIFFOL, H., *La philosophie du droit*, Paris, PUF, 1960.

BAUDOIN, J.-L., *Le droit civil de la province de Québec, modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953.

BAUDOIN, J.-L., P.-G. JOBIN et N. VEZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2013.

BEALE, H. G., H. KÖTZ, D. TALLON et A. HARTKAMP, *Contract law*, coll. Casebooks on the

common law of europe, Portland, Hart Publishing, 2002.

BELLEY, J.-G., *Le contrat entre droit, économie et société: étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 1998.

BERGEL, J.-L., *Théorie générale du droit*, 5^e éd., coll. Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2012.

BLOCH, C., *L'obligation contractuelle de sécurité*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002.

BOISMAIN, C., *Les contrats relationnels*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005.

BOMSEL, *La théorie de l'imprévision en droit civil français.*, Paris, Jouve, 1922.

BOURRIER, C., *La faiblesse d'une partie au contrat*, Louvain-la-Neuve Belgique, Academia-Bruylant, 2003.

BOYLE, C. et D. R. PERCY, *Contracts : cases and commentaries*, 7^e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2004.

BRUNNER, C., *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*, Austin; Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law & Business, 2009.

CAILLÉ, A., *Anthropologie du don: le tiers paradigme*, Paris, Desclée De Brouwer, 2000.

CAILLÉ, A. et J.-É. GRESY, *La révolution du don: le management repensé à la lumière de l'anthropologie*, Paris, Éd. du Seuil, 2014.

CAMPBELL, D., H. COLLINS et J. WIGHTMAN, *Implicit dimensions of contract: discrete, relational, and network contracts*, Oxford; Portland, Or., Hart Pub., 2003.

CARBONNIER, J., *Droit civil. Les obligations*, 21^e éd., coll. Thémis, Paris, PUF, 1998.

CARTWRIGHT, J., *Contract law : an introduction to the English law of contract for the civil lawyer*, Oxford ; Portland, Or, Hart Publishing, 2007.

CARTWRIGHT, J., S. VOGENAUER et S. WHITTAKER, *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, Société de législation comparée, 2010.

CATALA, P., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La Documentation française, 2006.

CERMOLACCE, A., *Cause et exécution du contrat*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001.

CHAGNY, M., *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2004.

CHEN-WISHART, M., *Contract law*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012.

CHÉNEDÉ, F., *Les commutations en droit privé: contribution à la théorie générale des obligations*, Paris, Economica, 2008.

CHITTY, J., *Chitty on contracts*, 31^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2012.

COLLINS, H., *The law of contract*, 4^e éd., London, Butterworths, 2003.

CONSTANTINESCO, L.-J., *Traité de droit comparé*, Paris, L.G.D.J., 1972.

CORBIN, A. L., *Corbin on contracts*, StPaul, West PubCo, 1952.

COURDIER-CUISINIER, A.-S., *Le solidarisme contractuel*, Paris, LexisNexis Litec, 2006.

CREPEAU, P.-A., *Théorie générale de l'obligation juridique: éléments d'une introduction*, Montréal, Centre de Recherche en droit privé & comparé du Québec, 1987.

———, *Les principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec: valeurs partagées?*, Scarborough, Ont, Carswell, 1998.

DAVID, R., *English law and French law: a comparison in substance*, London, Stevens, 1980.

———, *Les contrats en droit anglais*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1985.

———, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002.

DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général; sources des obligations*, Paris, Rousseau, 1923.

DRAPIER, S., *Les contrats imparfaits*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001.

DURAND, P. et M. AZOULAI, *La tendance à la stabilité du rapport contractuel: études de droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1960.

DURKHEIM, É., *De la division du travail social*, Paris, PUF, 2013.

EL-GAMMAL, M. M., *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques: étude comparée de droit civil français et de droit civil de la République Arabe Unie*, coll. Bibliothèque de droit privé, n°83, Paris, L.G.D.J., 1967.

FABRE-MAGNAN, M., *De l'obligation d'information dans les contrats: essai d'une théorie*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, L.G.D.J., 1992.

———, *Droit des obligations. 1 - contrat et engagement unilatéral*, Paris, PUF, 2012.

FAGES, B., *Le comportement du contractant*, Aix-en-Provence (France), PUAM, 1997.

FARNSWORTH, E. A., *Contracts*, 4^e éd., New York, Aspen Pub, 2004.

FAURE-ABBAD, M., *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle: contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2003.

FAUVARQUE-COSSON, B. et D. MAZEAUD, *Terminologie contractuelle commune: projet de cadre commun de référence*, Paris, Société de législation comparée, 2008.

FAUVARQUE-COSSON, B., D. MAZEAUD et A. H. C. des amis de la culture juridique FRANÇAISE, *Principes contractuels communs: projet de cadre commun de référence*, Paris, Société de Législation Comparée, 2008.

FERRIER, D., *Droit de la distribution*, Paris, LexisNexis, 2012.

FIN-LANGER, L., *L'équilibre contractuel*, coll. Bibliothèque de droit privé, n°366, Paris, LGDJ, 2002.

FLOUR, J., J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3, Le rapport d'obligation : la preuve, les effets de l'obligation, la responsabilité contractuelle, transmission, transformation, extinction*, 5^e éd., Paris, Sirey, 2007.

———, *Les obligations. 1, L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, 14^e éd., Paris, Sirey, 2010.

FOUILLEE, A., *La science sociale contemporaine*, Paris, Hachette, 1880.

FREDERIQUE FERRAND, *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997.

FRIDMAN, G. H. L., *The law of contract in Canada*, 5^e éd., Toronto, Ont, Thomson/Carswell, 2011.

FROMONT, M., *Grands systèmes de droit étrangers*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2001.

FULLER, L. L., *Basic contract law*, 7^e éd., StPaul, Minn, West Group, 2001.

FURMSTON, M. P., G. C. CHESHIRE et C. H. S. FIFOOT, *Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract*, Oxford, Oxford University press, 2007.

G. H. TREITEL, *Frustration and force majeure*, 2nd éd., London Eng, Thomson Sweet & Maxwell, 2004.

GABRIEL, H. D., *The ABCs of the UCC. (Revised) Article 2, Sales*, Chicago, American Bar Association, Section of Business Law, 2004.

GAC-PECH, S. LE, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, coll. Bibliothèque de droit privé, n°335, Paris, LGDJ, 2000.

GAMBARO, A., *Le droit de l'occident et d'ailleurs*, Paris, LGDJ, 2011.

GARAPON, A., *Juger en Amérique et en France : culture juridique française et common law*,

Paris, OJacob, 2003.

GARDNER, D. et M. TANCELIN, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 10^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.

GATSI, J., *Le contrat-cadre*, Paris, L.G.D.J., 1996.

GAUDEMET, E., J. GAUDEMET et H. DESBOIS, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1965.

GENICON, T., *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, LGDJ, 2007.

GHESTIN, J., *Traité de droit civil. Les effets du contrats*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2001.

GILMORE, G., *The death of contract*, Columbus, Ohio State University Press, 1974.

GLENN, P. H., *Legal traditions of the world : sustainable diversity in law*, 3^e éd., Oxford ; New York, Oxford University Press, 2007.

GODBOUT, J., *Le don, la dette et l'identité: homo donator versus homo oeconomicus*, Paris, Éd. la Découverte : MAUSS, 2000.

GODBOUT, J. et A. CAILLÉ, *L'esprit du don*, [Montréal], Boréal, 1992.

GORDLEY, J., *Foundations of private law : property, tort, contract, unjust enrichment*, Oxford ; Toronto, Oxford University Press, 2006.

GOUNOT, E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, A. Rousseau, 1912.

GREGOIRE, M. A., *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, Cowansville Québec, Éditions Yvon Blais, 2010.

GRYNBAUM, L. et M. NICOD, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004.

HETZEL, P., *Le marketing relationnel*, Paris, PUF, 2004.

HONDIUS, E. H. et H. C. GRIGOLEIT, *Unexpected circumstances in European contract law*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2011.

HOUTCIEFF, D., *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Aix-en-Provence, PUAM, Faculté de droit et de science politique, 2001.

JACQUES, P., *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Paris, Dalloz, 2005.

JALUZOT, B., *La bonne foi dans les contrats : étude comparative des droits français, allemand et japonais*, Paris, Dalloz, 2001.

JAMIN, C., D. MAZEAUD et P. ANCEL, *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003.

JOUANJAN, O., *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918) : idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle*, Paris, PUF, 2005.

KARSENTI, B., *Marcel Mauss: le fait social total*, Paris, PUF, 1994.

KONRAD ZWEIGERT et HEIN KÖTZ, *Introduction to comparative law*, 3^e éd., Oxford, Clarendon Press ; Toronto, 1998.

LABORDERIE, A.-S. L., *La pérennité contractuelle*, Paris, L.G.D.J., 2005.

LAITHIER, Y.-M., *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004.

LALOT, L., *Lamy droit économique*, 2014.

LANDO, O. et H. G. BEALE, *Principles of European contract law. Parts I and II*, The Hague; Boston, Kluwer Law International, 2000.

LARROUMET, C., *Droit civil, Tome III*, Paris, Economica, 2003.

LASBORDES, V., *Les contrats déséquilibrés*, Aix-en-Provence, PUAM, 2000.

LAWSON, F. H., *The comparison*, Amsterdam, North-Holland PubCo, 1977.

LEBRUN, C., *Le devoir de coopération durant l'exécution du contrat*, Montréal, LexisNexis, 2013.

LEBRUN, C., *Le devoir de coopération durant l'exécution du contrat*, Montréal, LexisNexis, 2013.

LEFEBVRE, B., *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 1998.

LEGRAND, P., *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009.

LEQUETTE, S., *Le contrat-coopération: contribution à la théorie générale du contrat*, coll. Recherches juridiques, n°27, Paris, 2012.

LLUELLES, D. et B. MOORE, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 2012.

LOUVEAU, A., *Théorie de l'imprévision en droit civil et en droit administratif*, Rennes, Francis Simon, 1920.

LY, F. D. et M. FONTAINE, *Drafting international contracts: an analysis of contract clauses*, Ardsley, N.Y, Transnational Publishers, 2006.

MACNEIL, I. R., *The new social contract: an inquiry into modern contractual relations*, New Haven, Yale University Press, 1980.

MACNEIL, I. R. et P. J. GUEDEL, *Contracts: exchange transactions and relations*, New York, Foundation Press, 2001.

MAINGUY, D. et M. DEPINCE, *Droit de la concurrence*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2015.

MALAUURIE, P., L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., Paris, Defrénois, 2013.

MALAUURIE-VIGNAL, M. et D. HEINTZ, *Droit de la distribution*, Paris, Sirey, 2012.

MALINVAUD, P. et D. LASZLO-FENOUILLET, *Droit des obligations*, Paris, LexisNexis, 2012.

MAUSS, M., *Essai sur le don : forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, Chicoutimi, J-MTremblay, 2002.

MAZEAUD, D., *La notion de clause pénale*, Paris, L.G.D.J., 1992.

———, *Les dix commandements du droit français contemporain des contrats*, coll. Conférences Roger-Comtois, n°4, Montréal, Éditions Thémis, 2006.

MCKENDRICK, E., *Force majeure and frustration*, 2^e éd., London ; New York, Lloyd's of London Press, 1995.

MICHAEL PHILIP FURMSTON, *Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract*, 16th éd., Oxford, Oxford University Press, 2012.

MICHEL VOIRIN, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, Nancy, Vagner, 1922.

MOMBERG URIBE, R. A., *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts*, 94, coll. Ius commune europaeum, Cambridge, Intersentia, 2011.

OST, F., *Le temps du droit*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1999.

PANCRAZI-TIAN, M.-E., *La Protection judiciaire du lien contractuel*, Aix-en-Provence, PUAM, 1969.

PARAISO, F., *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, PUAM, 2011.

PEEL, E., *The law of contract*, 13^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2011.

PELLÉ, S., *La notion d'interdépendance contractuelle: contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Paris, Dalloz, 2007.

PENIN, O., *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2012.

PHILIPPE, D., *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1986.

- PIAZZON, T., *La sécurité juridique*, Paris, Defrénois, 2009.
- PICOD, Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1989.
- PIETTE, G., *La correction du contrat*, 1, Aix-en-Provence, Presses Univ. d'Aix-Marseille, 2004.
- PIMONT, S., *L'économie du contrat*, Aix-en-Provence, Presses Univ. d'Aix-Marseille, 2004.
- PINEAU, J., D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001.
- PONTHOREAU, M.-C., *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010.
- POPESCU, C. M., *Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé*, Paris, L.G.D.J., 1937.
- POPINEAU-DEHAULLON, C., *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat: étude comparative*, Paris, L.G.D.J., 2008.
- PRADO, M. C. de A., *Le hardship dans le droit du commerce international*, coll. Fondation pour l'étude du droit et des usages du commerce international, Paris, Forum européen de la communication ; Bruxelles: Bruylant, 2003.
- PRIGOGINE, I., *La fin des certitudes*, Paris, Odile Jacob, 1996.
- QUEBEC (PROVINCE). OFFICE DE REVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec / Office de révision du Code civil*, Québec: Editeur officiel, 1977.
- RANOUIL, V., *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980.
- REINHARD ZIMMERMANN et MATHIAS REIMANN, *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford ; Toronto, Oxford University Press, 2006.
- RENOUX, C., *La théorie de l'imprévision en droit italien*, [S.l.], Université d'Aix-Marseille,

1964.

RICCIO, A., *Dell'eccessiva onerosità : art. 1467-1469*, Bologna; Roma, Zanichelli ; Soc. ed. del Foro italiano, 2010.

RICHARD, P., *Le jeu de la différence : réflexions sur l'épistémologie du droit comparé*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2007.

RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 1949.

RODOLFO SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991.

ROUHETTE, G., I. de LAMBERTERIE, D. TALLON et C. WITZ, *Principes du droit européen du contrat*, Paris, Société de législation comparée, 2003.

SACCO, R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, UTET, 1994.

SAYAG, A. (dir.), *Le contrat cadre - Exploration comparative*, Paris, Litec, 1994.

SERIAUX, A., *Droit des obligations*, coll. Droit fondamental. Droit civil, Paris, PUF, 1998.

SMITS, J. M., *Elgar encyclopedia of comparative law*, 2^e éd., Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2012.

STARCK, B., *Droit civil. Les obligations. 2. Contrat*, 6^e éd., Paris, Litec, 1998.

STOFFEL-MUNCK, P., *Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, Aix-en-Provence, PUAM, 1994.

———, *L'abus dans le contrat: essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 2000.

SUMMERS, R. S., *Contract and related obligation : theory, doctrine, and practice*, 4^e éd., StPaul, Minn, West Group, 2001.

SWAN, A., *Canadian contract law*, 2^e éd., Markham, Ont, LexisNexis, 2009.

TALLON, D. et D. HARRIS, *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, Paris, L.G.D.J., 1987.

TANCELIN, M., *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1997.

———, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009.

TERRE, F., *Droit civil. Les obligations*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2009.

———, *Pour une réforme du droit des contrats*, coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2009.

TERRÉ, F., Y. LEQUETTE et P. SIMLER, *Droit civil: Les obligations*, Paris, Dalloz, 2013.

TERRE, F., P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2005.

TEYSSIE, B., *Les groupes de contrats*, Bibliothèque de droit privé, Paris, L.G.D.J., 1975.

THIBIERGE, L., *Le contrat face à l'imprévu*, Paris, Economica, 2011.

TOURNEAU, P. LE, *Droit de la responsabilité et des contrats*, coll. Dalloz Action, Paris, Dalloz, 2010.

TREITEL, G. H., *Frustration and force majeure*, 3^e éd., London, Thomson Sweet & Maxwell, 2014.

TREITEL, G. H., *An outline of the law of contract*, 6^e éd., Oxford ; Toronto, Oxford University Press, 2004.

VIRASSAMY, G. J., *Les contrats de dépendance: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Paris, L.G.D.J., 1986.

WITZ, C., *Droit privé allemand*, Paris, Litec, 1992.

WITZ, C. et F. RANIERI, *La réforme du droit allemand des obligations : colloque du 31 mai*

2002 et nouveaux aspects, Paris, Société de législation comparée, 2004.

WRIGHT, R. A. W., *Legal essays and addresses*, Cambridge, University Press, 1939.

ZIMMERMANN, R., *The law of obligations : Roman foundations of the civilian tradition*, 1^{re} éd., Cape town, Juta, 1990.

———, *The new german law of obligations : historical and comparative perspectives*, Oxford [etc.], Oxford University Press, 2010.

L'évolution contemporaine du droit des contrats, coll. Journée René Savatier, Paris, PUF, 1986.

ARTICLES DE REVUE OU D'OUVRAGES COLLECTIF

ABECASSIS, C., « Les coûts de transaction: état de la théorie », (1997) 15-84 *Réseaux* 9.

AIVAZIAN, V. A., M. J. TREBILCOCK et M. PENNY, « The law of contract modifications: the uncertain quest for a bench mark of enforceability », (1984) 22-2 *Osgoode Hall LJ* 173.

ALPHA, G., « Les nouvelles frontières du droit des contrats », dans *Études offertes à Jacques Ghestin: Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 1.

AMBROISE, L., I. MAQUE et I. PRIM-ALAZ, « Ian Macneil et la théorie du contrat social : Proposition d'un outil d'analyse de la valeur relationnelle pour l'ensemble des domaines de gestion », dans Carine DOMINGUEZ-PERY, *Valeurs et outils de gestion: de la dynamique d'appropriation au pilotage*, Paris, Hermès science publications-Lavoisier, 2011, p. 189.

AMRANI-MEKKI, S., « Indivisibilité et ensembles contractuels: l'anéantissement en cascade des contrats », (2002) 6 *Defrénois* 355.

ANCEL, P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999.771.

———, « La force obligatoire du contrat. Jusqu'où faut-il la défendre? », dans Christophe JAMIN, Denis MAZEAUD et Pascal ANCEL, *La nouvelle crise du contrat*, coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2003, p. 165.

———, « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », (2011) 45 *R.J.T.* 87.

ANCEL, P., P. BRUN, V. FORRAY, O. GOUT, G. PIGNARRE et S. PIMONT, « Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats », (2008) I-48 *JCP G* 213.

ANCEL, P. et R. WINTGEN, « La théorie du “fondement contractuel” (Geschäftsgrundlage) et son intérêt pour le droit français », *RDC* 2006.3.897.

ARHEL, P., « Transparence tarifaire et pratiques restrictives », dans *Répertoire de droit civil*.

ATIAS, C., « Restaurer le droit du contrat », *D.* 1998.137.

AUBERT, J.-L., « L'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat », *Deffrénois* 1993.22.1377.

———, « L'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat », *Deffré* 1993.22.1377.

AUBREY, M. D., « Frustration Reconsidered: Some Comparative Aspects », (1963) 12-4 *Int. Comp. Law Q.* 1165.

AUGAGNEUR, L.-M., « La répercussion d'une baisse d'activité sur les fournisseurs et sous-traitants constitue-t-elle une rupture partielle des relations commerciales établies? Ou comment la crise révèle un cas d'imprévision », *J.C.P. E.* 2009.18.1446.

———, « L'anticipation raisonnable de la rupture des relations commerciales - À propos d'un non-revirement de la Cour de cassation », *J.C.P. E.* 2009.42.1969.

AUSTEN-BAKER, R., « Implied Terms in English Contract Law: The Long Voyage of The Moorcock », (2009) 38-1 *Common Law World Rev.* 56-80.

AYNES, L., « Le devoir de renégocier », *RJ Com* 1999.11.

———, « L'obligation de loyauté », (2000) 44 *Arch. Philos. Droit* 195.

———, « L'imprévision en droit privé », *RJ Com* 2005.397.

———, « Bonne foi », *RDC* 2007.4.1107.

———, « Mauvaise foi et prérogative contractuelle », *RDC* 2011.2.687.

BARANAUSKAS, E. et P. ZAPOLSKIS, « The effect of change in circumstances on the performance of contract », (2009) 118-4 *Jurisprudencija* 197.

BARBIER, H., « Les clauses des contrats d'application l'emportent sur les clauses contraires du contrat-cadre », *RTD civ.* 2014.113.

BARNETT, R. E., « Conflicting visions: A critique of Ian Macneil's relational theory of contract », (1992) 78-5 *Va. Law Rev.* 1175.

BARNETT, R. E., « The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent », (1992) 78 *Va Rev* 821.

BAUDOIN, J.-L., « Theory of imprevision and judicial intervention to change a contract », dans *J. Dainow, Essays on the Civil Law of Obligations*, Louisiana State University Press, 1969.

———, « Justice et équilibre: la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », dans *Études offertes à Jacques Ghestin : Le contrat au début du XXIe siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 29.

BEDARD, J., « Réflexions sur la théorie de l'imprevision en droit québécois », (1997) 42 *McGill LJ* 761.

BELANGER, A. et J. MANEKENG TAWALI, « Au-delà de l'utilitarisme, le don plutôt que le relationnel dans le contrat d'assurance », (2009) 50 *C D* 37.

BELLEY, J.-G., « La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme », (1985) 26-4 *C D* 1045.

———, « Deux journées dans la vie du droit: Georges Gurvitch et Ian R. Macneil », (1988) 3 *Rev. Can. Droit Société* 27.

———, « Théories et pratiques du contrat relationnel: les obligations de collaboration et d'harmonisation normative" », dans *Conférences Meredith Lectures 1998-1999: La pertinence renouvelée du droit des obligations: Back to Basics. The continued relevance of the law of obligations: retour aux sources*, coll. Conférences commémoratives Meredith 1998-1999, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 137.

BENABENT, A., « La bonne foi dans l'exécution du contrat (Rappoet français) », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE (dir.), *La bonne foi: Journées louisianaises*, Paris, Litec, 1994, p. 291.

BENABENT, A. et L. AYNES, « Réforme du droit des contrats et des obligations: aperçu général », *D.* 2016.434.

BOHEMIER, A. et F. FOX, « De l'Effet des Changements de Circonstances sur les Contrats dans le Droit Civil Quebecois », (1962) 12 *R.J.T.* 77.

BOURGEON, C., « La prise en compte des investissements dans la résiliation abusive des contrats de distribution », *RDC* 2004.4.1107.

BOUTHINON-DUMAS, H., « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », (2001) 3 *Rev. Int. Droit Économique* 339.

BOUTONNET, M., « L'obligation de renégocier le contrat au nom de la lutte contre les gaz à effet de serre », *D.* 2008.1120.

BOY, L., « Les "utilités" du contrat », *Petites Affiches* 1997.109.3.

BOYER, L., « Contrats et conventions », dans *Répertoire de droit civil*, Paris, Dalloz.

BRETZNER, J.-D., « Brèves réflexions sur un outil "alternatif" en temps de crise: la caducité (ou comment faire "du neuf" avec "du vieux"?) », *RDC* 2010.1.487.

BRETZNER, J.-D. et E. DUMINY, « Le contentieux de la rupture du contrat d'affaires », *A.J.C.A.* 1.14.

BURGE, A., « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD civ.* 2000.1.1.

BUY, F., « L'interdépendance contractuelle à l'honneur », *JCP G* 2013.24.673.

———, « Le contentieux de la rupture brutale des relations commerciales n'est pas toujours réservés à la cour d'appel de Paris », *D.* 2014.2329.

BUY, F. et J.-B. SEUBE, « Interdépendance de contrats s'inscrivant dans une opération incluant une location financière », *JCP G* 2013.22.595.

CABRILLAC, M., « Le droit civil français des contrats à la fin du XXe siècle », dans *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 187.

CABRILLAC, R., « La motivation dans les contrats en droit français », dans Jean-Louis BAUDOIN et Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2012, p. 225.

———, « L'article 1196: la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision », *RDC* 2015.3.112.

CADIET, L., « Une justice contractuelle, l'autre », dans *Études offertes à Jacques Ghestin: Le contrat au début du XXIe siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 177.

CADIET, L., « Interrogation sur le droit contemporain des contrats », dans *Le droit contemporain des contrats: bilan et perspectives*, Paris, Economica, 1987, p. 1.

CAILLE, A., « De l'idée de contrat - Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement) », dans Christophe JAMIN, Denis MAZEAUD et Pascal ANCEL, *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 27.

CAMPBELL, D. et D. HARRIS, « Flexibility in long-term contractual relationships: the role of co-operation », (1993) 20 *J Soc* 166.

CARTWRIGHT, J., « Un regard anglais sur les forces et les faiblesses du droit français des

contrats », *RDC* 2015.3.691.

CARVAL, S., « Obligation de renégocier un contrat bouleversé par un changement de circonstances », *RDC* 2008.3.759.

CATHIARD, A., « L'indifférence de la qualité de la victime dans la rupture d'une relation commerciale établie », *D.* 2007.1317.

CAVALIE, B., « Le projet de réforme du droit des contrats face à la crise: quel avenir pour la théorie de l'imprévision? », *Rev. Lamy Droit Civ.* 2009.62.

CEDRAS, J., « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Rapp. Annu. Cour Cassat.* 2003.

CHAGNY, M., « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit des contrats », *RDC* 2004.3.861.

CHANTEPIE, G., « L'efficacité attendue du contrat », *Rev. Droit Contrats* 2010.347.

CHARPENTIER, É., « L'émergence d'un ordre public ... privé: une présentation des Principes d'Unidroit », (2002) 36 *R.J.T.* 355.

———, « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », (2004) 45 *C D* 69.

———, « Le prix de la sécurité juridique en matière contractuelle: l'exemple de l'évolution du sort réservé à la lésion en droit québécois », (2008) 110 *R N* 545.

CHAZAL, J.-P., « Théorie de la cause et justice contractuelle: A propos de l'arrêt chronopost (Cass. Com., 22 oct. 1996) », (1998) I-29 *JCP G* 152.

———, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1er du code civil », *RTD civ.* 2001.265.

CHAZAL, J.-P., « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin? », dans Christophe JAMIN, Denis MAZEAUD et Pascal ANCEL, *La nouvelle crise du contrat*, Paris,

Dalloz, 2003, p. 99.

CHENEDE, F., « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *RDC* 2011.2.709.

CHEVRIER, É., « La relation établie n'est pas la juxtaposition de contrats indépendants », *D.* 2009.225.

———, « La relation établie peut être la succession de contrats ponctuels », *D.* 2009.2277.

———, « Responsabilité délictuelle pour rupture brutale d'une relation commerciale établie », *D.* 2009.5.295.

CHONE, A.-S., « Vers la consécration de la théorie de l'imprévision? La Cour de cassation engagée dans une politique des petits pas », *Petites Affiches* 2010.256.7.

CLASSEN, H. W., « Judicial intervention in contractual relationships under the Uniform Commercial Code and Common Law », (1991) 42 *S. C. Law Rev.* 379.

COHEN, D., « Inefficacité d'une clause limitative de responsabilité en raison d'un manquement à une obligation essentielle », (1997) II-28 *JCP G* 22881.

COIPEL, M., « La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile », dans *Enjeux et valeurs d'un code civil moderne - Les journées Maximilien-Caron 1990*, Montréal, Thémis, 1991, p. 117.

COURET, A., « Limites du contrôle judiciaire de la bonne foi contractuelle », *Bull. Joly Sociétés* 2007.11.1187.

COUSIN, C., H. GUIZIOU, M. LEVENEUR-AZEMAR, B. MORON-PUECH et A. STEVIGNON, « Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *D.* 2015.1115.

COUVIOUR, K. LE, « Regards critiques sur la rupture brutale des relations commerciales établies », *RTD Com* 2008.1.

CREPEAU, P.-A., « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 18-1 *Rev. Barreau Can.* 1.

———, « La fonction du droit des obligations », (1998) 43 *McGill LJ* 729.

CRISTAU, A., « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002.2814.

CRYSTAL, N. M., « An empirical view of relational contracts under article two of the Uniform Commercial Code », *Ann Surv Am L* 1988.293.

DASTIS, J. C. M., « Change of circumstances (Section 313 BGB) trigger for the next financial crisis? », *Eur. Rev. Priv. Law* 2015.1.85.

DAVID, R., « L'imprévision dans les droits européens », dans Alfred JAUFFRET, *Études offertes à Alfred Jauffret*, Aix-en-Provence, Faculté de droit et de sciences politique d'Aix-Marseille, 1974.

DAWSON, J. P., « Judicial Revision of Frustrated Contracts: Germany », (1983) 63 *BUL Rev* 1039.

———, « Judicial Revision of Frustrated Contracts: The United-States », (1984) 64 *BUL Rev* 1.

DELEBECQUE, P., « Cause-motif? Cause-contrepartie? Ou cause motif et cause contrepartie? », *Deffrénois* 1996.17.1015.

DELFORGE, C., « Le contrat à long terme: quand la relation enrichit le contrat ... », dans Catherine DELFORGE, *Actualités en matière de rédaction des contrats de distribution*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 1.

DELMAS-SAINT-HILAIRE, J.-P., « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », dans *La tendance à la stabilité du rapport contractuel; études de droit prive*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 189.

DELPECH, X., « Le devoir de bonne foi n'écarte pas la force obligatoire du contrat », *D.* 2007.2839.

———, « Interdépendance contractuelle: intervention d'une chambre mixte de la Cour de

cassation », *D.* 2013.24.1658.

DIDIER, P., « Brèves notes sur le contrat-organisation », dans *L'Avenir du droit: mélanges en hommage à François Terré.*, Paris, Presses universitaires : Dalloz : Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 635.

DIESSE, F., « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », (1999) 43 *Arch. Philos. Droit* 259.

DiMATTEO, L. A., « Contractual excuse under the CISG: impediment, hardship, and excuse doctrines », (2015) 27-1 *Pace Int. Law Rev.* 258.

DOOREY, D. J., « The transparent supply chain: from resistance to implementation at Nike and Levi-Strauss », (2011) 103 *J. Bus. Ethics* 587.

DOUGLAS G. BAIRD, « Self-interest and cooperation in long-terms contracts », (1990) 19 *J. Leg. Stud.* 583.

DUPICHOT, P., « La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision », dans Philippe STOFFEL-MUNCK (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Paris, Dalloz, 2015, p. 73.

EBKE, W. B. et B. M. STEINHAEUER, « The doctrine of good faith in German contract law », dans J BEATSON et Daniel FRIEDMANN, *Good faith and fault in contract law*, Oxford; New York, Clarendon Press ; Oxford University Press, 1995, p. 171.

EISENBERG, M. A., « Why there is no law of relational contracts », (2000) 94 *Nw U Rev* 805.

FABRE-MAGNAN, M., « Droit des obligations », (1994) I-9 *JCP G* 3744.

———, « Introduction », dans *La relativité du contrat*, coll. Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Paris, LGDJ, 2000, p. 1.

———, « La motivation dans les contrats », dans Gilles GOUBEAUX, *Le contrat au début du XXI^e siècle - Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 300.

———, « Réforme du droit des contrats: “Un très bon projet” », (2008) I-43 *JCP G* 199.

FABRE-MAGNAN, M., J. GHESTIN, C. JAMIN, F. LABARTHE et G. LOISEAU, « Droit des obligations », (1999) I-23 *JCP G* 143.

FAGES, B., « Mais la bonne foi ne fait pas échec au bénéficiaire d’une garantie de passif », *RTD civ.* 2007.773.

———, « Invitation judiciaire à adapter le contrat », *RTD civ.* 2008.295.

———, « Et pour assurer l’intangibilité du contrat, le juge des référés peut même ordonner à une partie de reprendre les relations contractuelles qu’elle a fait cesser de manière illicite », *RTD civ.* 2009.3.529.

FAUVARQUE-COSSON, B., « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d’Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », (1998) 50-2 *Rev. Int. Droit Comparé* 463.

———, « Les changements de circonstances », *RDC* 2004.1.67.

———, « Le droit québécois et le phénomène des contrats interdépendants », *RDC* 2013.3.1108.

FAVARIO, T., « La Cour de cassation révisé sa perception de l’imprévision ... en toute discrétion », *JCP G* 2010.43.1056.

FEDOU, J.-F., « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016.2.382.

FENOUILLET, D., « Les effets du contrat entre les parties: ni évolution, ni conservation, mais un “entre-deux” perfectible », *RDC* 2006.1.67.

FERRIER, D., « Une obligation de motiver? », *RDC* 2004.2.558.

FERRIER, N., « Le renforcement du rôle du juge dans la détermination et la révision du contenu du contrat », dans Reiner SCHULZE, Denis MAZEAUD, Guillaume WICKER et Gérald MÄSCH, *La réforme du droit des obligations en France: 5èmes journées franco-allemandes*, 20, Paris,

Société de législation comparée, 2015, p. 73.

FLAMBARD-RUAUD, S., « Les évolutions du concept de marketing », *Décisions Mark.* 1997.11.7-20.

FONTAINE, M., « Bonne foi, contrats de longue durée, contrats relationnels », dans Walter VAN GERVEN et Herman COUSY, *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, p. 541.

———, « Table ronde: le regard des juristes européens », *RDC* 2009.1.372.

FRION, J.-J., « Le juge et la réforme du droit des contrats », *Rev. Lamy Droit Civ.* 2015.132 (Supplément).25.

FRYDMAN, B., « Le droit à la lumière de la philosophie de l'action », dans Pierre LIVET (dir.), *L'argumentation: droit, philosophie et sciences sociales*, Québec, Presses de l'université Laval, 2000, p. 145.

GAC-PECH, S. LE, « L'équilibre du contrat au travers de la cause: un substitut à la théorie de l'imprévision? », *J.C.P. E.* 2010.50.2108.

GALLOU, C. LE, « Rupture brutale: le respect d'un délai n'exclut pas la mauvaise foi », *Rev. Lamy Droit Civ.* 2013.110.17.

GARDNER, D. et B. MOORE, « La responsabilité contractuelle dans la tourmente », (2007) 48-4 *C D* 543.

GARINOT, J.-M., « Que reste-t-il de l'abus dans le non-renouvellement du contrat », *D.* 2014.2014.

GAUDEMET, J., « Naissance d'une notion juridique. Les débuts de l'"obligation" dans le droit de la Rome antique », dans *L'obligation.*, coll. Archives de philosophie du droit, Paris, Dalloz, 2000, p. 19.

GAUTIER, P.-Y., « L'obligation de loyauté du mandant poussée trop loin? », *RTD civ.*

1999.646.

———, « Une étrange garantie de passif est l'occasion d'un arrêt doctrinal sur la bonne foi contractuelle », *D.* 2007.2844.

GAVAZZI, G., « Norme primaire et norme secondaire », dans *Sur les notions du contrat.*, coll. Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 1968, p. 398.

GENICON, T., « Théorie de l'imprévision ... ou de l'imprévoyance? », *D.* 2010.2485.

GHESTIN, J., « Rapport introductif », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD, *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Economica, 1998, p. 3.

———, « Le contrat en tant qu'échange économique », *Rev. Déconomie Ind.* 2000.81-100.

———, « La généralisation d'un contrôle objectif de l'équivalence des prestations est-elle opportune? », dans Benoît MOORE, *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2012, p. 343.

GODBOUT, J., « Le don au-delà de la dette », (2006) 27-1 *Rev. MAUSS* 91.

GOETZ, C. J. et R. E. SCOTT, « Principles of relational contracts », (1981) 67 *Va Rev* 1089.

———, « The limits of expanded choice: an analysis of the interactions between express and implied contract terms », (1985) 73 *Cal Rev* 261.

GOLDBERG, V. P., « Price Adjustment in Long-Term Contracts », *Wis Rev* 1985.527.

GOLDSTEIN, G. et N. MESTIRI, « La liberté contractuelle et ses limites - Étude à la lueur du droit civil québécois », dans Benoit MOORE, *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 301.

GORDON, R. W., « Macaulay, Macneil, and the discovery of solidarity and power in contract law », *Wis Rev* 1985.565.

GRAMMOND, S., « Les règles sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé »,

(2010) 51 *C D* 83.

GREGOIRE, M. A., « Économie subjective c utilité et intérêt du contrat. Réflexions sur les notions de liberté, de responsabilité et de commutativité contractuelles, à la suite de la codification du devoir de bonne foi », (2010) 44 *R.J.T.* 11.

GRIMALDI, C., « Précisions sur les critères de la brutalité d'une rupture d'une relation commerciale établie », *RDC* 2013.1.185.

GRUA, F., « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats commutatifs et aléatoires », *RTD civ.* 1983.263.

GRYNBAUM, L., « Doctrine américaine contemporaine: le droit des contrats partagé entre l'empire de l'économie et l'aspiration à la justice sociale », *RDC* 2008.8.1383.

GRYNMBAUM, L., « La notion de solidarisme contractuel », dans Luc GRYNBAUM et Marc NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, p. 25.

GUDEL, P. J., « Relational contract theory and the concept of exchange », (1998) 46 *Buff Rev* 763.

GUENZOU, Y., « Entente et contrat: le trouble notionnel », *RTD Com* 2006.273.

GUEYE, B., « La généralisation de la confiance, pivot de la performance dans les réseaux de franchise: proposition d'un modèle », (2009) 22-2 *Rev. Manag. Avenir* 171-187.

GUIBERT, N., « La confiance en marketing: fondements et applications », (1999) 14-1 *Rech. Appl. En Mark.* 1-20.

HACKETT, S. C., « Is relational exchange possible in the absence of reputations and repeated contact? », (1994) 10-2 *J. Law Econ. Organ.* 360.

HAERI, K. et M. RAZAVI, « La prévision dans le contrat, la prévision dans le procès », *Gaz. Pal.* 2010.364.14.

HALPERN, S. W., « Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: Searching for

“The Wisdom of Solomon” », (1987) 135-5 *Univ. Pa. Law Rev.* 1123.

HAUSER, J. et Y. LEQUETTE (dir.), « Retour sur le solidarisme: le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis : Dalloz, 2012, p. 879.

HAWKLAND, W. D. et L. J. RUSCH, « Breach, Repudiation and Excuse », dans *Hawkland Uniform Commercial Code Series*, Westlaw, 2012.

HAY, P., « Frustration and its solution in German law », (1961) 10 *Am. J. Comp. Law* 345.

HESSELINK, M. W., « CFR & social justice: a short study for the european parliament on the values underlying the Draft Common Frame of Reference for european private law - What roles for fairness and social justice? », *Cent. Study Eur. Contract Law Work. Pap. Ser.* 2008.2008/08, en ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1270575>.

HETZEL, P. et S. MORIN-DELERM, « L'encastrement institutionnel et relationnel comme grille de lecture de la relation entreprise/consommateur », dans Isabelle HUAULT et Mark GRANOVETTER, *La construction sociale de l'entreprise autour des travaux de Mark Granovetter*, Colombelles, Ed. EMS, management & société, 2002.

HILLMAN, R. A., « An analysis of the cessation of contractual relations », (1983) 68 *Cornell Rev* 617.

———, « Court Adjustment of Long-Term Contracts: an Analysis under Modern Contract Law », *Duke Law J.* 1987.1.

HINESTROSA, F., « Rapport général - La révision du contrat », dans *Le contrat - Journées brésiliennes*, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, n°55, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 391.

HOLMES, O. W., « The path of the law », (1997) 110-5 *Harv. Law Rev.* 991–1009.

HONDIUS, E. H., « Current developments. European private law. Survey 2002-2004 », (2004) 12 *Eur. Rev. Priv. Law* 855.

HOUTCIEFF, D., « Limites du pouvoir de sanction du juge au cas d'usage déloyal d'une prérogative contractuelle », (2007) II-38 *JCP G* 10154.

HUNTER, H. O., « Chapter 19. Excuses for nonperformance », dans *Modern law of contracts*, Westlaw, 2012.

HURST, T. R., « Freedom of Contract in an Unstable Economy: Judicial Reallocation of Contractual Risks under UCC Section 2-615 », (1975) 54 *N. C. Law Rev.* 545.

JAMIN, C., « Réseaux intégrés de distribution: de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP G* 1996.I.3959.

———, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Droit Patrim.* 1998.46.

———, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », dans *Etudes offertes à Jacques Ghestin: Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 441.

———, « Introduction », dans Christophe JAMIN, Denis MAZEAUD et Pascal ANCEL, *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003.

JAUFFRET-SPINOSI, C., « Le contrat: rapport de synthèse », dans *Le contrat: journées brésiliennes*, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, n°55, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 1.

JENKINS, S. H., « Exemption for nonperformance: UCC, CISG, UNIDROIT Principles : a comparative assessment », (1998) 72-6 *Tulane Law Rev.* 2015-2030.

JOBIN, P.-G., « La stabilité contractuelle et le Code civil du Québec, un rendez-vous tumultueux », dans *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Cowansville, Y. Blais, 1997, p. 409.

———, « La modernité du droit commun des contrats dans le Code civil du Québec : Quelle modernité ? », (2000) 52-1 *Rev. Int. Droit Comparé* 49.

———, « L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans la réforme du Code civil au Québec », *RTD civ.* 2004.693.

———, « Coup d'oeil sur les multiples facettes de l'intervention du juge dans le contrat », (2006) 47 *C D* 1.

———, « Comment résoudre le casse-tête d'un groupe de contrats », (2012) 46 *R.J.T.* 9.

———, « L'imprévision dans la réforme du Code civil et aujourd'hui », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2012, p. 375.

———, « Deux lacunes de la justice contractuelle dans le Code civil du Québec »,.

JUHAN, J.-L., « Le contrat bouleversé par la crise: vers un droit à la renégociation? », *Rev. Lamy Droit Civ.* 2009.58 (Supplément).23.

KARAMPATZOS, A., « Supervening Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with Reference to Anglo American, German, French and Greek Law », (2005) 13-2 *Eur. Rev. Priv. Law* 105.

KIRILLOV, A., « Les clauses de hardship en droit prospectif à l'épreuve de l'article L442-6, I, 2o du Code de commerce », *Petites Affiches* 2011.190.5.

KLEINSCHMIDT, J. et D. GROB, « La réforme du droit des contrats: perspective allemande sur la balance délicate entre liberté contractuelle et pouvoirs du juge », *RDC* 2015.3.112.

KOUCHNIR-CARGILL, N., « Rupture brutale des relations commerciales: la notion de relation établie sujette à interprétation », (2012) 73 *Rev. Lamy Droit Aff.*

KRANTON, R. E., « The Formation of Cooperative Relationships », (1996) 12-1 *J. Law Econ. Organ.* 214-233.

LACHIEZE, C., « La rupture des relations commerciales à la croisée du droit commun et du droit de la concurrence », *J.C.P. E.* 2004.50.1815.

LAGARDE, X., « Qu'est-ce qu'une clause abusives? Étude pratique », *J.C.P. E.* 2006.17.1663.

———, « Économie, indivisibilité et interdépendance des contrats », *JCP G* 2013.48.1255.

LAITHIER, Y.-M., « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006.1003.

———, « La sanction de la mauvaise foi du créancier dans l'exécution du contrat », *RDC* 2010.2.561.

LAMOUREUX, M., « L'obligation de renégociation en cas de changement de circonstances », (2008) II-20 *JCP G* 10091.

LAWRENCE, L., « 2. Sales. Part 6. Breach, Repudiation and excuse. 2-615. Excuse by failure of presupposed conditions », dans *Lawrence's Anderson on the Uniform Commercial Code*, Westlaw, 2012.

LECLERC, G., « La bonne foi dans l'exécution du contrat (Rapports canadiens) », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE (dir.), *La bonne foi: Journées louisianaises.*, Paris, Litec, 1994, p. 265.

LECUYER, H., « Le contrat, acte de prévision », dans *L'avenir du droit: mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Presses universitaires, 1999, p. 643.

LEE, R., « Impracticability of performance of sales contract under UCC § 2-615 », (1998) 55 *ALR 5th* 1.

LEFEBVRE, B., « La bonne foi: notion protéiforme », (1996) 26 *R.D.U.S.* 321.

———, « Liberté contractuelle et justice contractuelle: le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », (2000) 129 *Dév. Récents En Droit Contrats* 2000 49.

LEGRAND, P. jr, « L'obligation implicite contractuelle: aspect de la fabrication par le juge », (1991) 22 *R.D.U.S.* 109.

LEMAIRE, H. et A. MAURIN, « Droit français et principes du droit européen du contrat », *Petites Affiches* 2004.92.38.

LEQUETTE, S., « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.* 2016.1148.

LEQUETTE, Y., « Bilan des solidarismes contractuels », dans Paul DIDIER, *Études de droit privé: mélanges offerts à Paul Didier*, Paris, Economica, 2008, p. 247.

———, « De la difficulté des clauses de hardship », dans Sarah BROS et Blandine MALLET-BRICOUT (dir.), *Christian Larroumet liber amicorum*, Paris, Economica, 2009, p. 267.

———, « De l'efficacité des clauses de Hardship », dans *Liber amicorum Christian Larroumet*, Paris, Economica, 2010.

LESGUILLONS, H., « Frustration, force majeure, imprévision, wegfall der geschäftsgrundlage », (1979) 5-4 *D.P.I.C.* 507.

LEVENEUR, L., « Le forçage du contrat », (1998) 58 *Droit Patrim.* 69.

———, « Le solidarisme contractuel: un mythe », dans Luc GRYNMBAUM et Marc NICOD, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, p. 184.

———, « Création d'un point de location vidéo: le commerçant échoue dans son action en nullité », *Contrats Concurr. Consomm.* 2007.8.196.

———, « Les limites du rôle de la bonne foi dans l'exécution du contrat: où l'alinéa 1er de l'article 1134 l'emporte sur l'alinéa 3 », *Contrats Concurr. Consomm.* 2007.12.294.

LIBCHABER, R., « Réflexions sur les effets du contrat », dans *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit: mélanges offerts à Jean-Luc Aubert.*, Paris, Dalloz, 2005, p. 211.

LLUELLES, D., « La bonne foi dans l'exécution des contrats et la problématique des sanctions », (2004) 83 *Rev. Barreau Can.* 181.

———, « La révision du contrat en droit québécois », (2006) 36 *Rev. Générale Droit* 25.

———, « Rapport Canadien - La révision du contrat », dans *Le contrat - Journées brésiliennes*,

coll. Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, n°55, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 483.

LOKIEC, P., « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007.321.

LORENZ, W., « Contract modification as a result of change circumstances », dans J. BEATSON et D. FRIEDMANN, *Good faith and fault in contract law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 357.

MACAULAY, S., « Non-contractual relations in business: a preliminary study », (1963) 28 *Am. Sociol. Rev.* 55.

———, « The use and the non use of contracts in the manufacturing industry », (1963) 9 *Pract. Lawyer* 18.

———, « An empirical view of contract », *Wis Rev* 1985.465.

———, « Relational contracts floating on a sea of custom? Thoughts about the ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein », (2000) 94 *Nw UL Rev* 775.

MACNEIL, I. R., « Economic analysis of contractual relations: its shortfalls and the need for a rich classificatory apparatus », (1980) 75 *Nw UL Rev* 1018.

MACNEIL, I. R., « Dispute over omission in contracts », (1968) 68 *Columbia Law Rev.* 860.

———, « Relational contract theory: unanswered questions », 94 *Northwest. Univ. Law Rev.* 2000.

MACNEIL, I. R., « The many futures of contracts », (1973) 47 *Cal Rev* 691.

———, « Restatement (second) of contracts and presentation », (1974) 60-4 *Va. Law Rev.* 589.

———, « Restatement Second of Contracts and Presentation », (1974) 60-4 *Va. Law Rev.* 589.

———, « A primer of contract planning », (1975) 48 *Cal Rev* 627.

———, « Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law », (1978) 72 *Nw UL Rev* 854.

———, « Values in contract: internal and external », (1983) 78 *Nw UL Rev* 340.

———, « Exchange revisited: individual utility and social solidarity », (1986) 96-3 *Ethics* 567.

———, « Relational contract theory as sociology: A reply to professors Lindenberg and de Vos », (1987) 143 *J. Institutional Theor. Econ.* 272.

———, « Relational contract theory: challenges and queries », (2000) 94 *Nw UL Rev* 877.

MAINGUY, D., « La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies: une controverse jurisprudentielle à résoudre », *D.* 2011.22.1495.

MAINGUY, D. et J.-L. RESPAUD, « Portée des pouvoirs reconnus au juge en matière de sanction de la mauvaise foi contractuelle », *J.C.P. E.* 2007.46.2394.

MANDARD, M., « Théorie du contrat relationnel et gouvernance des relations interentreprises », *Gérer Compr. Sér. Trimest.* 2012.109.13.

MARTIN, D., « La loyauté dans l'exécution du contrat - Colloque loyauté et impartialité en droit des affaires », *Gaz. Pal.* 2012.145.67.

MARTIN, S., « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois », (1993) 34-2 *CD* 599.

MÄSCH, G., « La détermination et la révision du contenu du contrat et le renforcement du rôle du juge: commentaire allemand », dans Reiner SCHULZE, Denis MAZEAUD, Guillaume WICKER et Gérald MÄSCH, *La réforme du droit des obligations en France: 5èmes journées franco-allemandes*, 20, Paris, Société de législation comparée, 2015, p. 95.

MASKOW, D., « Hardship and force majeure », (1992) 40 *Am. J. Comp. Law* 657.

MASSE, C., « La bonne foi dans l'exécution du contrat (rapport général) », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE (dir.), *La bonne foi: Journées louisianaises*, Paris, Litec, 1994, p. 217.

MATHEY, N., « Nouvelles précisions sur la notion de relations commerciales établies », *Contrats Concurr. Consomm.* 2010.4.comm 94.

———, « La notion de relation commerciale établie », *J.C.P. E.* 2012.25.1401.

———, « Notions de relations commerciales établies et de préavis raisonnable », *Contrats Concurr. Consomm.* 2012.1.comm. 11.

MAZEAUD, D., « Le juge face aux clauses abusives », dans *Le juge et l'exécution du contrat*, Aix-en-Provence, PUAM, 1993, p. 23.

———, « La réduction des obligations contractuelles », *Droit Patrim.* 1998.58.58.

———, « Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle », dans *Mélanges offerts à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 603.

———, « Résiliation abusive d'une concession par le concédant qui ne laisse pas le temps suffisant au concessionnaire pour amortir les investissements qu'il a exigé de lui », *D.* 1999.114.

———, « Chambre commerciale de la Cour de cassation: de l'audace, toujours de l'audace ! », *Defrénois* 1999.6.371.

———, « De l'exigence de cohérence contractuelle en matière de clause résolutoire expresse », *D.* 2000.360.

———, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », dans *Etudes offertes à Jacques Ghestin: Le contrat au début du XXIe siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 637.

———, « Petite leçon de solidarisme contractuel... », *D.* 2001.3236.

———, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003.295.

- , « Un petit plomb en moins dans l'aile du solidarisme contractuel... », *D.* 2003.93.
- , « Du nouveau sur l'obligation de renégocier », *D.* 2004.1754.
- , « Renégociation du contrat », *RDC* 2004.3.642.
- , « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », dans Luc GRYNBAUM et Marc NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, p. 57.
- , « Durées et ruptures », *RDC* 2004.1.129.
- , « La révision du contrat », *Petites Affiches* 2005.129.4.
- , « Le juge et le contrat - Variations optimistes sur un couple "illégitime" », dans *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit: mélanges offerts à Jean-Luc Aubert.*, Paris, Dalloz, 2005, p. 235.
- , « Mais qui a peur du solidarisme contractuel? », *D.* 2005.1828.
- , « Renégocier ne rime pas avec réviser! », *D.* 2007.765.
- , « Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat », *D.* 2007.2959.
- , « Bonne foi », *RDC* 2007.4.1110.
- , « Cause », *RDC* 2008.2.231.
- , « L'indivisibilité contractuelle tacite l'emporte sur une clause de divisibilité expresse », *RDC* 2008.2.276.
- , « Principes du droit européen du droit du contrat, Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs. Trois codifications savantes, trois visions de l'avenir contractuel européen ... », *RTD Eur* 2008.723.
- , « Renégociation du contrat », *RDC* 2008.3.738.

———, « Principe de cohérence », *RDC* 2009.3.999.

———, « L'arrêt Canal "moins" ? », *D.* 2010.2481.

———, « L'influence des codifications savantes européennes sur le droit français des contrats », (2010) 2 *Romanian Rev Priv L* 191.

———, « La réforme du droit français des contrats », (2010) 44-1 *R.J.T.* 243.

———, « La bataille du solidarisme contractuel: du feu, des cendres, des braises ... », dans Jean HAUSER (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis : Dalloz, 2012, p. 905.

———, « L'important, c'est la clause, l'important ... », *D.* 2013.24.1658.

———, « Droit des contrats: réforme à l'horizon! », *D.* 2014.5.291.

MCLAUGHLIN, G. T., « Unconscionability and Impracticability: Reflexions on two U.C.C. indeterminacy principles », (1991) 14 *Loy LA Intl Comp LJ* 439.

MCLAUGHLIN, J., J. MCLAUGHLIN et R. ELAYDI, « Ian Macneil and relational contract theory: evidence of impact », (2014) 20-1 *J. Manag. Hist.* 44.

MEKKI, M., « Hardship et révision des contrats. 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits? », (2010) I-49 *JCP G* 1219.

———, « Hardship et révision des contrats. 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision », (2010) I-50 *JCP G* 1257.

MENARD, C., « Imprévision et contrat de longue durée: un économiste à l'écoute des juristes », dans Gilles GOUBEAUX, *Études offertes à Jacques Ghestin: Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 671.

MESLE, L. LE, « L'interdépendance des contrats », *RDC* 2013.3.849.

MESTRE, J., « D'une exigence de bonne foi vers un esprit de collaboration », *RTD civ.*

1986.101.

———, « Avant-propos », dans *Le juge et l'exécution du contrat: colloque I.D.A., Aix-en-Provence, 28 mai 1993*, Aix-en-Provence, PUAM, Faculté de droit et de science politique, 1993, p. 7.

———, « Une bonne foi franchement conquérante... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision des contrats (Cass. Com. 3 novembre 1992) », *RTD civ.* 1993.125.

———, « Où le devoir de loyauté fait naître pour l'un des contractants le droit de rester concurrentiel », *RTD civ.* 1999.98.

———, « La magie du droit civil », *Rev. Lamy Droit Civ.* 2013.109.3.

———, « Rupture des contrats: la force d'attraction de l'article L. 442-6, I, 5o, du code de commerce », *Rev. Lamy Droit Civ.* 2013.110.6.

———, « Vous avez dit "relation établie" ? », *Rev. Lamy Droit Civ.* 2013.101.1.

———, « La réforme projetée du droit français des contrats », *Rev. Lamy Droit Civ.* 2015.132 Supplément.6.

———, « Le bonheur contractuel ! », *AJ Aff. - Concurr. - Distrib.* 2016.105.

MESTRE, J. et B. FAGES, « De l'impossibilité pour une association de se prévaloir de la rupture brutale d'une relation "commerciale" établie », *RTD civ.* 2004.90.

MESTRE, J. et A. LAUDE, « L'interprétation "active" du contrat par le juge », dans *Le juge et l'exécution du contrat: colloque I.D.A., Aix-en-Provence, 28 mai 1993*, Aix-en-Provence, PUAM, Faculté de droit et de science politique, 1993, p. 9.

MOLFESSIS, N., « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », (2015) I-52 *JCP G* 1415.

MOMBERG URIBE, R. A., « Change of circumstances in international instruments of contract law. The approach of the CISG, PICC, PECL and DCFR », (2011) 15 *Vindobona J. Int.*

Commer. Law Arbitr. 233.

MOORE, B., « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28-1 *R.J.T.* 179.

———, « Le contrôle des clauses abusives: entre formation et exécution du contrat », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 461.

———, « Sur l'avenir incertain du contrat de consommation », (2008) 49-1 *C D* 5.

MOORE, B., « Les clauses abusives: dix ans après », (2003) 63 *R B* 59.

MOORE, B., « Flexible contrat », dans Benoît MOORE, *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2012, p. 569.

MOULY-GUILLEMAUD, C., « Le repreneur du fonds reprend la relation commerciale: une relation établie bien au-delà du réel », *D.* 2012.795.

MOURALIS, J.-L., « Imprévision », dans *Répertoire de droit civil*, Paris, Dalloz.

MOUSSERON, J.-M., « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.* 1988.87.481.

MUIR WATT, H., « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », dans *La relativité du contrat : journées nationales, Nantes, 1999*, Paris, LGDJ, 2000, p. 169.

MUIR-WATT, H., « La fonction subversive du droit comparé », (2000) 52-3 *Rev. Int. Droit Comp.* 503.

NICOLAS-VULLIERME, L., « Rupture brutale des relations commerciales établies (C. Com., Art. L.442-6, I, 5), Fasc. 300 », dans *Jurisclasseur Concurrence - Consommation*.

OPPETIT, B., « L'adaptation des contrats internationaux aux changement de circonstances: la clause de hardhip », (1974) 101 *Clunet* 784.

———, « Le rôle du juge en présence de problèmes économiques en droit civil français », dans *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques: journée de Paris et*

Montpellier, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, t. XXII, Paris, Dalloz, 1975, p. 185.

OST, F., « Temps et contrat: critique du pacte faustien », dans TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La relativité du contrat*, Paris, LGDJ, 2000.

OSTAS, D. T. et F. P. DARR, « Understanding commercial impracticability: Tempering efficiency with community fairness norms », *R.U.L.J.* 1996.27.343.

PAISANT, G., « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi no 95-96 du 1er février 1995 », *D.* 1995.99.

PALAY, T. M., « A Contract does not a contract make », *Wis Rev* 1985.561.

PAQUIN, J., « Le contrôle des clauses pénales abusives en droit québécois: la clause pénale peut-elle être punitive? », (2013) 47 *R.J.T.U.M.* 387.

PELLIER, J.-D., « Réflexions sur l'imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats (observations sur l'article 1196 du projet de réforme) », *Petites Affiches* 2015.228.8.

PERES, C., « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », (2016) I-18 *JCP G* 454.

PERILLO, J. M., « Force majeure and hardship under the Unidroit principles of international commercial contracts », (1997) 5 *Tulane J. Int. Comp. Law* 5.

PETIT, S., « La rupture abusive des relations commerciales », *Petites Affiches* 2008.188.33.

PICOD, Y., « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G* 1998.6.I.3318.

———, « Tenu d'une obligation de loyauté, le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat », (1999) II-48 *JCP G* 10210.

———, « Obligations », dans *Répertoire de droit civil*, Paris, France, Dalloz.

———, « Le charme discret de l'imprévision à la française », *AJ Aff. - Concurr. - Distrib.*

2015.441.

PILLET, G., « Analyse de l'avant projet de réforme du droit des contrats (suite): exécution des contrats », *Essent. Droit Contrats* 2008.4.3.

———, « Des parties différentes et deux contrats distincts font une relation unique! », *Essent. Droit Contrats* 2012.10.2.

PIMONT, S., « Clause pénale », dans *Répertoire de droit civil*, Paris, Dalloz.

PINEAU, « Les pouvoirs du juge et le nouveau Code civil du Québec », dans Roger PERROT (dir.), *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?: mélanges en l'honneur de Roger Perrot.*, Paris, Dalloz, 1996, p. 363.

POLLAUD-DULIAN, F. et A. RONZANO, « Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes », *RTD Com* 1996.2.179.

POPOVICI, A., « Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui rétrécit », (2009) 54-2 *McGill LJ* 223.

POSNER, R. A. et A. M. ROSENFELD, « Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis », (1977) 6-1 *J. Leg. Stud.* 83-118.

PUELINCKX, A., « Frustration, hardship, force majeure, imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, changed circumstances - A comparative study in English, French, German and Japanese law », (1983) 3-2 *J. Int. Arbitr.* 47.

PULCINI, E., « Le don à l'âge de la mondialisation », (2010) 36-2 *Rev. MAUSS* 308-316.

RAMPELBERG, R.-M., « L'obligation romaine: perspective sur une évolution », dans *L'obligation.*, coll. Archives de philosophie du droit, Paris, Dalloz, 2000, p. 51.

RAPSOMANIKIS, M. G., « Frustration of contract in international trade law and comparative law », (1979) 18 *Duquesne Law Rev.* 551.

RAUH, T., « Legal consequences of force majeure under German, Swiss, English and United-

States' law », (1996) 25 *Denver J. Int. Law Policy* 151.

REIGNE, P., « De l'absence de cause à la cause impossible », *D.* 1997.38.500.

REMY, P., « La genèse du solidarisme », dans Luc GRYNBAUM et Marc NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, p. 3.

REVET, T., « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016.2.373.

RIDDER, P. et P. WELLER, « Unforeseen circumstances, hardship, impossibility and force majeure under german contract law », (2014) 3 *Eur. Rev. Priv. Law* 371.

RIERA-THIEBAULT, K. et A. COVILLARD, « La notion de déséquilibre significatif visée à l'article L. 442-6, I, 2o du Code de commerce: un nouveau droit des clauses abusives entre professionnels? », *Gaz. Pal* 2013.45.6.

ROCHFELD, J., « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004.1.47.

———, « Au croisement du droit de la concurrence et du droit civil: l'avènement de la "relation" contractuelle? », *RDC* 2006.4.1033.

———, « Clauses abusives - Listes réglementaires noire et grise », *RTD civ.* 2009.383.

———, « La rupture des relations contractuelles en temps de crise économique », *RDC* 2010.1.499.

ROLLAND, L., « La bonne foi dans le Code civil du Québec: du général au particulier », *R.D.U.S.* 1996.377.

———, « Les figures contemporaines du contrat et le Code Civil du Québec », (1998) 44 *McGill LJ* 903.

———, « Les principes d'Unidroit et le Code civil du Québec: variations et mutations », dans Guy LEFEBVRE (dir.), *Les principes d'Unidroit et les contrats internationaux: aspects pratiques*, coll. Les journées Maximilien-Caron 2001, Montréal, Éditions Thémis, 2003.

———, « « Qui dit contractuel, dit juste. » (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons », (2005) 41 *McGill LJ* 765.

———, « Les frontières de l'ordre contractuel: les traçages économiques et juridiques », (2006) 41-1 *CD* 13.

RÖSLER, H., « Harship in German codified private law - In comparative perspective to English, French and International contract law », (2007) 3 *Eur. Rev. Priv. Law* 483.

———, « Changed and unforeseen circumstances in german and international contract law », (2008) 5 *Slov. Law Rev.* 47.

ROUHETTE, G., « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », dans *Etudes offertes à René Rodière.*, [Paris], Dalloz, 1981, p. 265.

———, « Compte-rendu de Ian Macneil. The new social contract. An inquiry into modern contractual relations », *J. Droit Int.* 1983.960.

———, « Préface », *RDC* 2009.1.265.

ROY, A., « Le contrat en contexte d'intimité », (2002) 47 *McGill LJ* 855.

SACCO, R., « À la recherche de l'origine de l'obligation », dans *L'obligation*, coll. Archives de philosophie du droit, Paris, Dalloz, 2000, p. 33.

SAVAUX, É., « Solidarisme contractuel et formation du contrat », dans Luc GRYNBAUM et Marc NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, p. 43.

———, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision - Rapport français », *RDC* 2010.3.1057.

———, « Frémissement en matière d'imprévision », *RDC* 2011.1.34.

SCHLEY, M., « La grande réforme du droit des obligations en Allemagne », *D.* 2002.1738.

SCHWARTZ, A., « Sales Law and Inflation », (1977) 50 *South. Calif. Law Rev.* 1.

———, « Relational contracts in the courts: an analysis of incomplete agreements and judicial strategies », (1992) 21 *J. Leg. Stud.* 271.

SCHWENZER, I. H., « Force majeure and hardship in international sales contracts », (2009) 39 *Vic. Univ. Wellingt. Law Rev.* 709.

SEITA, A. Y., « Uncertainty and contract law », (1984) 46 *U Pitt Rev* 75.

SERIAUX, A., « Le futur contractuel », dans Jean-Jacques AUSTRUY (dir.), *Le droit et le futur*, coll. Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris. Série Philosophie du droit, Paris, PUF, 1985, p. 77.

———, « L'affaire chronopost: arrêt de principe ou accident de parcours? Variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle », *D.* 1997.121.

SERINET, Y.-M., « Cause et consentement dans la convention de création d'un point club vidéo », (2007) II-26 *JCP G* 10119.

SEUBE, J. B., « Le juge ne peut ni porter atteinte à la substance des droits et obligations des parties, ni s'affranchir des dispositions impératives », *RDC* 2010.2.666.

SEUBE, J.-B., « Haro sur les clauses de divisibilité! », *JCP G* 2013.24.674.

SMIT, H., « Frustration of Contract: A Comparative Attempt at Consolidation », (1958) 58-3 *Columbia Law Rev.* 287.

SMYTHE, D. J., « Bounded rationality, the doctrine of impracticability, and the governance of relational contracts », (2004) 13 *Cal Interdisc J* 227.

SPEIDEL, R. E., « The characteristics and challenges of relational contracts », (2000) 94 *Nw UL Rev* 823.

SPEIDEL, R. E., « The new spirit of contract », (1982) 2 *J Comm* 193.

———, « Article 2 and Relational Sales Contracts », (1993) 26 *Loy LA Rev* 789.

———, « Court-imposed price adjustment under long-term supply contracts », 76 *Northwest Univ. Law Rev.* 369.

SPITZ, J.-F., « “Qui dit contractuel dit juste” : quelques remarques sur une formule d’Alferd Fouillée », *RTD civ.* 2007.281.

STOFFEL-MUNCK, P., « La résiliation pour imprévision », *AJ Aff. - Concurr. - Distrib.* 2015.262.

———, « L’imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* 2016.Hors-série.112.

TABI TABI, G., « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », (2012) 53 *C D* 577.

TALLON, D., « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », dans *Droit et vie des affaires: études à la mémoire d’Alain Sayag.*, Paris, Litec, 1997, p. 403.

TAROT, C., « Du fait social de Durkheim au fait social total de Mauss: un changement de paradigme? », *Mauss Hier Aujourd’hui 12 Colloq. Annu. Groupe Etude Prat. Soc. Théories Actes Éditées Par G Berthoud G Busino* 1996.

TERRE, F., « Sur la sociologie juridique du contrat », (1968) XIII *Arch. Philos. Droit* 71.

THIBIERGE-GUELFUCCI, C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997.357.

TOURNAFOND, O., « Le projet de la chancellerie de réforme du droit des contrats: commentaire raisonné et critique », *Droit Patrim.* 2014.241.

TRANTIS, G. G., « Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability », (1992) 42-4 *Univ. Tor. Law J.* 450-483.

VENEZIANO, A., « Table ronde: Contenu et exécution du contrat », *RDC* 2009.2.873.

VILLEY, M., « Essor et décadence du volontarisme juridique », (1957) 3 *Arch. Philos. Droit*

Rôle Volonté Dans Droit 87.

VINCELLES, C. A. de, « Réflexions sur les ensembles contractuels: un droit en devenir », *RDC* 2007.3.983.

VIRASSAMY, G., « Note sous Cours de cassation, 3 novembre 1992 », (1993) I-46 *JCP G* 1085.

VISSER, C., « The principle pacta servanda sunt in roman and roman-dutch law, with specific reference to contracts in restraint of trade », 101 *South Afr. Law J.* 641.

WEINTRAUB, R. J., « A survey of contract practice and policy », (1992) 1 *Wis Rev* 1.

WEISKOP, N. R., « Frustration of contractual purpose - Doctrine or myth? », (1996) 70 *St Johns Rev* 239.

WHITFORD, W. C., « Ian Macneil's contribution to contracts scholarship », *Wis Rev* 1985.545.

WILLIAMSON, O. E., « Transaction-cost economics: the governance of contractual relations », (1979) 22-2 *JL Econ* 233.

WITZ, C., « La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations », *D.* 2002.3156.

———, « Force obligatoire et durée du contrat », dans PAULINE REMY-CORLAY, DOMINIQUE LASZLO-FENOUILLET et PASCAL ANCEL (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, p. 175.

WLADIS, J. D., « Impracticability as risk allocation: the effect of changed circumstances upon contract obligations for the sale of goods », (1988) 22 *Ga. Law Rev.* 503.

WUORINEN, S. E., « Northern Indiana Public Service Company v. Carbon County Coal Company: Risk Assumption in Claims of Impossibility, Impracticability, and Frustration of Purpose », (1989) 50 *Ohio State Law J.* 163.

ZELCEVIC-DUHAMEL, A., « La notion d'économie du contrat en droit privé », (2001) I-9 *JCP*

G 300.

ZOLYNSKI, C., « Une succession de contrats ponctuels peut caractériser une relation commerciale établie », *Essent. Droit Contrats* 2009.10.5.

« Colloque: La détermination du prix: nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière », *RTD Com* 1997.1.1.

BEHAR-TOUCHAIS, M., « Rapport introductif », dans *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?*, 117, Faculté de droit, Paris V, Petites Affiches, 1998, p. 3.

JAMIN, C., *Les apports au droit des contrats-cadres*, , RTD com., 1997, p. 19.

LATINA, M., « L'imprévision », *Blog Réforme du droit des obligations (Blog Dalloz)* (2015).

MASKOW, D., *Progressive Codification of International Trade Law. Proposed Rules on Hardship with Introduction and Explanatory Report (Unidroit)*, Study L - Doc 24, Rome, 1983.

MAZEAUD, D. *La politique contractuelle de la Cour de cassation*, Cycle Droit et technique de cassation 2005-2006, décembre 2005.

MOLFESSIS, N., « Les principes de proportionnalité et l'exécution du contrat », dans *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?*, 117, Faculté de droit, Paris V, Petites Affiches, 1998, p. 21.

MEMOIRES ET THESES

DESGORCES, R., *La bonne foi dans le droit des contrats: rôle actuel et perspectives*, Thèse de doctorat, Paris 2, 1992.

EDEL, V., *La confiance en droit des contrats*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier 1, 2006.

FLIPO-BOUCHAARA, O., *Le lien contractuel*, Thèse de doctorat, Université d'Orléans, 2001.

Guillot, J.-M., *La clause de hardship: Mécanisme d'adaptation non automatique des contrats a long terme*, LL.M., Université Laval, 1994, disponible sur <http://search.proquest.com/docview/304150848/abstract/281FA6ECDE1843F5PQ/1>.

MOZAS, P., *La notion de dette en droit privé*, Thèse de doctorat, Bordeaux, Université Montesquieu, 1995.

Parent, A., *L'imprévision en droit comparé: une analyse normative économique*, Montréal, Université McGill, 2015, disponible sur http://digitool.Library.McGill.CA:80/R/-?func=dbin-jump-full&object_id=132529&silos_library=GEN01.

Ringuette, J. *Le hardship: vers une reconnaissance du principe par les tribunaux arbitraux du commerce international*, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de maîtrise, option droit des affaires (LL.M.), 2003.

DICTIONNAIRE

CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadrige : PUF, 2004.

GUILLIEN, R., J. VINCENT, S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER, *Lexique des termes juridiques*, 14^e éd., Paris, Dalloz, 2003.

ROLAND, H. et L. BOYER, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 1999.

Le petit Larousse illustré grand format 2008: en couleurs., Paris, Larousse, 2007

Annexe 1 : Dispositions concernant les changements de circonstances

Codice civile : Article 1467 - Contratto con prestazioni corrispettive

« Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168).

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923) ».

Bürgerliches Gesetzbuch : article 313 - Interference with the basis of the transaction

« (1) If circumstances which became the basis of a contract have significantly changed since the contract was entered into and if the parties would not have entered into the contract or would have entered into it with different contents if they had foreseen this change, adaptation of the contract may be demanded to the extent that, taking account of all the circumstances of the specific case, in particular the contractual or statutory distribution of risk, one of the parties cannot reasonably be expected to uphold the contract without alteration.

(2) It is equivalent to a change of circumstances if material conceptions that have become the basis of the contract are found to be incorrect.

(3) If adaptation of the contract is not possible or one party cannot reasonably be expected to accept it, the disadvantaged party may revoke the contract. In the case of continuing obligations, the right to terminate takes the place of the right to revoke ».

Principes européen du droit du contrat : article 6 : 111 – Change of circumstances

« (1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of the performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished.

(2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into renegotiation with a view to adapting the contract or ending it, provided that :

(a) the change of circumstances occurred after the time of the conclusion of the contract,

(b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and

(c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear.

(3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may :

(a) end the contract at the date and on terms to be determined by the court ; or

(b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances.

In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to renegotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing ».

Draft common frame of reference : III. — 1:110 — Variation or termination by court on a change of circumstances

«(1) An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished.

(2) If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may:

(a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or

(b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court.

- . (3) Paragraph (2) applies only if: (a) the change of circumstances occurred after the time when the obligation was incurred;
- . (b) the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances;
- . (c) the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances; and
- . (d) the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation ».

Principes d'Unidroit : Article 6.2.1 :

« Les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions suivantes relatives au hardship ».

Article 6.2.2 :

« Il y a hardship lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et

a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat ;

b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ;

c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée ; et

d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée ».

Article 6.2.3 :

« 1) En cas de hardship, la partie lésée peut demander l'ouverture de négociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée.

2) La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations.

3) Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal.

4) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime raisonnable:

a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ; ou

b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations ».

