

Droit

La réforme du droit des contrats en France

– réflexions de juristes européens

Sous la direction de

Mariola Lemonnier, Reiner Schulze, Dagmara Skupień



La réforme du droit des contrats en France

– réflexions de juristes européens



WYDAWNICTWO
UNIWERSYTETU
ŁÓDZKIEGO

Droit

La réforme du droit des contrats en France

– réflexions de juristes européens

Sous la direction de
Mariola Lemonnier, Reiner Schulze, Dagmara Skupień

Mariola Lemonier – Université de Varmie et Mazurie, Faculté de Droit et d'Administration
Département de Droit Financier

Reiner Schulze – Université de Münster, Faculté de Droit, Centre de Droit Privé Européen (CEP)

Dagmara Skupień – Université de Łódź, Faculté de Droit et d'Administration
Département de droit européen et collectif du travail

REVISION SCIENTIFIQUE

Maksymilian Pazdan

CONCEPTEUR-REDACTEUR

Monika Borowczyk

EDITEUR DES PRESSES UNIVERSITAIRES DE ŁÓDŹ

Joanna Balcerak

TRADUCTION

Chapitre III.1, *Jarosław Zasada*

CORRECTIONS DES TEXTES

France Rosiński

MISE EN PAGE

Munda – Maciej Torz

COUVERTURE

Katarzyna Turkowska

Photo de la couverture : © Depositphotos.com/hsfelix

Publication financée par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française



© Copyright by Authors, Łódź 2019
© Copyright for this edition by Université de Łódź, Łódź 2019

Publication de Presses Universitaires de Łódź
1^{ère} édition. W.09107.19.0.K

Ark. wyd. 12,2 ; feuilles d'impr. 11,625

ISBN 978-83-8142-601-5
e-ISBN 978-83-8142-602-2
<https://doi.org/10.18778/8142-601-5>
Presses Universitaires de Łódź
90-131 Łódź, ul. Lindleya 8
www.wydawnictwo.uni.lodz.pl
e-mail : ksiegarnia@uni.lodz.pl
tél. (42) 665 58 63

Table des matières

Sigles et abréviations	7
<i>Introduction : La réforme du droit des contrats en France – réflexions de juristes européens</i> Reiner Schulze	11
Partie I. La réforme du droit français des contrats	
<i>La réforme française du droit des contrats : propos introductifs</i> Olivier Deshayes, Thomas Genicon	23
<i>La formation du contrat dans le nouveau droit des obligations allemand et français</i> Reiner Schulze	33
<i>L'inexécution du contrat après la réforme du Code civil français – regards d'un civiliste polonais</i> Marcin Olechowski	47
Partie II. Le concept de l'imprévision	
<i>L'imprévision en droit français</i> Marie Dugué	63
<i>L'interprétation supplétive et la théorie de l'imprévision – le nouveau droit français à la lumière des droits allemand et suisse</i> Peter Jung	79
<i>L'imprévision en droit polonais</i> Małgorzata Pyziak-Szafnicka	115

Partie III. L'application de la théorie des contrats

<i>Interprétation des contrats collectifs de travail en droit polonais</i> Zbigniew Hajn	129
<i>Substitution de la clause abusive par une disposition de droit national à caractère supplétif dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne</i> Jarosław Zasada	143
<i>Droit des marchés financiers en Pologne et le contrat</i> Mariola Lemonnier	153
<i>Le contrat de garantie à la lumière du droit civil polonais – dilemmes de construction</i> Jacek Krauss	171

Sigles et abréviations

- AcP – Archiv für die civilistische Praxis
- al. – alinéa
- art. – article(s)
- art. cit.* – *artículo citado* (article cité)
- ATF – Arrêts du Tribunal fédéral suisse – Recueil Officiel
- BB – Betriebs-Berater
- BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)
- BGBI. – Bundesgesetzblatt
- BGE – Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
- BGH – Bundesgerichtshof
- BGHZ – *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen*
- BT-Drucks. – Bundestagsdrucksache
- Bull. civ. – *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, chambres civiles (I, II, III), commerciale (IV) et sociale (V)
- CA – Cour d'appel
- Cass. civ. – Cour de cassation – chambre civile
- Cass. com. – Cour de cassation – chambre commerciale
- Cass. req. – Cour de cassation – chambre des requêtes
- CCI – Chambre de commerce internationale
- C. civ. pol. – Code civil polonais du 27 avril 1964
- C. civ. – Code civil français
- C. trav. – Code du travail
- CE – Conseil d'État
- Cf. – *confer*
- Ch. civ. – Chambre civile
- Civ. 1^{re}, 2^e, 3^e – première, deuxième, troisième chambre civile de la Cour de cassation
- Clunet – *Journal du droit international* (Clunet)
- CO – Code des obligations

- C. o. pol. – Code des obligations polonais du 27 octobre 1933
- COM – Commission de l’Union européenne
- Com – Chambre commerciale de la Cour de cassation
- CPC – Code de procédure civile
- CPC pol. – Code de procédure civile polonais du 17 novembre 1964
- C. s. – Cour suprême
- CSK – Chambre civile de la Cour suprême polonaise
- CVIM – Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises
- D. – *Recueil Dalloz*
- dir. – directeur(s)
- DCFR – Draft Common Frame of Reference
- D.H. – *Recueil Dalloz hebdomadaire*
- DJZ – *Deutsche Juristen-Zeitung*
- DP – *Recueil périodique et critique Dalloz*
- DtZ – *Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift*
- Dz. U. – Dziennik Ustaw (Journal des Lois)
- éd. – édition
- ERCL – *European Review of Contract Law*
- et al. – et alii
- et s. – et suivant(s)
- EuCML – *Journal of European Consumer and Market Law*
- Gaz. pal. – *Gazette du palais*
- GPR – *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*
- Gruchot – *Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts*
- JCP – *Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique)*
- JCP G – *Semaine juridique édition générale*
- JDI – *Journal du droit international*
- JdT – *Journal des Tribunaux*
- IWRZ – *Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht*
- J.O. – *Journal Officiel*
- JO/JORF – *Journal officiel de la République française*
- JOUE – *Journal officiel de l’Union européenne*
- juil. – juillet
- Jur. – *Jurisprudence*
- JW – *Juristische Wochenschrift*
- JZ – *Juristen-Zeitung*
- LGDJ – Librairie générale de droit et de jurisprudence
- Lebon – *Recueil des décisions du Conseil d’Etat, statuant au contentieux (Recueil Lebon)*

LPA	<i>Les Petites Affiches</i>
LZ	– Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	– Monatsschrift für Deutsches Recht
n.	– note (en bas)
n°	– numéro
NJW	– <i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
NJW-RR	– <i>Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report</i>
not.	– notamment
oct.	– octobre
OLG	– Oberlandesgericht
<i>op. cit.</i>	– <i>opere citato</i> (ouvrage cité)
OSN	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego (Recueil officiel des arrêts de la Cour suprême)
OSNC	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna (Recueil officiel des arrêts de la Cour suprême – Chambre civile)
OUP	– Oxford University Press
p.	– page(s)
p. ex.	– par exemple
pt.	– point(s)
PCC	– <i>Principes contractuels communs</i>
PCCR	– <i>Projet de cadre commun de référence</i>
PDEC	– <i>Principes du droit européen du contrat de la commission Lando</i>
PECL	– <i>Principles of European Contract Law</i>
PIP	– <i>Państwo i Prawo</i> (Etat et Droit)
PPH	– <i>Przeegląd Prawa Handlowego</i> (Revue de Droit Commercial)
PU	– <i>Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international</i>
PUG	– <i>Przeegląd Ustawodawstwa Gospodarczego</i> (Revue de Droit Economique)
Rabelsz	– <i>Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht</i>
RDC	– <i>Revue des contrats</i>
RD publ.	– <i>Revue du droit public</i>
RDT civ.	– <i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
Rec. Gaz. trib	– <i>Recueil de la Gazette des tribunaux</i>
<i>Rép. civ. Dalloz</i>	<i>Encyclopédie Dalloz</i>
RG	– Reichsgericht
RGZ	– <i>Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen</i>
RLDC	– <i>Revue Lamy droit civil</i>
RTD civ.	– <i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
S.	– <i>Recueil Sirey</i>
s.	– suivant(e)

10 Sigles et abréviations

- SCC – Supreme Court of Canada
- SeuffA – *Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten*
- SJZ – *Schweizerische Juristen-Zeitung*
- Soc. – *Revue trimestrielle de droit civil*
- ss. – suivants(es)
- T. – Tribunal
- t. – tome
- v. – voir
- TF – Tribunal fédéral
- TGI – Tribunal de grande instance
- Trib. civ. – Tribunal civil
- Trib. com. – Tribunal commercial
- UNIDROIT – Institut international pour l'unification du droit privé
- UPICC – UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
- Warn – *Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen des Reichsgerichts, begr. von Warnmeyer*
- WM – Wertpapier-Mitteilungen
- ZBJV – *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*
- ZEuP – *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*
- ZGB – Zivilgesetzbuch
- ZfRV – *Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung*
- ZIP – *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*
- ZJS – *Zeitschrift für das Juristische Studium*

Introduction : La réforme du droit des contrats en France – réflexions de juristes européens

Reiner Schulze*

I. Les inspirations françaises

L'ordonnance française « portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations » est entrée en vigueur en octobre 2016. Le droit des contrats et le droit général des obligations ont ainsi connu le plus grand changement en France depuis la création du Code civil il y a un peu plus de deux siècles. Outre l'amélioration de l'accessibilité et de la lisibilité de la loi, le désir de moderniser le droit des contrats est au cœur de cette réforme profonde et de grande envergure – une modernisation au regard du développement économique, d'un rapprochement européen des droits et du rayonnement international du droit français.¹

Ces objectifs de la récente réforme rappellent le rôle que le Code civil français a joué à l'origine dans le contexte national et international lors de sa création en 1804. Non seulement il a donné jadis à la France un nouveau cadre législatif pour le droit civil, mais il a également constitué *le* modèle d'un Code civil moderne pour de nombreux pays d'Europe continentale et plus tard aussi pour d'autres parties du monde. Depuis l'époque napoléonienne, son rayonnement s'est étendu à la Pologne et à l'Allemagne. Pour la Pologne, la reprise de la législation française par le duché de Varsovie, fondé en 1807, constitue l'un des points de départ du développement du droit civil d'aujourd'hui. Les termes juridiques, les principes, et la technique juridique du Code civil font partie des éléments caractéristiques d'une des traditions qui, à travers le droit des obligations polonais de 1933, ont influencé de manière significative le Code civil de 1964 et ont contribué à façonner la doctrine actuelle de droit civil polonais. En Allemagne, certains juristes de l'époque napoléonienne ont fait l'éloge du Code civil français en le qualifiant de

* Professeur à l'Université de Münster, Faculté de Droit, Centre de Droit Privé Européen (CEP).

1 Quant aux buts de la réforme, v. Olivier Deshayes et Thomas Genicon, « La réforme française du droit des contrats : propos introductifs », dans ce volume.

« droit général en Europe, en particulier en Allemagne »² ce qui servait d'exemple pour la revendication d'un Code civil allemand propre dans la controverse entre Thibaut et Savigny. Le Code civil français est resté en vigueur sur la rive gauche du Rhin jusqu'à l'unification du droit civil par le *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) en 1900 ; et on peut noter que ce droit français, appelé en Allemagne *Rheinisches Recht* (droit rhénan), était également à la fin du XIX^e siècle, l'une des sources de jurisprudence du *Reichsgericht* (tribunal impérial de Leipzig),³ de même que les matériaux qui étaient utilisés pour la préparation du BGB. Dans une perspective à long terme, on remarque par ailleurs pour la Pologne et l'Allemagne, que le rayonnement du Code civil a en définitive aussi ouvert la voie à la rencontre des amis de la culture juridique française dans le cadre de l'Association Henri Capitant dans ces deux pays ainsi qu'en France, et que ce colloque, dont ce volume est issu,⁴ a été préparé conjointement par le groupe polonais, français et allemand de cette association.

II. Le contexte international

La réforme du droit des contrats dans le Code civil français suscite l'intérêt des juristes, non seulement de France, mais aussi de Pologne, d'Allemagne et d'autres pays, car il ne s'agit pas d'un phénomène français isolé – tout comme la création du Code civil il y a plus de 200 ans. Au contraire, les objectifs et les effets liés à cette réforme s'étendent au-delà de la France et, de plus, les développements antérieurs et les motifs de cette réforme amènent à poser un regard au-delà de la France.

En ce qui concerne les développements antérieurs, la réforme du droit français des contrats s'inscrit dans le contexte international d'une vague de réformes qui a suivi la signature de la Convention des Nations Unies sur les

2 V. déjà le titre de l'ouvrage de Johann Friedrich Reitemeier, *Das Napoléons – Recht als allgemeines Recht in Europa, insbesondere in Deutschland, betrachtet*, Frankfurt an der Oder, Akademische Buchhandlung, 1808 ; pour un aperçu approfondi, v. Reiner Schulze, « Einleitung: Rheinisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte », dans Reiner Schulze et Hans Schulte-Nölke (dir.), *Rheinisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, p. 11–20, not. p. 13.

3 À ce sujet, v. Elmar Wadle, « Das rheinisch-französisches Deliktsrecht und die Judikatur des Reichsgerichts zum unlauteren Wettbewerb », dans Reiner Schulze (dir.), *Rheinisches Recht*, op. cit., p. 79–98.

4 Journée Polono-Allemande de l'Association Henri Capitant – La réforme du droit des obligations contractuelles en France à la lumière du droit polonais, allemand et suisse, 16 novembre 2017, Lodz.

contrats de vente internationale de marchandises en 1980.⁵ En Europe, p.ex., au cours des dernières décennies, le nouveau Code civil néerlandais, la nouvelle législation dans certains « pays en transformation » en transition vers une économie de marché après la fin de la « guerre froide », la modernisation du droit des obligations en Allemagne en 2002 et à présent la réforme en France ont repris des suggestions de ce droit des Nations Unies sur les contrats de vente pour les transférer du droit relatif à la vente au droit général des contrats, voire au droit général des obligations. Les catalyseurs de ce développement en Europe n'étaient pas seulement des projets scientifiques, dont certains suivaient les modèles conceptuels de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM ou Convention de Vienne), notamment, les « Principes du droit européen des contrats » (PDEC)⁶ et les « Principes contractuels communs » (PCC).⁷ Les actes juridiques formant le droit dérivé de l'Union européenne ont également adopté les concepts de la Convention de Vienne (avec quelques modifications, comme en particulier la directive sur les ventes aux consommateurs de 1999⁸).

En vue de la mise en œuvre de cette directive européenne, le législateur allemand avait reconnu à l'époque le danger pour le droit allemand traditionnel des obligations d'être mis en marge du développement international et, en particulier, européen. Il a donc tenté d'adapter partiellement le droit allemand des obligations et en particulier le droit des contrats à cette évolution en le modernisant en 2002, et de parvenir à une synthèse entre des éléments issus de la tradition nationale et une orientation plus européenne. Il semble que la réforme française poursuive actuellement un objectif similaire. Dans cette mesure, les deux réformes sont liées par un motif similaire (un parmi plusieurs autres) : rendre le droit national plus attractif dans un contexte international – attractif surtout en ce qui concerne le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux tout comme l'influence sur la législation des autres pays et de l'Union Européenne.⁹

5 V. Reiner Schulze, « La formation du contrat dans le nouveau droit des obligations allemand et français », dans ce volume ; Reiner Schulze et Fryderyk Zoll (dir.), *The Law of Obligations in Europe: A New Wave of Codifications*, München, Sellier, 2013.

6 Ole Lando et Hugh Beale (dir.), *Principles of European Contract Law*, Parts I-II, The Hague, Kluwer Law International, 1999 ; Ole Lando, Eric Clive, André Prüm et Reinhard Zimmermann (dir.), *Principles of European Contract Law*, Part III, The Hague, Kluwer Law International, 2003.

7 Association Henri Capitant (dir.), *Principes contractuels communs – Projet de cadre commun de référence*, Paris, Société de législation comparée, 2018.

8 Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *JOUE*, 7 juillet 1999, n° L 171, p. 0012-0016.

9 V. Olivier Deshayes, Thomas Genicon, « La réforme française du droit des contrats : propos introductifs », dans ce volume.

Pour ce qui concerne les effets internationaux de la réforme française, les deux facettes devront en conséquence être considérées : le rapprochement et la « concurrence » des droits nationaux. L'adaptation partielle aux tendances du développement international pourrait rendre le droit français plus intéressant encore, puisque ce dernier pourrait être reconnu comme une source d'inspiration pour les pays cherchant une telle adaptation (surtout si leur droit est déjà influencé par des modèles français). Cette hypothèse est au moins soutenue par l'attention portée à la réforme française dans les conférences et publications à l'étranger.¹⁰ Reste à savoir si la réforme permettra au droit français d'être plus souvent choisi comme le droit applicable aux contrats internationaux sur le « marché des droits nationaux » (en raison notamment de la compétition avec les offres émanant du domaine de la *Common law*). Indépendamment de cela, cependant, on constate que la réforme en France s'est orientée vers certains points de référence communs avec les réformes précédentes en Allemagne et dans d'autres pays tout comme avec les réformes proposées, p.ex. en Espagne,¹¹ en particulier en tenant compte des modèles du droit des ventes de la Convention de Vienne et du droit de l'Union européenne. En forçant le trait, on peut mettre en évidence une certaine tendance liée à la façon dont se combine respectivement des traditions nationales et des modèles internationaux et, en particulier européens : les caractéristiques européennes communes des droits nationaux en Europe sont renforcées et le droit des obligations de ces pays se manifeste finalement comme un droit « germano-européen », « franco-européen », etc.¹²

L'orientation des réformes du droit des obligations des différents pays vers des points de référence communs conduit donc à un rapprochement des droits de ces pays entre eux. De cette façon, elle élargit le potentiel de stimulation mu-

10 V., p. ex., Florian Bien et Jean-Sébastien Borghetti (dir.), *Die Reform des französischen Vertragsrechts – Ein Schritt zu mehr europäischer Konvergenz?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018; Hans-Jürgen Sonnenberger, « Die Reform des französischen Schulvertragsrechts, des Regimes und des Beweises schuldrechtlicher Verbindlichkeiten durch Ordonnance Nr 2016-131 vom 10.2.2016, Erster Teil, Quellen der Schuldverhältnisse », *ZEuP* 2017, n° 1, p. 6–67, et Hans-Jürgen Sonnenberger, « Die Reform des französischen Schulvertragsrechts, des Regimes und des Beweises schuldrechtlicher Verbindlichkeiten durch Ordonnance Nr. 2016-131 vom 10.02.2016, Zweiter Teil, Allgemeine Vorschriften, régime général, und Beweis, preuve, der schuldrechtlichen Verbindlichkeiten », *ZeUP* 2017, n° 4, p. 778–835.

11 V., p. ex., Nieves Fenoy Picón, « The Spanish Obligation and Contract Law and the Proposal for its Modernisation », p. 397–430, et Antoni Vaquer, « Spain: Modernising Performance and Non-performance », p. 431–458, tous les deux dans Reiner Schulze et Fryderyk Zoll (dir.), *The Law of Obligations in Europe*, op. cit. ; Éric Savaux, Javier Lete, Rose-Noëlle Schütz et Hélène Boucard (dir.), *La recodification du droit des obligations en France et en Espagne*, Poitiers, Presses universitaires juridiques de Poitiers, Paris, LGDJ-Lextenso, 2016.

12 Dans ce sens, v. Reiner Schulze, « La réforme du droit des obligations en France : Propos introductif d'un point de vue extérieur », dans Reiner Schulze, Guillaume Wicker, Gerald Mäsch et Denis Mazeaud (dir.), *La réforme du droit des obligations en France – 5^e Journées franco-allemandes*, Paris, Société de législations comparé, 2015, p. 11, 24–25.

tuelle entre les ordres juridiques de ces pays. Les juristes français et allemands vont possiblement s'inspirer de l'expérience et des idées de l'autre pays lors de la mise en œuvre de la réforme dans leur pays, par le biais de la jurisprudence ou de la doctrine. La législation de ces deux pays, mais aussi celle d'autres pays, bénéficiera du contenu respectif de la réforme et des expériences de sa mise en œuvre. L'adaptation partielle du droit français des obligations aux évolutions internationales et européennes et les opportunités, qui en découlent, à rapprocher des différents droits nationaux renforcent donc les possibilités d'un discours riche, qui peut être stimulant pour les juristes européens en ce qui concerne la doctrine juridique, la jurisprudence et la législation future dans chacun de leurs pays.

III. L'objet des réflexions menées

La réforme française – et donc le discours international qu'elle a suscité – concerne le contenu, la structure et les méthodes du droit des contrats et du droit général des obligations. Les réflexions auxquelles les juristes européens peuvent contribuer dans des ouvrages comme le présent volume doivent se limiter à des sujets particuliers issus de ce vaste domaine et à des perspectives spécifiques en vue, respectivement, de leur orientation disciplinaire et expérience nationale. Les développements de ce volume se concentrent sur deux domaines principaux : la théorie de l'imprévision et l'application de la théorie des contrats.

Ces deux parties principales sont précédées de trois contributions introductives à la réforme du droit français des contrats. Tout d'abord, l'histoire, les objectifs, le contenu et une appréciation de la réforme sont présentés d'un point de vue français.¹³ Viennent ensuite des remarques comparatives à propos du nouveau droit allemand et français des obligations en prenant pour exemple la formation d'un contrat d'un point de vue allemand.¹⁴ L'inexécution d'un contrat à l'aune de la réforme française fait l'objet d'une réflexion comparative menée d'un point de vue polonais et parachève cette partie.¹⁵

La partie principale subséquente traite de la théorie de l'imprévision (ou plus justement du « concept » de l'imprévision), un élément central de la réforme fran-

13 V. Olivier Deshayes et Thomas Genicon, « La réforme française du droit des contrats : propos introductifs », dans ce volume.

14 V. Reiner Schulze, « La formation du contrat dans le nouveau droit des obligations allemand et français », dans ce volume.

15 V. Marcin Olechowski, « L'inexécution du contrat après la réforme du Code civil français – regards d'un civiliste polonais », dans ce volume.

çaise, qui fait également l'objet dans d'autres pays, de réformes législatives,¹⁶ de décisions judiciaires très remarquables¹⁷ et de discussions doctrinales. Au niveau européen, plusieurs projets scientifiques¹⁸ et la proposition d'un Droit européen commun de la vente¹⁹ ont fourni un modèle pour la réglementation de l'imprévision ou – comme on l'appelle souvent – de « changement profond des circonstances ». Dans ce contexte, la nouvelle disposition du droit français est d'abord présentée,²⁰ avant de faire l'objet d'une analyse comparative dans un environnement européen à travers le prisme de la situation juridique en Allemagne et en Suisse²¹ ainsi qu'en Pologne.²²

L'autre partie principale traite de l'application de la théorie des contrats dans divers domaines du droit qui revêtent une grande importance dans la pratique juridique. Les discussions menées lors de la préparation de la réforme en France ont mis en lumière un certain nombre de questions fondamentales de la théorie des contrats. Un sujet qui a été très discuté et l'est toujours concerné, p.ex., la portée de la disparition de la « cause » à tout le moins dans la terminologie juridique employée par le Code civil. La question se pose d'abord de savoir si cette suppression peut être considérée comme une simple modification de la technique législative ou si elle exprime un changement plus profond du fondement théorique de la notion de contrat. Dans ce cadre, la réforme affecte-t-elle la relation entre le droit objectif et l'autonomie privée ? Cette discussion est particulièrement menée dans le cas où la cause a été utilisée pour représenter la théorie du contrat qui fait généralement de l'appréciation du contenu d'un accord par la loi, une condition préalable à l'engagement juridique des parties. On peut néanmoins se demander si la renonciation à la « cause » ne signifie pas le passage à un modèle contractuel plus libéral qui suppose généralement que les parties soient elles-mêmes liées par le contrat et qui n'est limité que par des dispositions légales (p.ex., pour des atteintes aux « bonnes mœurs »).

Cependant, l'application future du nouveau droit français des contrats ne se résume pas à des réflexions doctrinales abstraites sur de telles questions de fond.

16 P. ex. en Allemagne, par l'introduction du § 313 BGB lors de la modernisation du droit des obligations en 2002 ; pour la République tchèque et la Hongrie, v. p.ex. Luboš Tichý, « Czech and European Law of Obligations at a Turning Point », p. 27, 38–39; Zoltán Nemessányi, « Contract Formation and Non-performance in the Changing Hungarian Civil Law », p. 123, 135–138, tous les deux dans Reiner Schulze et Fryderyk Zoll (dir.), *The Law of Obligations in Europe*, *op. cit.*

17 P. ex. pour Québec, v. *Churchill Falls (Labrador) Corp v. Hydro-Quebec*, 2018 SCC 46.

18 Entre autres, l'art. 6 : 111 PDEC et l'art. III.–1:110 du Projet de cadre commun de référence (PCCR).

19 L'art. 89 de la Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un Droit commun européen de la vente, COM (2011) 635 final.

20 V. Marie Dugué, « L'imprévision en droit français », dans ce volume.

21 V. Peter Jung, « L'interprétation supplétive et la théorie de l'imprévision – le nouveau droit français à la lumière des droits allemand et suisse », dans ce volume.

22 V. Małgorzata Pyziak-Szafnicka, « L'imprévision en droit polonais », dans ce volume.

Il faut plutôt tenir compte aussi des effets concrets possibles de la réforme sur les différents domaines du droit. Ainsi, certaines contributions de ce volume traitent de la pertinence de la réforme du droit des obligations en droit du travail et adoptent une approche comparative en considération du droit du travail polonais.²³ Ils attirent l'attention sur la relation entre le droit national et le droit européen en matière de clauses abusives²⁴ et discutent l'application de la théorie des contrats aux marchés financiers²⁵ ainsi qu'au contrat de garantie²⁶ en prenant comme exemple le droit polonais. Cette partie du volume n'a pas pour but de donner une vue d'ensemble de l'application de la théorie des contrats. Mais elle peut à tout le moins souligner certains des problèmes auxquels le droit des contrats est actuellement confronté à cet égard en France, en Pologne et probablement aussi de façon similaire dans d'autres pays.

IV. La réforme se poursuit !

Même si une appréciation complète de la réforme de 2016 n'est ni prévue ni possible dans ce volume – et dont la réalisation, en général, est probablement impossible en un seul volume – cette réforme peut sans exagération être décrite comme le changement le plus important dans le domaine du droit des contrats en France depuis la création du Code civil. Elle s'appuie non seulement sur un débat intense en France, notamment depuis le bicentenaire du Code civil en 2004,²⁷ mais tient également compte du contexte, caractérisé par une profonde mutation du droit des contrats dans le cadre international et européen. Dans ce contexte, elle s'inscrit dans une évolution qui a connu l'un de ses points de départ les plus importants avec la rédaction de la Convention de Vienne et sa signature en 1980 et qui, en Europe, avec l'idée d'un « droit européen des contrats », a pris une forme qui lui est propre d'où son intensité particulière

23 V. Zbigniew Hajn, « L'interprétation des contrats collectifs de travail en droit polonais », dans ce volume.

24 V. Jarosław Zasada, « Substitution de la clause abusive par une disposition de droit national à caractère supplétif dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », dans ce volume.

25 V. Mariola Lemonnier, « Droit des marchés financiers en Pologne et le contrat », dans ce volume.

26 V. Jacek Krauss, « Le contrat de garantie à la lumière du droit civil polonais – dilemmes de construction », dans ce volume.

27 Quant à l'histoire de la réforme, v. Olivier Deshayes et Thomas Genicon, « La réforme française du droit des contrats : propos introductifs », dans ce volume.

au niveau supranational. Au niveau national, une série de réformes telles les nouvelles codifications (p.ex., aux Pays-Bas) ou de recodifications (telles que la modernisation allemande du droit des obligations) ont précédé la réforme française. Dans cette évolution, la réforme française de 2016 constitue certainement l'un des maillons les plus importants de la chaîne, en raison de son contenu et du rayonnement traditionnel du droit français qui malgré des conditions changeantes doit être conservé et renouvelé.

Mais on peut présumer avec presque autant de certitude que cette réforme française de 2016 ne constitue pas la conclusion du processus de réforme du droit des contrats, ni en France, ni au niveau international. Pour la France, la révision de la réforme par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 montre déjà les difficultés à asseoir une réglementation définitive. D'un point de vue mondial, le processus de réformes fondamentales du droit civil, y compris le droit des contrats et des obligations, s'est étendu à un certain nombre d'autres pays ces dernières années, quoique de manière très différente – de l'Argentine à la Turquie jusqu'au Japon. En outre, de nombreux projets de réforme du droit des contrats non encore réalisés sont en cours de discussion – au niveau national, p.ex., en Espagne²⁸ ; pour une « région du monde » avec les « principes latino-américains du droit des contrats ».²⁹ Comme la réforme française s'est inspirée des réformes et des projets de réforme précédents, elle pourra à son tour inspirer les projets de réforme actuels et futurs. Plus généralement, la continuité du processus de réformes en cours implique le défi et l'opportunité d'un échange continu d'idées et d'expériences entre juristes de différents pays.

Dans les années à venir, ce discours au-delà des frontières des différents pays pourra également faire face aux nouveaux défis communs du droit des contrats au XXI^e siècle : les questions juridiques des plates-formes Internet, les contrats portant sur des contenus numériques et des données en contrepartie, les contrats intelligents et les contrats auto-exécutés.³⁰ La réforme du droit des contrats va se poursuivre.

28 Not. Comisión general de codificación – sección de derecho civil, *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid, Gobierno de España – Ministerio de Justicia, 2009.

29 Íñigo de la Maza, Carlos Pizarro et Álvaro Vidal Olivares (dir.), *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2017 ; v. aussi Rodrigo Momberg et Stefan Vogenauer (dir.), *The Future of Contract Law in Latin America*, Oxford and Portland, Oxford, Hart, 2017.

30 Quant aux défis pour le droit des contrats imposés par la « révolution numérique », v. p. ex. Sebastian Lohsse, Reiner Schulze et Dirk Staudenmayer (dir.), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Baden-Baden, Nomos/Hart, 2017 ; Reiner Schulze, « The New Shape of European Contract Law », *EuCML* 2015, n° 4, p. 139–144 ; Reiner Schulze, « Supply of Digital Content – A New Challenge for European Contract Law », dans Alberto de Franceschi (dir.), *European Contract Law and the Digital Single Market – The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 127–144.

Bibliographie

- Association Henri Capitant (dir.), *Principes contractuels communs – Projet de cadre commun de référence*, Paris, Société de législation comparée, 2018.
- Comisión general de codificación – sección de derecho civil, *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid, Gobierno de España – Ministerio de Justicia, 2009.
- BIEN, Florian et BORGHETTI, Jean-Sébastien (dir.), *Die Reform des französischen Vertragsrechts – Ein Schritt zu mehr europäischer Konvergenz?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018.
- DE LA MAZA, Íñigo, PIZARRO, Carlos et VIDAL OLIVARES, Álvaro (dir.), *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2017.
- FENOY PICÓN, Nieves, « The Spanish Obligation and Contract Law and the Proposal for its Modernisation », dans Reiner SCHULZE et Fryderyk ZOLL (dir.), *The Law of Obligations in Europe: A New Wave of Codifications*, München, Sellier, 2013, p. 397–430.
- LANDO, Ole et BEALE, Hugh (dir.), *Principles of European Contract Law*, Parts I–II, The Hague, Kluwer Law International, 1999.
- LANDO, Ole, CLIVE, Eric, PRÜM, André et ZIMMERMANN, Reinhard (dir.), *Principles of European Contract Law*, Part III, The Hague, Kluwer Law International, 2003.
- LOHSE, Sebastian, SCHULZE, Reiner et STAUDENMAYER, Dirk (dir.), *Trading Data in the Digital Economy : Legal Concepts and Tools*, Baden-Baden, Nomos/Hart, 2017.
- MOMBERG, Rodrigo et VOGENAUER, Stefan (dir.), *The Future of Contract Law in Latin America, Oxford and Portland*, Oxford, Hart, 2017.
- NEMESSÁNYI, Zoltán, « Contract Formation and Non-performance in the Changing Hungarian Civil Law », dans Reiner SCHULZE et Fryderyk ZOLL (dir.), *The Law of Obligations in Europe: A New Wave of Codifications*, München, Sellier, 2013, p. 123–138.
- REITEMEIER, Johann Friedrich, *Das Napoléons – Recht als allgemeines, Recht in Europa, insbesondere in Deutschland, betrachtet*, Frankfurt an der Oder, Akademische Buchhandlung, 1808.
- SAVAUX, Éric, LETE, Javier, SCHÜTZ, Rose-Noëlle et BOUCARD, Hélène (dir.), *La recodification du droit des obligations en France et en Espagne*, Poitiers, Presses universitaires juridiques de Poitiers, Paris, LGDJ-Lextenso, 2016.
- SCHULZE, Reiner, « Einleitung: Rheinisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte », dans Reiner SCHULZE et Hans SCHULTE-NÖLKE (dir.), *Rheinisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, p. 11–20.
- SCHULZE, Reiner « La réforme du droit des obligations en France : Propos introductif d'un point de vue extérieur », dans Reiner SCHULZE, Guillaume WICKER, Gerald MÄSCH et Denis MAZEAUD (dir.), *La réforme du droit des obligations en France – 5^e Journées franco-allemandes*, Paris, Société de législations comparé, 2015, p. 11–25.
- SCHULZE, Reiner, « Supply of Digital Content – A New Challenge for European Contract Law », dans Alberto DE FRANCESCHI (dir.), *European Contract Law and the Digital Single Market – The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 127–147.
- SCHULZE, Reiner, « The New Shape of European Contract Law », *EuCML*, n° 4, 2015, p. 139–144.

- SCHULZE, Reiner et ZOLL, Fryderyk (dir.), *The Law of Obligations in Europe: A New Wave of Codifications*, München, Sellier, 2013.
- SONNENBERGER, Hans-Jürgen, « Die Reform des französischen Schuldvertragsrechts, des Régimes und des Beweises schuldrechtlicher Verbindlichkeiten durch Ordonnance Nr 2016-131 vom 10.2.2016, Erster Teil, Quellen der Schuldverhältnisse », *ZEUP* 2017, n° 1, p. 6–67.
- SONNENBERGER, Hans-Jürgen, « Die Reform des französischen Schuldvertragsrechts, des Régimes und des Beweises schuldrechtlicher Verbindlichkeiten durch Ordonnance Nr 2016-131 vom 10.02.2016, Zweiter Teil, Allgemeine Vorschriften, régime général, und Beweis, preuve, der schuldrechtlichen Verbindlichkeiten », *ZeUP* 2017, n° 4, p. 778–835.
- TICHÝ, Luboš, « Czech and European Law of Obligations at a Turning Point », dans Reiner Schulze et Fryderyk Zoll (dir.), *The Law of Obligations in Europe: A New Wave of Codifications*, München, Sellier, 2013, 27–50.
- VAQUER, Antoni, « Spain: Modernising Performance and Non-performance », dans Reiner SCHULZE et Fryderyk ZOLL (dir.), *The Law of Obligations in Europe: A New Wave of Codifications*, München, Sellier, 2013, p. 431–458.
- WADLE, Elmar, « Das rheinisch-französische Deliktsrecht und die Judikatur des Reichsgerichts zum unlauteren Wettbewerb », dans Reiner Schulze (dir.), *Rheinisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, p. 79–98.

Partie I

**La réforme du droit français
des contrats**

La réforme française du droit des contrats : propos introductifs

Olivier Deshayes*, Thomas Genicon**

Avec la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2018, la France vient d'achever le processus de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations qui avait été entamé quatorze ans auparavant. Cette réforme est d'une importance considérable, aussi bien d'un point de vue symbolique - elle touche l'un des plus forts piliers du « Code Napoléon » - que d'un point de vue pratique puisqu'elle introduit dans ce Code plus de 330 nouveaux articles.

C'est dire s'il faut saluer l'initiative de la section polonaise de l'Association Henri Capitant - et notamment Mme le Professeur Dagmara Skupień que nous remercions chaleureusement - d'avoir organisé ce colloque international car il permet de croiser les regards sur le nouveau droit français des contrats. Il ne faut pas croire en effet que l'entrée en vigueur de cette réforme d'ampleur soit un point d'arrivée : il s'agit davantage d'un point de départ car tous les nouveaux textes vont devoir être interprétés par les juges et assimilés par la pratique, or ce travail de révélation et d'appropriation ne pourra se faire sans des travaux doctrinaux comme ceux-ci.

Pour s'en tenir au thème du colloque, nous nous cantonnerons au droit des contrats, laissant de côté le régime et la preuve des obligations. Notre propos ne sera qu'une modeste présentation de l'histoire de la réforme, de ses objectifs et de son contenu, suivie d'une rapide appréciation.

I. Histoire de la réforme

Il n'est pas abusif de parler de l'« histoire de la réforme », s'agissant d'une entreprise qui a débuté il y a longtemps déjà, lors des célébrations du Bicentenaire du Code civil en 2004. Le Président de la République lui-même, tout en se félicitant

* Professeur à l'Université Paris Nanterre.

** Professeur à l'Université de Rennes.

de la longévité du Code, avait alors appelé à sa refonte, notamment pour ce qui touchait sa partie relative au droit des obligations. A cette date, toutes les conditions étaient réunies pour que les juristes français prennent conscience de la nécessité d'une réforme.

D'abord, les belles célébrations de 2004 avaient quelque chose d'une « fête en larmes », pour reprendre le titre d'un livre de Jean d'Ormesson : une fête car il y avait lieu de se réjouir de cet anniversaire ; mais « en larmes » car tout le monde avait bien à l'esprit que les textes étaient dépassés à l'aube du XXI^e siècle, spécialement pour le droit des contrats.

Ensuite, le droit comparé a joué à ce moment-là un rôle décisif en mettant en évidence, d'une part, un mouvement général de recodification à l'étranger, d'autre part, l'émergence d'une « compétition » internationale des systèmes juridiques, révélée notamment par les rapports *Doing business*. Quoique les biais méthodologiques et les partis pris de ces rapports en aient sérieusement entamé la crédibilité, le déclassement du droit français a incité à faire valoir, en réaction, les mérites du droit écrit et à brandir l'étendard du droit codifié. Mais pour que cela soit crédible, cela supposait de se prévaloir d'un Code modernisé précisément...

Enfin, le contexte européen a agi à la manière d'un électrochoc : lorsqu'il est apparu que la Commission européenne nourrissait quelque velléité d'uniformisation en droit des obligations, les juristes français ont craint que cette discipline séminale pour le droit civil puisse leur échapper. Plus exactement, selon l'opinion qu'ils se faisaient de cette initiative européenne, ils ont soit prôné la nécessité d'une réforme pour, si l'on peut dire, couper l'herbe sous le pied de la Commission, soit prôné la nécessité d'une réforme pour anticiper l'avènement d'un droit européen des contrats. Cette divergence d'approche continuera de se faire sentir dans l'élaboration même de la réforme.

Quoi qu'il en soit, le mouvement réformateur était lancé mais il allait durer quatorze années. Les douze premières furent faites d'avancées, de rebondissements et aussi de reculs avant que ne soit finalement adoptée l'ordonnance de réforme n°2016-131 du 10 février 2016. Les deux suivantes furent consacrées à l'analyse et la correction – ou plutôt à la rectification – de la réforme. Elles débouchèrent sur la loi de ratification du 20 avril 2018.

Tout au départ, l'initiative est venue de la doctrine et il faut insister sur ce point. La réforme du droit des contrats a d'abord été, pour reprendre la formule célèbre de Carbonnier une « offre de loi » faite par les universitaires et non pas par la pratique qui est toujours restée à distance de ces initiatives – du moins à leur commencement. La première « offre » prit la forme de l'avant-projet dit « Catala », élaboré par un groupe de professeurs de droit présidé par Pierre Catala qui remit son travail au ministère de la Justice en septembre 2005. Elle fut suivie par une seconde « offre », l'avant-projet « Terré », élaboré en trois parties successives, par un second groupe d'universitaires (auxquels étaient associés quelques praticiens dont le rôle a toutefois été limité) sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques et

présidé par François Terré. Bien sûr, les deux avant-projets nourrissaient quelque rivalité et répondaient aussi à des inspirations différentes. Tandis que l'avant-projet « Catala » entendait essentiellement procéder à une « codification à jurisprudence constante » et se montrer modéré dans ses innovations, l'avant-projet « Terré » ambitionnait de faire bouger les lignes antérieures en s'inspirant notamment davantage des travaux du droit européen virtuel.

Pour préparer son texte, le ministère de la Justice s'appuya sur ces deux avant-projets mais il mena aussi des consultations plus ou moins larges et plus ou moins connues. D'autres universitaires furent entendus ainsi que les principales professions juridiques et judiciaires, sans oublier les divers représentants des milieux économiques particulièrement intéressés par le droit des obligations. Les avant-projets de la Chancellerie se succédèrent à partir de 2008, là aussi de façon plus ou moins officielle, plus ou moins publique, et cette longue période de travail et de modifications dans les officines de la Chancellerie fut une sorte de traversée du désert pour la réforme du droit des contrats, donnant l'impression d'un enlèvement des travaux. Il manquait en réalité une impulsion politique.

Cette impulsion survint un peu par surprise en 2015. Décision fut prise de procéder à la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations par ordonnance. Le procédé, qui contournait le Parlement, suscita une vive controverse et même une franche hostilité de la part du Sénat. Le gouvernement garda son cap et obtint une loi d'habilitation en février 2015, moyennant la concession ne pas toucher au droit de la responsabilité, dont le Parlement entendait assurer la réforme lui-même. Peu après l'adoption de cette loi, un projet d'ordonnance fut soumis à consultation publique pendant quelques mois. Malgré sa brièveté, cette consultation donna lieu à d'abondantes réponses, toutes examinées par la Chancellerie et dont certaines ont conduit à une modification du texte. Après négociations interministérielles et passage devant le Conseil d'Etat, le projet d'ordonnance fut adopté le 10 février 2016, soit à quelques jours de l'expiration du délai d'un an qu'avait accordé le Parlement dans la loi d'habilitation. Cette ordonnance « portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations » prévoyait sa propre entrée en vigueur dès le 1^{er} octobre 2016. Cette relative précipitation se révéla par la suite regrettable car, comme il fallait s'y attendre, le Parlement n'eut pas le temps, entre février et octobre, de se pencher sur la ratification du texte, laquelle, nous l'avons dit, n'intervint que 2 ans plus tard, le 20 avril 2018. Or cette ratification s'accompagna d'un certain nombre de modifications. Sans aller jusqu'à dire que la loi de 2018 opéra une « réforme de la réforme », il n'empêche qu'elle apporta quelques retouches parfois substantielles. Cette construction par séquence du nouveau droit français des contrats a donc eu pour effet regrettable de faire se succéder trois régimes juridiques appelés chacun à gouverner les contrats selon leur date de conclusion...

Toujours est-il que la réforme du droit des contrats est achevée pour l'essentiel, dans sa version définitive entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2018. Pour l'essentiel...

car, des manques se font tout de même ressentir. D'abord, il faut bien avoir à l'esprit que la réforme est incomplète : les textes relatifs à la responsabilité contractuelle n'ont pas été retouchés car ils relèvent de la réforme de la responsabilité civile dans son ensemble, réforme dont il a été dit que le Parlement entendait s'en charger mais qui demeure encore à l'état de projet à ce jour. Ensuite, il faut noter que seul le droit commun des contrats est concerné, les droits spéciaux des contrats n'ayant pas été réformés non plus, même si là encore un projet est en cours, quoique moins avancé. Il demeure que le Code civil s'appuie désormais sur un corps substantiel de droit commun, porteur de nombreuses innovations et de nature à répondre, pour partie au moins, aux objectifs que s'étaient fixés les promoteurs de la réforme.

II. Objectifs de la réforme

Pourquoi la France a-t-elle réformé son droit des contrats ? Plusieurs raisons s'entrecroisent, dont certaines ont déjà été évoquées, mais on peut les ramener à 3 motifs majeurs.

Le premier objectif a été celui d'une *recodification*, visant à assurer l'*accessibilité*, la *lisibilité* et la *prévisibilité* du droit des contrats. On peut dire qu'il s'agit là de l'objectif majeur : en revenir à un droit écrit des contrats, là où, pour beaucoup, le droit français était devenu un droit jurisprudentiel. Il y avait quelque paradoxe pour la France à se présenter comme l'un des hérauts du droit codifié, tout en ayant un Code qui, pour ce qui concernait le droit des obligations, ne renfermait plus la réalité quotidienne de ce qu'était devenu ce droit. Cette discordance est à présent brisée et le droit français devrait renouer avec les trois vertus classiques de la codification. L'accessibilité, d'abord : le simple justiciable ou le juriste étranger pourra facilement avoir une vue d'ensemble comme une information détaillée sur le droit des contrats en ouvrant le Code. La lisibilité ensuite : le nouveau texte se veut clair et compréhensible en lieu et place d'une jurisprudence qui, par nature, peut être ambiguë, difficile à connaître ou à cerner. La prévisibilité, enfin, car la stabilité du droit écrit offre une sécurité juridique de premier ordre en comparaison avec un droit jurisprudentiel toujours mouvant, voire pluriel ou contradictoire. Pour voir un exemple concret du progrès accompli, il n'est que de penser à celui de la rétractation de l'offre : là où, naguère, des arrêts anciens et récents étaient convoqués pour débattre sans fin sur la sanction de la rétractation fautive de l'offre - et sans jamais être assuré de la solution exacte - l'article 1116 règle tout, à présent, en quelques lignes.

Le second objectif a été celui d'une *modernisation du droit des contrats*. La réforme a été voulue, principalement, dans un esprit de fidélité au travail prétorien

qui avait bâti le droit des contrats, du moins dans ses éléments sûrs et établis. Elle est donc pour beaucoup une « codification à jurisprudence constante ». Mais ses promoteurs ont bien sûr saisi l'occasion pour introduire de nouvelles solutions afin de moderniser le droit des contrats au fond. La modernisation a toujours quelque chose d'ambiguë et sa signification précise n'est pas aisée à cerner en droit. Au cas présent, elle a consisté surtout, d'une part, à tenir compte des impératifs de la vie économique – ce qui s'est traduit par une certaine « commercialisation » du droit civil des obligations – et, d'autre part, dans un souci d'ouverture, à tenir compte des instruments d'harmonisation européens – ce qui est autre chose que les droits européens et étrangers qui, malheureusement, ont été tenus à l'écart des travaux.

Enfin, le troisième objectif a été de renforcer *le rayonnement international du droit français des contrats* et cela, dans deux directions. D'abord, dans une perspective pratique et économique, les promoteurs de la réforme espèrent que la lisibilité et la modernisation du droit français en fera une pièce de choix pour les acteurs internationaux au moment où ils choisiront le droit applicable à leur contrat. À cet égard, le fait d'avoir une sorte de *vade mecum* juridique clair, complet, moderne et largement supplétif – ce qui est un avantage décisif puisque cela permet le « sur-mesure » contractuel – pourra exercer une réelle attraction. Ensuite, dans une perspective plus culturelle et diplomatique, les auteurs de la réforme entendent que le droit français des contrats reprenne rang – celui du Code Napoléon – parmi les droits ayant valeur de modèle pour les législateurs étrangers ou pour peser davantage dans l'élaboration des règles du droit de l'Union européenne. On comprend, dans cette perspective, que l'ordonnance puis la loi de ratification aient entendu offrir un droit des contrats aussi complet et sûr que possible.

III. Contenu de la réforme

L'importance du contenu de la réforme se fait aussi bien sentir sur la méthode que sur les règles de fond.

S'agissant de la méthode, la réforme procède à un remaniement important du plan du Code, qui en accroît la pédagogie et la lisibilité. Alors que le livre III opposait dans l'ancien Code un titre III intitulé « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général » à un titre IV intitulé « Des obligations qui se forment sans convention », il procède à présent à une nouvelle distribution qui, fortement inspirée des présentations doctrinales du droit des obligations, découpe la matière entre les sources des obligations (titre III), leur régime (titre IV) et leur preuve (titre

IV bis). Tandis que le titre IV regroupe l'ensemble des règles applicables à un lien d'obligation indépendamment de sa source (extinction de l'obligation, paiement de l'obligation, transfert de l'obligation *via* la cession de créance ou la cession de dette, etc.), sa preuve mise à part (car elle est l'objet d'un titre séparé), le titre III traite séparément et successivement du contrat (dont les règles doivent s'appliquer par analogie à l'acte juridique unilatéral, art. 1100-1), de la responsabilité civile (les textes anciens étant reconduits pratiquement à l'identique, dans l'attente de la réforme d'ensemble de la responsabilité civile, on l'a vu) et des quasi-contrats. Pour ce qui concerne spécifiquement le droit des contrats, l'effort didactique est particulièrement poussé puisque le législateur a adopté un plan chronologique consistant à exposer les règles en suivant les cycles de vie du contrat. Après des dispositions liminaires qui exposent les règles cardinales du droit des contrats (liberté contractuelle, force obligatoire, consensualisme, etc.) et les grandes classifications des contrats, un chapitre est consacré à la formation du contrat qui oppose les règles gouvernant la conclusion du contrat (négociations précontractuelles, offre et acceptation, avant-contrats, contrats conclus par voie électronique) à celles qui gouvernent la validité du contrat (consentement, capacité, représentation, contenu qui recouvre les exigences relatives à l'objet et la cause, le cas échéant la forme), sans oublier une section spécifique consacrée aux sanctions (nullité et caducité). Vient un chapitre, à mi-chemin entre la formation et l'exécution du contrat, qui concerne son interprétation (chapitre III) avant que ne soit approfondis dans un chapitre IV les effets du contrat. Ce chapitre expose les effets du contrat entre les parties (force obligatoire et effet translatif de propriété) puis à l'égard des tiers (règles générales puis dispositions relatives au porte-fort et à la stipulation pour autrui). Elle contient également trois sections innovantes consacrées respectivement à la durée du contrat (opposition des régimes du contrat à durée indéterminée et du contrat à durée déterminée), à la cession de contrat, et à l'inexécution du contrat. Cette dernière section, qui regroupe ensemble toutes les sanctions à la disposition du créancier insatisfait, est particulièrement riche : le législateur a entendu faire état d'une sorte de boîte à outils au fonctionnement détaillé. Enfin, même s'il est placé dans le titre relatif au régime des obligations, il faut faire état d'un chapitre consacré spécialement aux restitutions faisant suite à l'anéantissement d'un contrat (nullité, résolution, caducité, anéantissement par le jeu d'une condition résolutoire) : il s'agit là d'une originalité importante de la réforme française et de nature à surmonter d'importantes difficultés pratiques.

S'agissant du fond à présent, les changements sont importants même s'il faut rappeler encore qu'un nombre considérable de dispositions qui, quantitativement, représentent l'écrasante majorité des textes, ne sont qu'une « mise en texte » de solutions prétoriennes bien acquises. On doit garder cela à l'esprit pour ne pas se laisser impressionner par les ruptures ou les innovations frappantes : pour l'essentiel le droit positif est reconduit. Cette mise en garde faite, on peut faire mention, au titre des changements majeurs : de la codification circonstan-

ciée d'une obligation générale d'information précontractuelle (art. 1112-1) ; de la nouvelle sanction de la rétractation fautive de l'offre – qui ne peut plus être que des dommages-intérêts (art. 1116) – et de la nouvelle sanction de la rétractation fautive d'une promesse unilatérale de contrat – qui peut être, contrairement à la jurisprudence antérieure, la formation forcée du contrat définitif (art. 1124) ; de l'introduction d'actions interrogatoires ciblées ; de l'introduction d'une déclinaison particulière de la violence tenant à l'abus de dépendance (art. 1143) ; d'un paragraphe entier dédié au droit commun de la représentation ; de la disparition formelle de la cause (remplacée par d'autres notions, de manière à en préserver toutes les fonctions) ; du remaniement des exigences relatives à la détermination du prix (art. 1163 et s.) ; de l'introduction – point crucial – d'une faculté judiciaire d'éradication des clauses excessives dans les seuls contrats d'adhésion (art. 1171) ; de la consécration dans les textes de la caducité en général et de la caducité dans les contrats interdépendants (art. 1186) ; du renversement de la jurisprudence *Canal de Craponne* et de l'introduction conséquente de la révision et de la résolution pour imprévision (art. 1195) ; de la consécration de la cession de contrat (art. 1216) ; de la reconnaissance de l'exception pour inexécution anticipée (art. 1220) ; de la résolution et du remplacement extrajudiciaire (art. 1222 et art. 1226) ; de la réduction de prix (art. 1223) ou encore de l'introduction d'un tempérament à l'exécution forcée en nature, réservé au débiteur de bonne foi (art. 1222). On rappellera aussi les importantes dispositions consacrées aux restitutions faisant suite à l'anéantissement du contrat (art. 1352 et s.).

IV. Appréciation de la réforme

Que faut-il penser de cette réforme d'ampleur ? Il est bien difficile de se prononcer alors qu'elle vient tout juste d'entrer en vigueur dans sa version définitive : on manque de recul et, sûrement aussi, d'objectivité. Comme toujours en France, cette réforme a suscité d'intenses débats et de vives querelles : pas assez audacieuse pour les uns, trop audacieuse pour les autres ; trop libérale pour les uns, trop solidariste et trop « judiciaire » pour les autres ; trop européenne pour les uns, trop franco-française pour les autres, etc. On doit s'efforcer pourtant d'identifier les appréciations sur lesquelles les commentateurs s'accordent soit pour saluer la réforme, soit pour la critiquer.

S'agissant des éléments à mettre au crédit de la réforme, la tendance est de relever deux choses.

En premier lieu, la re-codification est en soi une réussite. Il faut se féliciter du fait que le pays du Code Napoléon ait enfin écrit son droit des contrats. Grâce

à la réforme, nous redevenons des juristes du Code : nous nous tournons vers les textes, nous les travaillons et les interprétons. Évidemment, ils ne sont pas tous réussis mais au moins le centre de gravité ne se trouve plus dans la jurisprudence comme naguère mais dans le Code civil.

En second lieu, rares sont les critiques portant sur le style législatif adopté et la qualité de la rédaction. Implicitement, cela signifie que l'écriture de la loi, à quelques exceptions près, est bonne. Et, de fait, les rédacteurs n'ont trahi ni l'esprit, ni le style du Code Napoléon. Les grandes recommandations de Portalis ont été suivies ce qui fait que le Code, tout en étant complet, n'entre pas trop dans les détails, pour traverser le temps et laisser à chaque époque quelque marge de manœuvre. En effet, les articles nouveaux sont clairs et ramassés, répondant à cet idéal français du texte épuré qui en dit le plus possible avec le moins de mots possible. Il faut s'en réjouir et garder à l'esprit le scénario alternatif qu'aurait été l'adoption du style ampoulé, confus, trop foisonnant pour être clair, des instruments européens ou bien, en interne, du Code de commerce... Le droit français des contrats l'a échappé belle, ce qui est en soi un motif de satisfaction.

S'agissant des éléments critiqués, on peut en relever trois.

En premier lieu, tout le monde s'accorde pour fustiger le fait que la réforme soit inachevée. Il n'est pas acceptable, notamment, que la responsabilité contractuelle n'ait été l'objet d'aucune reprise alors qu'en pratique, c'est ici que se loge l'essentiel du contentieux contractuel. De même, il est de mauvaise méthode de ne pas avoir réformé les droits spéciaux des contrats dans un même mouvement : le décalage des textes sera source de difficultés.

En second lieu, tout en se félicitant de la pureté du style « napoléonien », il faut regretter ponctuellement que des mécanismes très techniques soient insuffisamment précisés. On songe par exemple à la cession de contrat ou à la cession de dette dont les textes sont trop évanescents.

En troisième lieu, à trop penser que la modernité se trouvait dans les instruments européens d'harmonisation, les auteurs de la réforme ont négligé - pour ne pas dire ignoré - d'importantes innovations doctrinales en interne, qui auraient pourtant nourri le renouvellement du droit français des contrats. Ainsi de l'émergence évidente, au-delà de la seule figure classique du contrat-échange, des figures du contrat-organisation ou des contrats de type collaboratif ou coopératif. De même, les mécanismes issus de la pratique ont été curieusement laissés de côté et l'on songe notamment à la promesse synallagmatique de contrat ou à la clause de dédit.

Quant aux choix substantiels qui ont été effectués, toutes les opinions se croisent et ce n'est pas le lieu pour exprimer les nôtres. On se permettra d'observer tout de même que la réforme a tout du compromis et que, comme tel, elle peut recevoir toutes les critiques ou tous les compliments généralement adressés aux compromis. Pour le compliment, celui d'être une œuvre équilibrée. Pour la critique, celle d'être un tissu de demi-mesures ou de contradictions. Dans un

souci de pacification, les auteurs de la réforme ont probablement cherché à tenir une ligne de crête, en introduisant des mécanismes séduisants pour les milieux d'affaires mais, dans le même temps, en marquant la réforme du sceau d'un certain humanisme juridique ; en faisant preuve d'ouverture au droit comparé (du moins, un certain droit comparé, celui des instruments virtuels européens) tout en manifestant son attachement aux institutions françaises ; en introduisant des innovations marquantes tout en s'inscrivant dans la lignée du droit prétorien des contrats tel que deux cents ans de jurisprudence l'avaient façonné.

Quoi qu'il en soit, dans un pays aussi passionné de divisions et de débats que l'est la France, il tient presque du miracle que l'entreprise de recodification ait pu avoir lieu. Sa valeur et sa portée dépendront pour beaucoup, à terme, de la sagesse des applications qui seront faites des nouveaux textes et, dans l'immédiat, du regard que pourront porter sur eux nos amis étrangers. C'est dire une nouvelle fois combien ce colloque international est précieux et combien nous vous en sommes reconnaissants.

Bibliographie indicative

Ordonnance du 10 février 2016

- AYNÈS, Laurent, « Un nouveau droit des contrats au service du droit français des affaires », *Gaz. pal.*, n° hors-série 3, 12 juin 2017, p. 88 et s.
- BÉNABENT, Alain et AYNÈS, Laurent, « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », *D.* 2016, 434.
- CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias., *Nouveau droit des obligations*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2018.
- CHÉNÉDÉ, François, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2018.
- DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2018.
- GRIMALDI, Cyril, « En attendant la loi de ratification », *D.* 2016, 606.
- MAINGUY, Daniel, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *JCP E*, n° 151, 2016.
- MAZEAUD, Denis, « Présentation de la réforme du droit des contrats », *Gaz. pal.*, n° 8, 2016, p. 15.
- MAZEAUD, Denis, « Réforme, vous avez dit réforme ? », *JCP G*, 15 février 2016, 433.
- MEUNIER, Guillaume, « Droit des contrats : les enjeux d'une réforme », *D.* 2016, 416.
- MOLFESSIS, Nicolas, « Droit des contrats : que vive la réforme, Libre propos », *JCP*, 15 février 2016, 180.
- MEKKI, Mustapha, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *D.* 2016, 494.

RONTCHEVSKY, Nicolas, « Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats », *AJ Contrats d'affaires* 2016, 112.

STOFFEL-MUNCK, Philippe (dir.), « Le nouveau droit des obligations, Dossier », *Droit et patrimoine*, n° 258, 2016, p. 48 et s.

VERNIÈRES, Christophe, « Réforme historique en vue », *Defrénois*, n° 4, 2016, p. 165.

Loi de ratification du 20 avril 2018

DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *JCP G*, 20 avril 2018, 529.

HOUTCIEFF, Dimitri, « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène », *Gaz. pal.*, 17 avril 2018, p. 14.

MAZEAUD, Denis, « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *D.* 2018, 912.

MEKKI, Mustapha, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », *D.* 2018, 900.

TADROS, Antoine, « La ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats : quelques incidences sur la pratique des affaires », *D.* 2018, 1162.

La formation du contrat dans le nouveau droit des obligations allemand et français

Reiner Schulze*

I. Introduction

La réforme du droit français des obligations de 2016 a été précédée par la « modernisation » du droit allemand des obligations en 2002.¹ D'un point de vue européen, ces deux réformes s'insèrent dans une vague de projets dans le but d'une refonte du droit des obligations qui a déjà pris son origine avant le tournant du siècle dans le nouveau Code civil des Pays-Bas et qui s'est prolongée en allant des États baltes jusqu'à la Roumanie, la Hongrie et la République tchèque. Dans d'autres pays comme l'Espagne et la Suisse, des propositions semblables rédigées par des commissions d'experts sont en ce moment en train d'être discutées. En ce qui concerne l'état du travail législatif en Pologne, les participants polonais le connaissent évidemment mieux.

Mais la vague européenne des réformes, quant à elle, s'inscrit dans une tendance mondiale du développement et du rapprochement partiel des droits nationaux des contrats. Un des points de départ était la signature de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (« Convention de Vienne », CVIM) en 1980. Elle a amené non seulement au fait qu'aujourd'hui plus de 80 États² ont en commun un droit de vente pour des transactions transfrontalières,

* Professeur à l'Université de Münster, Faculté de Droit, Centre de Droit Privé Européen (CEP).

1 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (Loi relative à la modernisation du droit des obligations) du 26 novembre 2001, *BGBI.*, 2001, partie I, n° 61, p. 3138-3218 ; pour de plus amples informations, v. Hans Schulte-Nölke et Reiner Schulze, *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001 ; Markus Artz, Beate Gsell et Stephan Lorenz (dir.), *Zehn Jahre Schuldrechtsreform*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014 ; Jürgen Schmidt-Räntsch, « Zehn Jahre Schuldrechtsreform », *ZJS*, 2012, p. 301-321. Pour un aperçu des publications françaises sur la réforme allemande, v. Francis Limbach, « Die französische Reform des Vertragsrechts und weiterer Rechtsgebiete », *GPR*, n° 4, 2016, p. 161-164, not. p. 14 et 15.

2 V. l'état des ratifications : http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html, consulté le 5 août 2019.

mais encore cette Convention de Vienne et l'ensemble des règles qui s'en étaient inspirées – comme les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international³ – ont également influencé des droits nationaux⁴ – hors d'Europe, p. ex., le droit chinois des contrats et dans la « région du monde » Europe, p. ex., la réforme allemande⁵ et française⁶ (de manière renforcée par des règles qui étaient à leur tour influencées par la Convention de Vienne, comme les « Principes du droit européen du contrat » de la commission Lando (PDEC)⁷ et la Directive européenne sur les ventes aux consommateurs de 1999⁸).

Dans ce cadre, les droits allemand et français des obligations ont lié des inspirations apportées par le développement international du droit des contrats à des traditions propres et spécifiques de leurs propres systèmes juridiques nationaux lors de leurs dernières réformes. Malgré le maintien des particularités nationales, les droits des obligations de ces deux pays se sont rapprochés sur quelques points essentiels dans une mesure plus importante qu'on ne pouvait le prévoir il y a quelques décennies. Cette thèse sera illustrée brièvement par six domaines centraux du droit des contrats au regard de la formation du contrat et de son contenu⁹ : (1) la cause ; (2) les obligations précontractuelles d'information ;

3 <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016>, consulté le 5 août 2019.

4 Pour une vue d'ensemble, v. Franco Ferrari (dir.), *The CISG and Its Impact on National Legal Systems*, München, Sellier, 2008 ; Reiner Schulze et Fryderyk Zoll (dir.), *The Law of Obligations in Europe: A New Wave of Codifications*, München, Sellier, 2013.

5 V., p. ex., « Projet de loi des groupes parlementaires SPD et Bündnis 90/Die Grünen », *BT-Drucks.* 14/6040, 14 mai 2001, p. 86.

6 François Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – innovations – perspectives*, Paris, Dalloz, 2016, pt. 62.22 ; pour une comparaison des influences internationales de la réforme française et allemande, v. aussi Stefan Grundmann et Marie-Sophie Schäfer, « The French and the German Reforms of Contract Law », *ERCL*, n° 4, 2017, éd. spéciale *The new French Code civil – in a broader context*, p. 459–490, not. p. 468 et s.

7 Ole Lando et Hugh Beale (dir.), *Principles of European Contract Law*, Parts I–II, The Hague, Kluwer Law International, 1999 ; Ole Lando, Eric Clive, André Prüm et Reinhard Zimmermann (dir.), *Principles of European Contract Law*, Part III, The Hague, Kluwer Law International, 2003 ; Quant à l'influence des PDEC sur des dispositions spécifiques de la réforme française v. aussi « Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du février 2016 portant réforme du droit des obligations, du régime général et de la preuve des obligations », *JO*, 11 février 2016, texte n° 25, p. 4, 13, 19.

8 Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *JOUE*, n° L 171, 7 juil. 1999, p. 0012–0016 ; quant à l'influence de la CVIM sur la directive, v. Jens Kleinschmidt et Dominik Groß, « La réforme du droit des contrats, perspective allemande sur la balance délicate entre liberté contractuelle et pouvoirs du juge », *RDC*, n° 3, septembre 2015, p. 674–690, not. p. 677.

9 Les développements quant à ces matières se fondent en grande partie sur plusieurs conférences de l'auteur qui constituent également la base pour Reiner Schulze, « The reform of French contract law – a German perspective », *Montesquieu Law Review*, n° 5, éd. spéciale *The Reform of French Contract Law*, décembre 2017, p. 171–182, <https://montesquieulawre->

(3) le déséquilibre des conditions du contrat ; (4) la tarification unilatérale ; (5) les *Gestaltungsrechte* (les droits de modifier un lien juridique existant) ; (6) les changements profonds des circonstances. Dans le cadre de cet exposé, une conception large de la « formation » sera prise comme point de départ. Elle considère la formation comme un processus. Celui-ci commence déjà par l'engagement de pourparlers ou par d'autres contacts d'affaires analogues entre les parties du contrat futur lors de la phase précontractuelle, et s'étend, au-delà du moment « magique » de la conclusion du contrat, par l'acceptation de l'offre, jusqu'aux actions juridiques qui peuvent « éliminer » la conclusion du contrat à effet rétroactif ou corriger son contenu (annulation ou adaptation du contrat). En vue de l'envergure du sujet, cet exposé doit se limiter à de brèves observations relatives aux exemples mentionnés. Par souci de concision, d'autres domaines importants – p. ex. d'autres questions importantes des relations précontractuelles comme la rupture des pourparlers – ne pourront malheureusement pas être abordés.

II. La comparaison en vue des matières différentes

1. La cause

Premièrement, sera exposé le développement qui a, selon beaucoup d'auteurs français,¹⁰ interféré le plus gravement dans la caractéristique traditionnelle du droit français des obligations et a été violemment contesté jusqu'au dernier moment : la suppression de la cause. Les collègues français ont beaucoup et vivement discuté sur ce qui était son rôle jusqu'à présent pour la conclusion du contrat, quels seront les effets de sa suppression et dans quelle mesure les nouvelles dispositions pourront reprendre leurs fonctions.¹¹ Afin de ne pas intervenir dans le débat à partir d'un point de vue extérieur, ces développements se limiteront à une observation dans une perspective comparative.

view.eu/pdfs_mlr6/schulze.pdf, consulté le 5 août 2019, version française publiée dans Bénédicte Fauvarque-Cosson et Guillaume Wicker (dir.), *La réforme du droit français des contrats*, Paris, Société de législation comparée, 2019.

10 V., p. ex., Denis Mazeaud, « Pour que survive la cause, en dépit de la réforme ! », *Droit et Patrimoine*, n° 240, 1 octobre 2014, p. 39–40 ; Thomas Genicon, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats. À propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.*, 23 juil. 2015, p. 1551–1557.

11 À ce sujet, v., p. ex. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier, « La Cause a-t-elle réellement disparu du Droit français des contrats ? », *ERCL*, n° 4, 2017, éd. spéciale *The new French Code civil – in a broader context*, p. 418–430.

Dans cette optique, il faut faire valoir l'abandon de la cause comme un exemple marquant pour l'adaptation du droit français aux tendances mondiales et européennes déjà mentionnées. Comme c'est également le cas en comparaison internationale, pour la plupart des droits nationaux du contrat, la Convention de Vienne, les Principes d'UNIDROIT, et l'ensemble des règles européennes comme les PDEC ou la Proposition de la Commission européenne pour un droit commun européen de la vente ne connaissent pas l'ancien concept français de la cause. Ce qui est caractéristique pour eux, c'est plutôt le rôle central du consentement des parties pour la conclusion du contrat qui est lié aux exigences d'être suffisamment précis et de correspondre à la volonté de s'engager juridiquement (en terminologie allemande : *Rechtsbindungswille*). Par contre, ces règles ne prévoient pas d'autres exigences comme la « considération » du Common Law ou la « cause » de l'ancien droit français. Les Principes du droit européen du contrat, p. ex., le précisent de façon explicite en formulant « sans qu'aucune autre condition soit requise » (art. 2 : 101 PDEC).

En supprimant la cause, le droit français s'insère ainsi dans le *mainstream* du développement international du droit des contrats. De cette manière, il s'approche sur ce point central également du droit allemand. La tradition juridique allemande et les tendances modernes du droit des contrats convergent sur l'essentiel à cet égard parce que la pandectistique allemande du XIX^e siècle et conformément à celle-ci, dès le début, le Code civil allemand s'étaient abstenus du concept de la cause. L'adaptation par la réforme française facilite désormais la comparaison des « mécanismes » de conclusion du contrat qui sont prévus par la loi dans les deux systèmes juridiques (p. ex. par la comparaison directe de la « volonté de s'engager » dans art. 1113 C. civ. et la doctrine allemande relative au *Rechtsbindungswillen* allemand).

2. Les obligations précontractuelles d'information

Sans pouvoir entrer dans les détails, une deuxième matière sera maintenant présentée dans laquelle une nette tendance s'est manifestée dans les dernières décennies en comparaison internationale, et en particulier au niveau supranational européen : l'extension des obligations précontractuelles d'information. Le droit allemand a déjà en partie pris en compte l'importance des obligations précontractuelles d'information avant la « modernisation du droit des obligations » et ensuite, d'une manière renforcée, dans le cadre de celle-ci. Pourtant la réglementation pertinente est répartie, au sein de la systématique du Code civil allemand, en nombreuses dispositions dans des domaines divers.

Des obligations d'information résultent en particulier des dispositions relatives à la responsabilité précontractuelle (appelée en Allemagne la *culpa in contrahendo*) réglementée dans les § 311 al. 2 et 241 al. 2 BGB. Cependant, ces

dispositions sont complétées par de nombreuses dispositions spéciales au sein du droit général des obligations et (pour certains types de contrats particuliers) de règles issues du droit spécial des obligations, complétées par des dispositions de la loi introductive au BGB. En outre, en cas de transmission incomplète ou erronée d'informations, des dispositions de la partie générale relative à l'erreur ou au dol doivent être respectées. (Y compris l'obligation pour une partie de compenser l'intérêt négatif si elle annule un contrat en raison de son erreur). Dans l'ensemble, il s'agit d'un corps de règles, peu claires, prises à des moments différents, concernant la responsabilité pour « risques d'information » avant et au moment de la conclusion du contrat.

En revanche, le droit français des obligations cherche une nouvelle réponse aux défis découlant de l'extension des obligations précontractuelles par les dispositions générales de art. 1112-1 C. civ. De manière stricte, il entend fixer les conditions, les limites et les éléments essentiels des obligations d'information¹² lors de la préparation du contrat ainsi que la répartition de la charge de la preuve en tant que droit obligatoire. En outre, la disposition régleme, par le biais de renvois, les conséquences juridiques d'une violation de ces obligations d'information relatives à la responsabilité et la résiliation du contrat. Le droit à l'information précontractuelle a ainsi reçu une norme de base bien définie dans le Code civil français.

La nouvelle disposition a certes reçu une approbation de la doctrine française, mais a également rencontré un certain nombre de préoccupations.¹³ La discussion portant sur le caractère innovant de cette approche, tant ses forces que ses possibles faiblesses – et de la future expérience de son application dans la pratique juridictionnelle – méritent une attention particulière au-delà de la France. Ils pourraient également devenir une source d'inspiration pour l'Allemagne si la tâche consistait, à l'avenir, à donner à la « croissance sauvage » des obligations d'information dans le cadre du droit civil, une structure plus claire – éventuellement sur la base d'une conception globale des « risques informationnels » à la conclusion du contrat.

12 Quant à la question quelles informations doivent être révélées, v. Hans-Jürgen Sonnenberger, « Die Reform des französischen Schulvertragsrechts, des Regimes und des Beweises schuldrechtlicher Verbindlichkeiten durch Ordonnance Nr. 2016-131 vom 10.2.2016, Erster Teil, Quellen der Schuldverhältnisse », *ZEuP*, n° 1, 2017, p. 6–67, not. p. 23–24.

13 V., p. ex., les contributions de Bertrand Fages, « Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht », p. 19–35, not. p. 34–35 ; et Beate Gsell, « Die Neuregelungen zu den Vertragsverhandlungen nach der Reform des französischen Schuldrechts », p. 37–63, not. p. 55 ; tous les deux publiées dans Florian Bien et Jean-Sébastien Borghetti (dir.), *Die Reform des französischen Vertragsrechts – ein Schritt zu mehr europäischer Konvergenz?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018 ; Mustapha Mekki, « Reform of Contract Law and Business World », *ERCL*, n° 4, 2017, éd. spéciale *The new French Code civil – in a broader context*, p. 431–444, not. p. 440.

3. Le déséquilibre des conditions du contrat

La nouvelle disposition de art. 1143 C. civ. qui assimile l'exploitation de la dépendance¹⁴ d'une partie contractante à la menace, lors de la conclusion du contrat, et qui permet ainsi la protection d'une partie dans des situations spéciales de dépendance, vaut la peine d'être envisagée comme une source possible d'inspiration au regard du droit allemand. En arrière-plan de la comparaison entre le droit civil allemand et le droit civil français, il faut garder à l'esprit que, dans le Code civil français de près de 100 ans plus vieux que le droit allemand, le *laesio enormis*, dérivé du droit canonique, a au moins été préservé pour un domaine partiel, celui de l'acquisition de biens immobiliers.¹⁵ À l'inverse, le Code civil allemand, qui a émergé au moment de l'apogée tardive du libéralisme, a voulu permettre la validité d'une discordance grossière entre prestations et contreprestations, uniquement sous l'aspect général de l'« immoralité » au § 138 BGB. Cependant, en particulier en ce qui concerne la disposition sur l'« usure » au § 138 al. 2 BGB, il a créé un obstacle particulièrement efficace.

À l'inverse, art. 1143 C. civ. français suit les règles européennes des « Principes Lando » jusqu'à la proposition (retirée) de la Commission pour un droit commun européen de la vente.¹⁶ Ces normes européennes prévoient, dans le cadre des dispositions relatives au manque de connaissances ou d'accord, la possibilité d'annuler le contrat en raison d'une utilisation inappropriée de la dépendance économique – cependant à juste titre, à la différence du nouveau droit français, non comme une sous-catégorie de la violence mais comme un élément séparé en parallèle de celle-ci. Contrairement à l'« immoralité » du

14 Selon le « Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du février 2016 portant réforme du droit des obligations, du régime général et de la preuve des obligations », *art. cit.*, p. 9, la notion n'est pas circonscrite à la dépendance économique, mais vise toutes les hypothèses de dépendance ; dans ce sens également Stefan Grundmann et Marie-Sophie Schäfer, « The French and the German Reforms of Contract Law », *not. p.* 483 ; pour un regard critique, v. Claude Witz, « Störung des vertraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht », dans Florian Bien et Jean-Sébastien Borghetti, *Die Reform des französischen Vertragsrechts*, *op. cit.*, p. 125–145, *not. p.* 133.

15 Pour plus de détails au sujet de la *lésion* en droit français, v., p. ex., Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1 : *Contrat et engagement unilatéral*, 4^{ème} éd., Paris, PUF, 2016, p. 410–413 ; Christian Larroumet et Sara Bros, *Traité de Droit civil*, t. 3, *Les Obligations, Le Contrat*, 8^{ème} éd., Paris, Economica, 2016, p. 408–423 ; des réserves quant au champ d'application très limité sont émis par Claude Witz, « Störung des vertraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht », *art. cit.*, *not. p.* 129–130.

16 Claude Witz, « Störung des vertraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht », *art. cit.*, *not. p.* 133, qui regrette cependant que le législateur français a classé l'hypothèse de l'exploitation de la dépendance dans la catégorie des vices de consentement.

droit allemand, ils n'associent pas, ipso jure, cet élément à une cause de nullité, mais le considèrent comme un droit de modifier un lien juridique existant (*Gestaltungsrecht*).

Par rapport au droit allemand en vigueur, une telle disposition peut être plus adaptée aux exigences spécifiques de la protection en cas de dépendance économique que la règle allemande générale sur l' « immoralité ». En outre, elle permet une plus grande flexibilité en ce qui concerne les intérêts des parties en fonction du cas d'espèce car la décision relative à la nullité du contrat a été prise par voie d'annulation faite par la partie défavorisée. A cet égard, le nouveau droit français relatif à la dépendance économique, dont les règles sont conformes à une tendance européenne, peut susciter une réflexion sur la question d'une conception spécifique des droits d'annulation en matière d'exploitation abusive des dépendances économiques, également au regard du droit allemand.¹⁷

4. La tarification unilatérale

Cependant, même après la réforme française, la possibilité de propositions reste réciproque, comme le montre l'exemple de la tarification unilatérale d'un point de vue allemand. En Allemagne, la réglementation, que le § 315 BGB prévoit à cet égard, s'est avérée juste de l'avis quasi-unanime. Si une partie doit prendre une désignation de prestation en fonction d'une appréciation raisonnable, mais que sa désignation n'est pas équitable ou que celle-ci est retardée, art. 315 al. 3 BGB recourt alors au pouvoir de conception du juge. En revanche, la réforme française se limite, dans art. 1164 C. civ., à la responsabilité ou à l'annulation du contrat en tant que conséquences juridiques, sans pour autant donner au juge le pouvoir de fixer le prix. Cependant, il serait plus conforme à la volonté et aux attentes légitimes des parties (ou, selon la tradition allemande, à l'intérêt des parties tout en prenant en considération la bonne foi) de maintenir et d'exécuter le contrat, avec une correction des prix par le juge, plutôt que de laisser totalement tomber ou de ne faire qu'une compensation ultérieure en remplaçant la prestation. Les règles européennes précitées reconnaissent, en principe, la *favor contractus* avec l'aide du juge. Du point de vue allemand, la question se pose de savoir si la législation française à cet égard n'aurait pas pu prendre plus en compte les *mainstream* européennes et expériences allemandes – ou si elle pourrait éventuellement le faire à l'avenir.

17 V. Reiner Schulze, « Vertragsverhandlungen – eine kurze Einführung » dans Florian Bien et Jean-Sébastien Borghetti, *Die Reform des französischen Vertragsrechts*, op. cit., p. 9–18, not. p. 17 ; pour plus de détails, v. Reiner Schulze, « Pre-contractual Duties : A Brief Introduction », dans Reiner Schulze et Pilar Perales Viscasillas (dir.), *The Formation of Contract : New Features and Developments Contracting*, Baden-Baden, Nomos, 2016, p. 25–28, not. p. 28.

5. *Gestaltungsrechte* (« droits de modifier un lien juridique existant »)

En revanche, le droit français relatif à l'existence des *Gestaltungsrechte* (« droits de modifier un lien juridique existant »)¹⁸ d'une partie paraît s'approcher désormais, en partie, au modèle qui existe déjà depuis longtemps en droit allemand. Le Code civil allemand a prévu en particulier l'annulation d'un contrat (en raison d'une erreur etc.) et la résolution du contrat à effet rétroactif comme une telle déclaration unilatérale sans participation du juge. La modernisation du droit des obligations a étendu la résolution plus tard au droit de vente (au lieu de l'ancienne *Wandlung* [rédhibition]). L'annulation et la résolution constituent, dans la perspective allemande, deux types de « droits de modifier un lien juridique existant » qui permettent à une partie de modifier et se retirer du contrat – seulement en vertu d'une disposition légale – par une déclaration unilatérale sans intervention du juge.¹⁹

Même avant la réforme, le droit français a, d'une certaine manière et dans une ampleur limitée, reconnu l'idée du « droit de modifier un lien juridique existant » non seulement par le fait que la jurisprudence permette une résolution dans certaines situations, même sans coopération judiciaire,²⁰ mais également en faisant indirectement, en droit français, et notamment sur la base des directives européennes, des droits de rétractation des consommateurs, en tant que possibilité d'échapper au contrat sans participation du juge une pratique répandue. Grâce à art. 1226 C. civ., la réforme a également exprimé cette position pour le droit de résolution dans la loi elle-même. Pourtant la réforme n'a pas étendu cette approche à l'annulation d'un contrat. Elle a plutôt préservé, dans ce cadre, l'exigence d'une participation du juge bien que, p. ex., art. 4 : 112 PDEC prévoit l'annulation du contrat sans intervention judiciaire. De la perspective allemande, se pose donc la question de savoir si la réforme française n'aurait pas été encore plus convaincante, si elle avait utilisé le concept juridique des « droits de modifier un lien juridique existant » plus résolument en matière des droits permettant de se retirer du contrat.

18 Dans la littérature française on parle plutôt de l'« unilatéralisme », v., p. ex., Hugo Barbier, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.*, n° 2, 20 juin 2016, p. 247-260 ; ou *unilateralism* en anglais, v., p. ex., Geneviève Helleringer, « The Anatomy of the New French Law of Contract », *ERCL*, n° 4, 2017, éd. spéciale *The new French Code civil – in a broader context*, p. 355-375, not. p. 368 et s.

19 Beate Gsell, « Le nouveau régime de l'inexécution du contrat », dans Reiner Schulze, Guillaume Wicker, Gerald Mäsch et Denis Mazeaud (dir.), *La réforme du droit des obligations en France – 5^{èmes} Journées franco-allemandes*, Paris, Société de Législation Comparée, 2015, p. 171-178, not. p. 177 et s.

20 Cour de cassation civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, *D.*, n° 14, 8 avril 1999, p. 197 (*Tocqueville*), note C. Jamin ; v. aussi Hugo Barbier, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *art. cit.*, not. p. 258. Un droit de modifier un lien juridique existant est également dans les articles L. 133-3 Code des assurances, L. 114-1 Code de la consommation et 1657 C. civ.

6. Les changements profonds de circonstances

En outre, il faut mentionner l'un des plus importants rapprochements entre droit français et droit allemand, l'adaptation par le juge du contrat en cas de changement de circonstances (et la présence de conditions supplémentaires) dans un contexte de tendances internationales.²¹

Après une discussion intensive relative à l'imprévision pendant ces deux dernières décennies,²² le nouvel art. 1195 C. civ.²³ a enfin ouvert la possibilité pour le juge de réviser ou de mettre fin au contrat à la demande de l'une des parties lorsque les deux parties ne parviennent pas à se mettre d'accord concernant l'adaptation du contrat en fonction de la modification des circonstances. En Allemagne, les principes du « trouble du fondement contractuel » ont été, il y a presque 100 ans, prédéterminés par la jurisprudence et codifiés en 2002 au § 313 BGB dans le cadre de la réforme du droit des obligations.²⁴ Ils sont devenus un modèle, pour les règles européennes, pour les dispositions relatives au changement essentiel du fondement contractuel (dans les « Principes du droit européen des contrats », dans le projet de cadre commun de référence et dans la proposition de la Commission européenne pour un droit commun européen de la vente) et, dans une moindre mesure, en ce qui concerne les nouveaux codes de Hongrie et de la République tchèque.²⁵

Avec la réforme de 2016, la France a rejoint cette tendance européenne. Cependant, une tendance commune au développement n'exclut pas que des

21 À ce sujet, v. aussi la contribution de Peter Jung dans ce volume.

22 V., p. ex., Eric Savaux, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français », *RDC*, n° 3, 1 juil. 2010, p. 1057–1067 ; Bénédicte Fauvarque-Cosson, « Le changement de circonstances », *RDC*, n° 1, 1 janvier 2004, p. 67–92 ; Denis Mazeaud, « La révision du contrat », *Les Petites Affiches*, n° 129, 30 juin 2005, p. 4–23, not. § 18–5 ; d'une perspective allemande, v. Arne Alberts, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, Baden-Baden, Nomos, 2015.

23 Pour plus de détails v., p. ex., Philippe Stoffel-Munck, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC/hors-série La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, avril 2016, p. 30–38, not. p. 30–36 ; d'une perspective allemande Béatrice Deshayes et Iris Barsan, « Das neue französische Vertragsrecht », *IWRZ*, n° 2, 2017, p. 62–67, not. p. 65 ; Jens Kleinschmidt et Dominik Groß, « La réforme du droit des contrats, perspective allemande sur la balance délicate entre liberté contractuelle et pouvoirs du juge », *art. cit.*, not. p. 682–685.

24 V., p. ex., les commentaires de Thomas Finkenauer dans *Münchener Kommentar*, t. 3, 8^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2019, § 313, pt. 1–2, 20–28 ; Jens Kleinschmidt et Dominik Groß, « La réforme du droit des contrats, perspective allemande sur la balance délicate entre liberté contractuelle et pouvoirs du juge », *art. cit.*, not. p. 682.

25 V., p. ex., Luboš Tichý, « Czech and European Law of Obligations at a Turning Point », dans Reiner Schulze et Fryderyk Zoll, *The Law of Obligations in Europe*, *op. cit.*, p. 27–50, not. p. 38–39 ; Zoltán Nemessányi, « Contract Formation and Non-performance in the Changing Hungarian Civil Law », dans Reiner Schulze et Fryderyk Zoll (dir.), *The Law of Obligations in Europe*, *op. cit.*, p. 123–138, not. p. 135–138.

particularités et des différences considérables subsistent. Par rapport au droit allemand, la nouvelle disposition française diffère avant tout en ce qu'elle ne couvre qu'un changement imprévisible de circonstances lors de la conclusion du contrat. Au contraire, le § 313 al. 2 BGB ne l'assimile pas (du moins dans le libellé de la disposition française) du fait que les conceptions essentielles devenues la base du contrat s'avèrent être (par la suite) fausses.

Cependant, ce sont fondamentalement des « petites choses » par rapport à la décision fondamentale²⁶ d'autoriser, en droit civil, l'adaptation du contrat en cas de changement des circonstances et de remettre finalement l'exécution de cet ajustement entre les mains du juge. Tant le droit français que le droit allemand ont ainsi brisé le schéma conventionnel « tout ou rien » des dispositions en matière de nullité (que ce soit en raison d'une nullité intrinsèque ou en raison d'une nullité basée sur le pouvoir du juge) en faveur de la préservation du contrat avec adaptation à l'évolution de la situation par une décision du juge.

Presque un siècle d'expérience de la jurisprudence allemande²⁷ largement admise et généralement peu contestée montre que cette attribution du pouvoir de décision au juge n'entraîne pas une atteinte inappropriée à l'autonomie privée, ni même une « perte de capacité » pour les parties contractuelles quant à leur liberté de conception.²⁸ Il se peut que cette longue expérience de la jurisprudence allemande relative à l'interprétation et l'application de ces règles sur l'adaptation du contrat puisse, à l'avenir, être de nature à susciter l'une ou l'autre question de la jurisprudence française sur la base du nouvel art. 1195 C. civ. Si tel est le cas, le droit comparé pourrait être utile non seulement au niveau de la législation, mais également au niveau de l'interprétation des lois par la jurisprudence.²⁹ Alors l'« interprétation comparative »³⁰ pourrait servir de source d'inspiration pour la jurisprudence.

26 Similairement Claude Witz, « Störung des vertraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht », *art. cit.*, not. p. 140, 143.

27 Pour un aperçu de la jurisprudence, v., p. ex., les commentaires de Reiner Schulze, dans Reiner Schulze et al. (dir.), *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*, 10^{ème} éd, München, Nomos, 2019, § 313, pt. 22–25 ; d'une perspective française, v. Pascal Ancel, Bénédicte Fauvarque-Cosson et Robert Wintgen, « La théorie du *fondement contractuel* (Geschäftsgrundlage) et son intérêt pour le droit français », *RDC*, n° 3, 1 juil. 2006, p. 897–913, not. p. 898–902 ; Michel Pédamont, *Le contrat en droit allemand*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2004, p. 171–174.

28 De façon similaire Claude Witz, « Störung des vertraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht », *art. cit.*, not. p. 145.

29 V. en général Mads Andenas et Duncan Fairgrieve (dir.), *Courts and Comparative Law*, Oxford, OUP, 2015.

30 Reiner Schulze, « Vergleichende Gesetzesauslegung und Rechtsangleichung », *ZfRV*, n° 5, 1997, p. 183–197 ; au regard de l'utilisation du droit comparé dans les cours en général, v. Mads Andenas et Duncan Fairgrieve, *Courts and Comparative Law*, *op. cit.*, en particulier la contribution de Thomas Kadner Graziano, « Is it Legitimate and Beneficial for Judges to Compare? », p. 25–53.

III. Conclusion

Après avoir présenté les exemples précédents, ces développements se concluent par un résumé en quelques phrases.

Dans le synopsis des matières traitées, l'Allemagne et la France ont respectivement lié des traditions juridiques nationales à des inspirations des ensembles de règles internationales et européennes afin de « moderniser » leur droit des obligations. Cela a conduit à un rapprochement de ces deux droits en quelques matières. Ces rapprochements pourraient faciliter la compréhension et l'échange entre des juristes des deux pays à l'avenir et former une base pour de futures inspirations réciproques lors de l'application et de l'évolution ultérieure du droit.

Pourtant, il ne reste qu'à ajouter (au-delà du sujet de ces développements) que ce potentiel de futures inspirations réciproques n'est pas limité à la France et l'Allemagne – de même que la discussion sur la « modernisation » du droit des contrats ne se limite pas à ces deux pays. Il est prévisible qu'à l'avenir en particulier l'échange des expériences et des inspirations au sein du « triangle » de la France, l'Allemagne et la Pologne sera fécond. Les raisons sont multiples, p. ex., l'intérêt et l'engagement que les organisateurs polonais ont montré en prenant l'initiative de proposer l'atelier que cette publication reprend. Mais c'est surtout le droit polonais qui a établi – déjà longtemps avant les réformes récentes mentionnées dans ces développements – une passerelle entre le droit civil français et allemand et qui a utilisé à son tour des expériences et des inspirations de ces deux traditions juridiques afin de développer son propre droit national. Si les allemands et les français voulaient connaître des éléments reliant leurs droits, il leur faut en particulier regarder vers la Pologne.

Bibliographie

- ALBERTS, Arne, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, Baden-Baden, Nomos, 2015.
- ANCEL, Pascal, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte et WINTGEN, Robert, « La théorie du *fondement contractuel* (*Geschäftsgrundlage*) et son intérêt pour le droit français », *RDC*, n° 3, 1 juil. 2006, p. 897–913.
- ANDENAS, Mads et FAIRGRIEVE, Duncan (dir.), *Courts and Comparative Law*, Oxford, OUP, 2015.
- ARTZ, Markus, GSELL, Beate et LORENZ, Stephan (dir.), *Zehn Jahre Schuldrechtsreform*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.
- BARBIER, Hugo, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.*, n° 2, 20 juin 2016, p. 247–260.

- CHÉNÉDÉ, François, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. consolidations – innovations – perspectives*, Paris, Dalloz, 2016.
- DESHAYES, Béatrice et BARSAN, Iris, « Das neue französische Vertragsrecht », *IWRZ*, n° 2, 2017, p. 62–67.
- DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, « La cause a-t-elle réellement disparu du droit français des contrats ? », *ERCL*, n° 4, 2017, éd. spéciale *The new French Code civil – in a broader context*, p. 418–430.
- FABRE-MAGNAN, Muriel, *Droit des obligations*, t. 1 : *Contrat et engagement unilatéral*, 4^{ème} éd., Paris, PUF, 2016.
- FAGES, Bertrand, « Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht », dans Florian BIEN et Jean-Sébastien BORGHETTI (dir.), *Die Reform des französischen Vertragsrechts – ein Schritt zu mehr europäischer Konvergenz?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, p. 19–35.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, « Le changement de circonstances », *RDC*, n° 1, 1 janvier 2004, p. 67–92.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte et WICKER, Guillaume (dir.), *La réforme du droit français des contrats*, Paris, Société de législation comparée, 2019.
- FERRARI, Franco (dir.), *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, München, Sellier, 2008.
- GENICON, Thomas, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats. À propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.*, 23 juil. 2015, p. 1551–1557
- GRUNDMANN, Stefan et SCHÄFER, Marie-Sophie, « The French and the German Reforms of Contract Law », *ERCL*, 2017, n° 4, 2017, éd. spéciale *The new French Code civil – in a broader context*, p. 459–490.
- GSELL, Beate, « Die Neuregelungen zu den Vertragsverhandlungen nach der Reform des französischen Schuldrechts », dans Florian BIEN et Jean-Sébastien BORGHETTI (dir.), *Die Reform des französischen Vertragsrechts – ein Schritt zu mehr europäischer Konvergenz?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, p. 37–63.
- GSELL, Beate, « Le nouveau régime de l'inexécution du contrat », dans Reiner SCHULZE, Guillaume WICKER, Gerald MÄSCH et Denis MAZEAUD (dir.), *La réforme du droit des obligations en France – 5^{èmes} Journées franco-allemandes*, Paris, Société de Législation Comparée, 2015, p. 171–178.
- HELLERINGER, Geneviève, « The Anatomy of the New French Law of Contract », *ERCL*, n° 4, 2017, éd. spéciale *The new French Code civil – in a broader context*, p. 355–375.
- KADNER GRAZIANO, Thomas, « Is it Legitimate and Beneficial for Judges to Compare? », dans Mads ANDENAS et Duncan FAIRGRIEVE (dir.), *Courts and Comparative Law*, Oxford, OUP, 2015, p. 25–53
- KLEINSCHMIDT, Jens et GROSS, Dominik, « La réforme du droit des contrats, perspective allemande sur la balance délicate entre liberté contractuelle et pouvoirs du juge », *RDC*, n° 3, septembre 2015, p. 674–690.
- LANDO, Ole, BEALE, Hugh (dir.), *Principles of European Contract Law*, Part I–II, The Hague, Kluwer Law International, 1999.

- LANDO, Ole, CLIVE, Eric, PRÜM, André et ZIMMERMANN, Reinhard (dir.), *Principles of European Contract Law*, Part III, The Hague, Kluwer Law International, 2003.
- LARROUMET, Christian et BROS, Sara, *Traité de Droit civil*, t. 3 : *Les Obligations, Le Contrat*, 8^{ème} éd., Paris, Economica, 2016.
- LIMBACH, Francis, « Die französische Reform des Vertragsrechts und weiterer Rechtsgebiete », *GPR*, n° 4, 2016, 161–164.
- MAZEAUD, Denis, « La révision du contrat », *Les Petites Affiches*, n° 129, 30 juin 2005, p. 4–23.
- MAZEAUD, Denis, « Pour que survive la cause, en dépit de la réforme ! », *Droit et Patrimoine*, n° 240, 1 octobre 2014, p. 39–40.
- MEKKI, Mustapha, « Reform of Contract Law and Business World », *ERCL*, n° 4, 2017, éd. spéciale *The new French Code civil – in a broader context*, p. 431–444.
- NEMESSÁNYI, Zoltán, « Contract Formation and Non-performance in the Changing Hungarian Civil Law », dans Reiner SCHULZE et Fryderyk ZOLL (dir.), *The Law of Obligations in Europe: A New Wave of Codifications*, München, Sellier, 2013, p. 123–138.
- PÉDAMONT, Michel, *Le contrat en droit allemand*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2004.
- SÄCKER, Franz Jürgen, RIXECKER, Roland, OETKER, Hartmut, LIMPERG, Bettina (dir.), *Münchener Kommentar*, t. 3, 7^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2019.
- SAVAUX, Eric, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français », *RDC*, n° 3, 1 juil. 2010, p. 1057–1067.
- SCHMIDT-RÄNTSCH, Jürgen, « Zehn Jahre Schuldrechtsreform », *ZJS*, 2012, p. 301–321.
- SCHULTE-NÖLKE, Hans et SCHULZE, Reiner, *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.
- SCHULZE, Reiner et al. (dir.), *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*, 10^{ème} éd., München, Nomos, 2019.
- SCHULZE, Reiner, « Pre-contractual Duties : A Brief Introduction », dans Reiner SCHULZE et Pilar Perales VISCASILLAS (dir.), *The Formation of Contract: New Features and Developments Contracting*, Baden-Baden, Nomos, 2016, p. 25–28.
- SCHULZE, Reiner, « The reform of French contract law – a German perspective », *Montesquieu Law Review*, 2017, n°5, 2017, éd. spéciale *The Reform of French Contract Law*, p. 171–182.
- SCHULZE, Reiner, « Vergleichende Gesetzesauslegung und Rechtsangleichung », *ZfRV*, n° 5, 1997.
- SCHULZE, Reiner, « Vertragsverhandlungen – eine kurze Einführung », dans Florian BIEN et Jean-Sébastien BORGHETTI (dir.), *Die Reform des französischen Vertragsrechts – ein Schritt zu mehr europäischer Konvergenz?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, p. 9–18.
- SCHULZE, Reiner, ZOLL, Fryderyk (dir.), *The Law of Obligations in Europe: A New Wave of Codifications*, München, Sellier, 2013.
- SONNENBERGER, Hans-Jürgen, « Die Reform des französischen Schulvertragsrechts, des Regimes und des Beweises schuldrechtlicher Verbindlichkeiten durch Ordonnance Nr. 2016-131 vom 10.2.2016, Erster Teil, Quellen der Schuldverhältnisse », *ZEUP*, n° 1, 2017, p. 6–67.
- STOFFEL-MUNCK, Philippe, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC*, avril 2016, hors-série *La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, avril 2016, p. 30–38.

TICHÝ, Luboš, « Czech and European Law of Obligations at a Turning Point », dans Reiner SCHULZE et Fryderyk ZOLL (dir.), *The Law of Obligations in Europe: A New Wave of Codifications*, München, Sellier, 2013, p. 27–50.

WITZ, Claude, « Störung des vertraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht », dans Florian BIEN et Jean-Sébastien BORGHETTI (dir.), *Die Reform des französischen Vertragsrechts – ein Schritt zu mehr europäischer Konvergenz?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, p. 125–145.

L'inexécution du contrat après la réforme du Code civil français – regards d'un civiliste polonais

Marcin Olechowski*

A premier abord, les dispositions du Code civil français consacrées à l'inexécution du contrat,¹ telles que refondues par l'ordonnance du 10 février 2016² et la loi de ratification du 20 avril 2018,³ ne semblent pas avoir vocation à agiter les esprits. En effet, au vu de la loi d'habilitation, en matière d'inexécution du contrat il s'agit essentiellement de « regrouper les règles applicables à l'inexécution du contrat et d'introduire la possibilité d'une résolution unilatérale par notification ». ⁴ Seule cette dernière mesure faisant, plus ou moins, office d'innovation – encore que ses contours aient été également déjà explorés par la jurisprudence.⁵

Cependant, s'arrêter sur cette constatation – outre raccourcir radicalement la présente intervention – serait ignorer un trait essentiel de chaque codification : un ensemble ordonné facilite, de soi, une perception nouvelle de ses éléments. En effet, une vue d'ensemble permet en règle générale de mieux identifier divers traits communs, motifs ou régularités (alors que ce qui précède ce genre de réaménagement s'assimile souvent au cas des maisons qui empêchent de voir la ville⁶).

* Docteur en droit, Université de Varsovie, Faculté de droit et d'administration, Institut de droit civil, Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, m.olechowski@wpia.uw.edu.pl

1 Code civil, Livre III, Titre III, Sous-titre I^{er} : Le Contrat, Chapitre IV : Les effets du contrat, Section 5 : L'inexécution du contrat.

2 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, n°0035, 11 février 2016, texte n° 26.

3 Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, n° 0093, 21 avril 2018, texte n° 1.

4 Article 8, al. 8°, Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, *JORF*, n° 0040, 17 février 2015, p. 2961, texte n° 1.

5 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, n° 0035, 11 février 2016, texte n° 25. V. également Nicolas Dissaux et Christophe Jamin, *Réforme du droit des contrats : 10 articles à connaître*, Paris, Dalloz, 2018, p. 45-46.

6 Or les plans urbains peuvent être révélateurs, comme le démontre l'histoire d'un architecte urbaniste polonais qui par son étude des plans urbains et photos aériennes de villages

Il semble donc utile de porter un regard comparatif – d’une perspective polonaise – premièrement sur certains traits saillants que fait ressortir ce nouvel ordonnancement du régime de l’inexécution du contrat (I), avant de passer aux différentes sanctions à la disposition du créancier d’une obligation non-exécutée (II).

I. Regard sur le régime général de l’inexécution du contrat en droit polonais et en droit français

Le cadre général du régime des sanctions d’inexécution dans le Code civil français, tel que réaménagé, est posé dans deux dispositions préliminaires (art. 1217–1218 C. civ.) qui ouvrent la Section 5. L’article 2017 C. civ., en texte d’annonce, énumère ces sanctions (exception d’inexécution, exécution forcée en nature, réduction du prix, résolution, réparation du préjudice) et pose le principe d’un cumul des sanctions. L’article 2018 C. civ. propose une définition de la force majeure et affirme sa nature exonératoire.

Ce cadre est loin d’être étranger à un juriste polonais⁷. Tout d’abord, l’ensemble de l’éventail des sanctions énoncé à l’art. 1217 C. civ. se retrouve au sein du Code civil polonais (avec, certes, certaines différences mais aucune de ces institutions n’est étrangère au droit polonais).⁸ De même, l’idée du cumul des sanc-

languedociens a pu découvrir l’existence d’un type urbain jusqu’alors méconnu – les villages circulaires ou circulades – et ainsi repousser les débuts connus de l’urbanisme européen de deux siècles. V. Krzysztof Pawłowski, *Circulades languedociennes de l’an mille – naissance de l’urbanisme européen*, Montpellier, Presses du Languedoc, 1992.

7 Pour une présentation d’ensemble du régime polonais (qui a largement gardé son actualité) en français, v. Witold Czachórski, « La sanction de l’inexécution du contrat d’après le système du Code civil polonais », dans *Rapports polonais présentés au VII^e Congrès international de droit comparé*, Varsovie, 1966 (reproduit dans Jan Błeszyński (dir.), *Witold Czachórski. Wybór prac* [Witold Czachórski. Travaux choisis], Warszawa, C.H. Beck, 2015, p. 651–663).

8 V. section II, *infra*. Ce qui n’est guère surprenant, le droit civil polonais étant une synthèse de solutions françaises, allemandes, autrichiennes et suisses. Cf. Roman Longchamps de Bériar, « Le nouveau code polonais des obligations », *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, t. 64, n° 3, 1935, p. 329 et s. Une traduction française du Code des obligations de 1933 a été publiée par Sirey en 1935, avec une ample préface d’Henri Capitant. Pour un bref aperçu historique de l’évolution du droit civil polonais, v. Elżbieta Traple, « La codification et la justice », *Les Cahiers de Droit*, vol. 42, n° 3, septembre 2001, p. 681–709. Sur les différentes influences du Code civil français v. Katarzyna Sójka-Zielińska, « Les influences françaises sur l’enseignement du droit et de la science juridique polonaise de l’époque des partages à l’entre-deux-guerres », *Revue d’histoire des facultés de droit et de la science*

tions compatibles est admise. Enfin, le droit polonais entend la force majeure de la même manière (un événement extérieur, imprévisible et inévitable) et lui attribue un rôle exonératoire.⁹ La question est peut-être un peu plus nuancée en ce qui concerne la suspension d'exécution pour force majeure (art. 1218 al. 2 C. civ.). Mais si le droit polonais ne reconnaît pas directement ce genre de compétence, il arrive à des résultats similaires par l'application de la notion d'abus de droit (*nadużycie prawa podmiotowego* – art. 5 C. civ. pol.).

Cependant, trois différences principales s'imposent au niveau de la structure :

1. **Un point de départ différent.** Le droit français réformé, fidèle à l'approche originale du Code civil, reste cantonné aux contrats, alors que le droit polonais adopte une approche plus générale (suivant le modèle allemand et suisse), dans laquelle c'est l'inexécution d'une obligation – quelle que soit sa source – qui est traitée (v. Livre III, Titre VII, Section II du C. civ. pol. : « Des effets de l'inexécution des obligations »).¹⁰
2. **Une structure différente.** La réforme française du droit des obligations a regroupé les règles relatives à l'inexécution du contrat ce qui encourage la formation d'une vue d'ensemble relativement cohérente. Le droit polonais de l'inexécution du contrat reste éparé : la reconstitution d'un régime de l'inexécution des contrats exige, d'une part, de s'appuyer sur les règles communes à l'inexécution des obligations en général et, d'autre part, de « piocher » dans des régimes plus ou moins spéciaux.¹¹
3. **Des champs d'application différents.** Si l'art. 2017 C. civ. propose un régime de sanctions applicables à l'ensemble des contrats, le droit polo-

juridique, n° 15, 1994, p. 154 et s.; Biruta Lewaszkiwicz-Petrykowska, « Le Code Napoléon et son héritage en Pologne », dans Régine Beauthier et Isabelle Rorive (dir.), *Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden, Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 77–100 ; Ewa Betańska, « Code civil français et Kodeks Cywilny polonais », *Comparative Legilinguistics (International Journal for Legal Communication)*, vol. 8, 2011, p. 9–18 ; Tomasz Giaro, « Some Prejudices about the Legal Tradition of Eastern Europe », dans Bronisław Sitek, Jakub J. Szczerbowski et Aleksander W. Bauknecht (dir.), *Comparative Law in Eastern and Central Europe*, Newcastle upon Tyne, Cambridge Scholars Publishing, 2013, p. 26 et s.

9 Cour suprême, Ch. Civ., 11 janvier 2001, IV CKN 150/00, OSNC, 10/2001, n° 153.

10 Si le droit polonais ne distingue pas formellement un « droit des contrats », l'expression est néanmoins utilisée en pratique et en doctrine. P. ex. Zbigniew Radwański, *Teoria umów* [Théorie des contrats], Warszawa, PWN, 1977 ; Jerzy Rajski et Wojciech Kocot, *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym* [Droit des contrats commerciaux], 2^e éd., Warszawa, Wydawnictwa Prawnicze PWN, 2000.

11 En ce sens v. également Fryderyk Zoll, « Wykonanie i skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań » [L'exécution et les effets de l'inexécution ou l'exécution imparfaite des obligations], dans Adam Olejniczak (dir.), *System Prawa Prywatnego* [Système de droit privé], t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna* [Droit des obligations – partie générale], 3^e éd., Warszawa, C.H. Beck, 2018, p. 1142.

nais varie le régime des sanctions selon le type de contrat. Notamment, selon ce que le contrat est synallagmatique ou non – une distinction importante vu qu'en droit polonais la notion de contrat synallagmatique (*umowa wzajemna*) est plus étroite qu'en droit français et correspond plutôt à la notion de « contrat commutatif » tel que défini à l'art. 1108 C. civ.¹²

Cette différence d'approche implique plusieurs conséquences.

Tout d'abord, sur un plan d'ensemble, elle pose un obstacle à penser – en droit polonais – le régime des sanctions de l'inexécution de manière uniforme,¹³ tandis que la nouvelle présentation de ce régime en droit français, notamment avec son texte d'annonce qui revêt « symboliquement [...] une réelle importance » parce qu'il « condense [...] de manière aussi ramassée que suggestive l'éventail des sanctions qui s'attachent au manquement contractuel »,¹⁴ facilite une réflexion approfondie sur le mécanisme de ces sanctions et sur la notion d'inexécution en tant que telle.

Ensuite, sur le plan des principes directeurs, la vision polonaise du régime des sanctions d'inexécution reste dominée par la notion de responsabilité contractuelle (dommages-intérêts – art. 471 et s. C. civ. pol.) qui constitue le « noyau dur » (*rdzeń*)¹⁵ des dispositions consacrées à l'inexécution des obligations et repose sur deux piliers : une présence implicite de la notion de faute et donc d'éléments subjectifs, ainsi que la nécessité d'une intervention judiciaire qui présuppose une réparation *ex post*. Or, tel que refondu, le droit français semble aller aujourd'hui, d'une part, dans la direction d'une responsabilité plus objective (surtout au regard de l'art. 1218 C. civ.) et, d'autre part, privilégier la prévention du contentieux et sa résolution sans nécessairement recourir au juge (résolution unilatérale, exception d'inexécution, acceptation d'une prestation imparfaite contre réduction du prix).¹⁶

12 Je me tiendrai donc à l'expression « contrat commutatif » afin d'éviter toute confusion.

13 Un obstacle, par ailleurs, remarqué par au moins un groupe de travail sur un futur Code civil qui a proposé de refondre le droit de l'inexécution des obligations. V. le projet des dispositions relatives à l'exécution et l'inexécution des obligations préparé sous la direction de Jerzy Pisuliński et Fryderyk Zoll et la rédaction de Marlena Pecyna dans Piotr Machnikowski, Edward Gniewiek et Katarzyna Górka (dir.), *Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań. Materiały III Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów* [La prise et l'exécution des obligations. Actes du IIIe Congrès national de droit civil], Warszawa, C.H. Beck, 2010, p. 533–566.

14 Nicolas Dissaux et Christophe Jamin, *Réforme du droit des contrats*, op. cit., p. 42–43.

15 Jacek Jastrzębski, dans Adam Brzozowski, Jacek Jastrzębski, Maciej Kaliński, Elżbieta Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Część ogólna* [Les obligations. Partie générale], 2^e éd., Warszawa, Wolters Kluwer, 2016, p. 316.

16 Bien que cette tendance ait été atténuée par le remaniement du régime de la réduction du prix dans la loi de ratification.

II. Regard sur les sanctions – les différences principales entre le droit polonais et le droit français

1. L'exception d'inexécution

En droit polonais, l'exception d'inexécution est posée aux art. 488 § 2 et 490 § 1 C. civ. pol. En règle générale, lorsque les prestations des parties doivent être effectuées simultanément, chacune des parties peut s'abstenir jusqu'à ce que l'autre lui offre sa prestation (art. 488 § 2). Mais la partie tenue de fournir sa prestation la première peut néanmoins retenir sa prestation lorsque la contre-prestation devient « douteuse » de par la situation économique de l'autre partie, à moins de se voir offrir la contre-prestation ou une sûreté d'exécution (art. 490 § 1).

Cependant le champ d'application de ces mesures est nettement plus restreint qu'en droit français. En effet, c'est une faculté limitée aux seuls contrats commutatifs. Par contre, elle est liée au seul risque de non-prestation et donc indépendante de la gravité de l'inexécution. Une différence qui vient de son application aux seuls contrats commutatifs où les prestations sont censées être équivalentes – l'inexécution est donc toujours grave.

2. L'exécution forcée en nature

L'exécution forcée en nature est perçue comme une évidence en droit polonais : historiquement, elle était considérée comme la sanction principale de l'inexécution, même si le Code civil polonais ne l'exprime nulle part de manière expresse.¹⁷ De par la nature même de la notion d'obligation, c'est une sanction toujours disponible, sauf impossibilité (qui doit être objective et définitive).

Par contre, à la différence de l'art. 1221 C. civ., la disproportion économique manifeste n'excuse pas le débiteur en droit polonais. Elle peut tout au plus don-

17 Pendant la période communiste certains auteurs posaient même l'existence d'un « principe d'exécution réelle des obligations » (*zasada realnego wykonywania zobowiązań*) qui reléguerait les dommages-intérêts aux seuls cas *in extremis*. V. notamment Witold Czachórski, « La sanction de l'inexécution », *art. cit.*, p. 655–656 qui qualifie l'action directe en exécution de « sanction de premier ordre », tout en traitant la sanction réparatoire de « *malum necessarium* pour le créancier ». La doctrine contemporaine adopte une approche plus nuancée, mais il est clair que l'exécution en nature occupe une place spéciale dans le système du Code civil polonais. V. Tomasz Pajor, « Roszczenie o spełnienie świadczenia w naturze » [L'action en exécution de la prestation en nature], dans Piotr Machnikowski, Edward Gniewiek et Katarzyna Górska (dir.), *Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań. Materiały III Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów*, *op. cit.*, p. 261–266.

ner lieu à une révision du contrat (qui peut aussi conduire à une résolution judiciaire), mais uniquement dans l'hypothèse où cette disproportion résulte d'un changement extraordinaire de circonstances et n'a pas été prévue par les parties lors de la conclusion du contrat (art. 357¹ C. civ. pol.).¹⁸

De même qu'en droit français, le créancier peut également faire exécuter l'obligation par lui-même, aux frais du débiteur et sans perdre droit à une réparation du préjudice causé par le retard qualifié (*zwłoka*)¹⁹ du débiteur (art. 479–480 C. civ. pol.). Malgré le silence du code polonais sur ce sujet, il est généralement admis que les frais de cette exécution ne peuvent être exorbitants (abus de droit).²⁰ En même temps, deux différences principales apparaissent entre les deux systèmes. Premièrement, l'exercice de cette faculté en droit polonais ne nécessite pas de mise en demeure formelle : un retard qualifié (*zwłoka*) du débiteur suffit. Deuxièmement, le champ d'intervention du juge est plus important : comme c'était le cas des anciens art. 1143 et 1144 C. civ., une autorisation judiciaire préalable est toujours nécessaire pour faire procéder à l'exécution de l'obligation, hormis les cas d'urgence (p.ex. un risque de dommage).

3. La réduction du prix

Si la sanction de réduction du prix est également reconnue en droit polonais, des différences importantes existent avec le nouveau régime français.

Tout d'abord son champ d'application est nettement plus limité qu'en droit français. En effet, la réduction du prix n'est pas une sanction à vocation universelle, mais une sanction spéciale limitée à certains types de contrats : la vente – et ce uniquement dans le contexte de la responsabilité pour vices de la chose vendue (art. 560 C. civ. pol.), la location – en cas de vices de la chose louée (art. 664 C. civ. pol.) et, dans une certaine mesure, le bail – en cas de réduction importante des revenus ordinaires de la chose louée (art. 700 C. civ. pol.).

Ensuite, son régime n'est pas uniforme mais varie selon le type de contrat concerné. Dans le cadre de la location et du bail, le locataire et le preneur ne peuvent pas opérer unilatéralement à une réduction : ils peuvent uniquement demander une réduction à déterminer par le juge en cas de contentieux.²¹ C'en

18 V. Fryderyk Zoll, « Wykonanie i skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań », *art. cit.*, p. 1191–1194 (qui conteste la rationalité de cette solution tout en admettant qu'elle est admise par la doctrine majoritaire et les tribunaux).

19 C'est-à-dire un retard provoqué par des circonstances dont le débiteur est responsable.

20 V. Fryderyk Zoll, « Wykonanie i skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań », *art. cit.*, p. 1231.

21 Jacek Górecki et Grzegorz Matusik, dans Konrad Osajda (dir.), *Kodeks cywilny. Komentarz* [Code civil. Commentaire], 20^e éd., Warszawa, Beck Legalis, 2018, art. 664, n° 5 et art. 700, n° 3–8, 10.

était de même pour le contrat de vente, mais depuis un remaniement du droit de la vente en 2014, l'acheteur dispose de la faculté de notifier unilatéralement au vendeur une réduction proportionnelle du prix. La solution qui existait antérieurement était largement critiquée à cause des difficultés pratiques qu'elle créait. Aujourd'hui la doctrine s'accorde pour voir en cette faculté un droit formateur,²² dont l'exercice ne nécessite pas le consentement du vendeur (qui peut, cependant, bloquer son exercice en échangeant la chose viciée) et dont les effets se matérialisent, en principe, sans intervention judiciaire.²³

4. La résolution du contrat

4.1. Comparaison générale

Le droit polonais se caractérise par une approche relativement libérale envers les actes unilatéraux et les droits formateurs. Par conséquent, depuis sa codification en 1933²⁴ (et à la différence du droit français), le droit polonais moderne fait la part belle à la résolution unilatérale du contrat pour cause d'inexécution ou exécution imparfaite.²⁵ Jusqu'à certains auteurs de la qualifier même de « centrale au système des instruments de protection contre le manquement à une obligation ».²⁶

De même, le droit polonais laisse sur ce point beaucoup de liberté aux parties : les clauses habilitant une rupture unilatérale du contrat sont généralement admises et sont fréquemment utilisées en pratique. Notamment, l'art. 395 C. civ. pol. permet aux parties de prévoir dans leur contrat un droit unilatéral de retrait (*odstąpienie*) à exercer dans un délai convenu. La doctrine et la jurisprudence acceptent aussi la validité de clauses de résiliation unilatérale (*wypowiedzenie*) dans la majorité des contrats (y compris les contrats à durée déterminée, sous réserve d'identification préalable des circonstances de l'exercice de ce droit²⁷).

Si le Code polonais passe sous silence la clause résolutoire telle que visée à l'art. 1225 C. civ., celle-ci ne pose pas de problème conceptuel. Tout à fait ad-

22 Appartenant donc à une catégorie de droits subjectifs qui permettent la création, la modification ou l'extinction unilatérale d'une relation juridique (*prawa kształtujące; Gestaltungsrechte*).

23 Krzysztof Haładyj et Magdalena Tulibacka, dans Konrad Osajda (dir.), *Kodeks cywilny*, *op. cit.*, art. 560, no 12–13 et 15.

24 C'est-à-dire depuis le Code des obligations de 1933.

25 Pour une présentation générale du sujet (en anglais) v. Karolina Pasko, « Unilateral termination of contracts under Polish law », 24 août 2015, <http://polishprivatelaw.pl/unilateral-termination-of-contracts-under-polish-law/#more-6828> (un site de l'Académie polonaise des sciences consacré au droit privé polonais).

26 Fryderyk Zoll, « Wykonanie i skutki niewykonania », *art. cit.*, p. 1241.

27 Cour suprême, Ch. Civ., 22 janvier 1998, III CZP 49/97, OSN, 3/1998, n° 36.

missible au regard de la liberté contractuelle, elle s'analyse en droit polonais en tant que condition résolutoire.²⁸

Par contre, le droit polonais ignore essentiellement la résolution judiciaire en tant que sanction d'inexécution telle que façonnée aux art. 1227–1228 C. civ.²⁹

4.2. La résolution unilatérale

Un nombre de différences de construction apparaissent entre les conceptions française et polonaise de la résolution unilatérale pour inexécution du contrat.

Tout d'abord, le droit polonais de la résolution unilatérale est éparé. À la différence de l'art. 1226 C. civ., le droit polonais ne propose pas une institution unique qui aurait vocation à s'appliquer à toutes les instances d'inexécution. La solution polonaise consiste plutôt à prévoir un droit de résolution unilatérale applicable à certaines catégories de contrats ou à certains contrats spéciaux.

Ainsi, le législateur polonais prévoit la résolution unilatérale par voie de droit de retrait (*odstąpienie*), notamment en cas de :

- 1) retard qualifié dans l'exécution d'une obligation qui résulte d'un contrat commutatif (art. 491 et 492 C. civ. pol.) ;
- 2) retard simple du vendeur dans les contrats de vente à la consommation (art. 543¹ § 2 C. civ. pol.) ;
- 3) l'impossibilité de prestation dont le débiteur est responsable, ainsi qu'en cas d'impossibilité partielle dont le débiteur n'est pas responsable mais une exécution partielle est dénuée d'intérêt pour le créancier (art. 493 C. civ. pol.) ;
- 4) vices de la chose vendue (art. 560 § 1 C. civ. pol.) ;
- 5) retard dans la réalisation de l'objet du contrat d'entreprise qui rend improbable sa réalisation à temps (art. 635, 638, et 656 C. civ. pol.) ;
- 6) l'exécution de l'objet du contrat d'entreprise de manière viciée ou contraire au contrat (art. 636 C. civ. pol.) ;
- 7) l'inexécution d'une obligation pour des raisons dont le débiteur est responsable, s'il y a eu versement d'arrhes (art. 394 § 1 C. civ. pol.).

De même, un droit de résiliation (*wypowiedzenie*) unilatérale est prévu pour :

- 1) tout contrat dont résulte une obligation durable (*zobowiązanie ciągłe* ; *Dauerschuldverhältnis*) à durée indéterminée (art. 365¹ C. civ. pol.) ;
- 2) un nombre de contrats spéciaux dans plusieurs types de situations d'inexécution du contrat, tels (1) un retard qualifié dans le paiement de la rému-

28 Article 89 C. civ. pol. La doctrine et la jurisprudence polonaises admettent les conditions potestatives et notamment de faire dépendre les conséquences d'un acte juridique de l'exécution d'une obligation. V. p. ex. Przemysław Sobolewski, dans Konrad Osajda (dir.), *Kodeks cywilny, op.cit.*, art. 89, n° 13 ; Cour suprême, Ch. Civ. (7 juges), 22 mars 2013, III CZP 85/12, *OSNC*, 11/2013, n° 132.

29 La seule exception étant la résolution judiciaire dans le cadre de la révision contractuelle – une autre hypothèse donc (art. 357¹ C. civ. pol.).

nération de l'une des parties (p. ex. un retard du locataire – art. 672 et 687 C. civ. pol., du preneur de bail – art. 703 C. civ. pol., ou du preneur de crédit-bail – art. 709¹³ C. civ. pol.) ; (2) des vices de la chose louée (art. 664 § 2 et 3, art. 682 C. civ. pol.) ou faisant l'objet d'un crédit-bail (art. 709¹⁷ C. civ. pol.) ; (3) un comportement du débiteur contraire au contrat ou à la loi qui se rapporte à une chose faisant l'objet de certaines obligations – p. ex. un locataire qui fait usage de la chose louée contraire à ce qu'il a été convenu (art. 667 § 2 C. civ. pol.) ou un preneur de bail qui sous-loue l'objet du bail (art. 698 § 2 C. civ. pol.) ; (4) d'autres manquements contractuels comme, p. ex., l'inexécution de ses obligations par l'une des parties d'un contrat d'agence (art. 764² C. civ. pol.), l'infraction aux conditions d'octroi d'un crédit par le preneur de crédit (art. 75 de la loi bancaire).³⁰

De surcroît, depuis 2014, le Code civil polonais permet la résolution unilatérale d'un contrat commutatif en cas d'inexécution anticipée, et ce sans préavis, si l'autre partie déclare fermement ne pas vouloir exécuter son obligation (art. 492¹ C. civ. pol.).

Il est vrai que face à ces nombreuses instances où le législateur prévoit la rupture unilatérale en sanction à l'inexécution contractuelle, certains auteurs postulent soit l'existence d'une compétence générale (non-écrite) à la rupture unilatérale de toute relation obligatoire pour « raisons importantes »,³¹ soit au moins une extension par analogie des règles applicables aux seuls contrats commutatifs à l'ensemble des contrats synallagmatiques.³² Mais ces postulats restent confinés à un courant minoritaire en doctrine.

Ensuite, ce qui peut surprendre vu la place importante qui lui est attribuée, la résolution unilatérale en droit polonais est loin d'être une institution homogène.

En effet, il s'agit de deux types distincts de droit subjectif : un droit de retrait (*odstąpienie*) et un droit de résiliation (*wypowiedzenie*). Les deux sont des droits formateurs (*prawa kształtujące* ; *Gestaltungsrechte*) qui permettent la mo-

30 Pour une analyse approfondie de cette classification v. Grzegorz Tracz, *Sposoby jednostronnej rezygnacji z zobowiązań umownych* [Moyens unilatéraux de renonciation aux obligations contractuelles], Warszawa/Kraków, Wolters Kluwer, 2007, p. 144–146.

31 Notamment Grzegorz Tracz, *Sposoby jednostronnej rezygnacji z zobowiązań umownych*, op. cit., p. 206–214 et Fryderyk Zoll, « Wykonanie i skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań », art. cit., p. 1243. En l'occurrence, c'est une position minoritaire. S'il est vrai qu'une telle compétence était généralement admise sous le Code des obligations de 1933, elle a été contestée sous le Code civil de 1964. En 2001 le législateur polonais a introduit l'art. 365¹ C. civ. pol., qui est d'ordre public et prévoit la possibilité de rupture unilatérale pour toute obligation durable (*zobowiązanie ciągłe* ; *Dauerschuldverhältnis*) à temps indéterminé sans la limiter à des raisons importantes. Ce qui, pour la doctrine dominante, militerait contre l'acceptation d'une compétence générale à la rupture unilatérale de toute relation obligatoire pour « raisons importantes ».

32 Fryderyk Zoll, « Wykonanie i skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań », art. cit., p. 1092.

dification (en l'occurrence : la résolution) unilatérale d'une relation juridique et s'exercent par le biais d'une déclaration de volonté adressée à l'autre partie. En principe, leur effet est automatique – au sens qu'une intervention judiciaire n'est pas nécessaire (en cas de contentieux, la décision du juge n'aura qu'une valeur déclarative). La différence principale entre ces deux types de moyens réside dans leur effet : en principe, le droit de retrait a un effet rétroactif (*ex tunc*) – le contrat est réputé non conclu et les parties sont tenues de se rendre tout ce qu'elles ont obtenu l'une de l'autre, alors que la résiliation a un effet *pro futuro* (*ex nunc*). Par conséquent, leur champ d'application sera, en principe, différent. Notamment, il est généralement accepté que le droit de retrait n'est pas adapté aux contrats de longue durée, où les prestations des parties sont étendues dans le temps et ne se prêtent pas à un remboursement (p. ex. un contrat de location ou de bail). Ceci dit, cette différence n'est pas toujours nette, vu que dans certaines situations les effets du droit de retrait ne seront pas rétroactifs (p. ex. dans certains cas d'inexécution partielle – art. 491 § 2 C. civ. pol.) ou seront plus nuancés (p. ex. certaines clauses pénales peuvent subsister ; les parties peuvent également encadrer dans leur contrat les effets du droit de retrait).

Enfin, contrairement au droit français, le droit polonais ne fait pas – en principe – de lien entre la résolution unilatérale et la gravité de l'inexécution.

5. La réparation des conséquences de l'inexécution

5.1. Principes généraux

La réparation du préjudice causé par l'inexécution ou l'exécution imparfaite d'une obligation constitue la sanction principale de l'inexécution en droit polonais. La règle est posée à l'art. 471 C. civ. pol. qui dispose que « le débiteur est tenu de réparer le dommage qui résulte de l'inexécution ou l'exécution imparfaite de l'obligation, à moins que l'inexécution ou l'exécution imparfaite ne soit le résultat de circonstances dont le débiteur n'est pas responsable ». Le droit polonais de la responsabilité repose sur le principe de la réparation intégrale (*zasada pełnego odszkodowania ; zasada pełnej kompensacji*).³³ Par conséquent, sauf disposition légale ou contractuelle contraire, la réparation du dommage couvre tant la perte (*damnum emergens*), que le gain dont le créancier a été privé (*lucrum cessans*) dans les limites des « conséquences normales » de l'inexécution (art. 361 C. civ. pol.).³⁴

33 Cf. Przemysław Sobolewski, dans Konrad Osajda (dir.), *Kodeks cywilny, op. cit.*, art. 361, n° 66.

34 La relation causale acceptée en droit polonais permet donc, *a priori*, d'indemniser potentiellement des suites plus « lointaines » que les suites « immédiates et directes » auxquelles se réfère l'art. 1231-4 CC fr. Plus généralement sur les notions de dommage et de lien de causalité adoptées en droit polonais, cf. (en français) Adam Szpunar, « La place de la responsabilité civile en droit polonais », *Revue internationale de droit comparé*, vol 19, n° 4, octobre-décembre 1967, p. 870-872.

À la différence de l'art. 1231-3 C. civ., le montant de la réparation en droit polonais est donc en principe indépendant de la gravité de la faute³⁵ et, techniquement, la prévisibilité ne détermine pas le lien causal.³⁶

5.2. La clause pénale

Tout comme le droit français, le droit polonais admet la clause pénale – qui, par ailleurs, occupe une place importante dans la pratique contractuelle polonaise. En vertu des art. 483–484 C. civ. pol., les parties sont libres de stipuler le paiement d'une somme d'argent en cas d'inexécution ou de l'exécution imparfaite d'une obligation non-monnaire. Son application est donc, au regard de la doctrine et de la jurisprudence dominantes, limitée aux obligations non-monnaies.³⁷ A défaut de convention contraire, la somme fixée par les parties est due indépendamment du préjudice causé, ne libère pas le débiteur de la réalisation de son obligation principale et interdit au créancier de rechercher des dommages-intérêts dans un montant dépassant la somme fixée dans la clause pénale.

En 2003, la Cour suprême a tranché sur l'indépendance de la clause pénale du préjudice subi : même dans l'hypothèse d'une absence de préjudice de la part du créancier, le débiteur peut être tenu de payer la somme convenue par les parties³⁸. Le juge ne peut que la modérer, à la demande du débiteur, dans l'hypothèse de l'art. 484 § 2 C. civ. pol., c'est-à-dire si l'obligation a été exécutée « en grande partie » ou si la pénalité convenue est « manifestement excessive ». Autrement que le juge français dans le cadre de l'art. 1231-5 C. civ., le juge polonais ne peut ni intervenir d'office, ni majorer la pénalité.

35 Sous réserve de certaines exceptions qui existent à cette règle. Notamment, l'art. 322 du Code de procédure civile prévoit un *jus moderandi* du juge qui lui permet d'accorder « un montant adéquat selon son gré au regard de toutes les circonstances du cas », si la démonstration du montant du dommage est difficile ou impossible. Par ailleurs, lors du calcul de l'indemnité le juge tient compte de l'article 362 C. civ. pol. qui stipule que l'obligation de réparer le dommage est diminuée de manière appropriée conformément aux circonstances et principalement proportionnellement au degré de culpabilité des parties si la partie lésée a contribué à l'apparition de la faute. V. Marcin Olechowski et Maria Rogacka-Rzewnicka, « Rapport polonais. Les peines privées », *Travaux Capitant*, t. LIV, année 2004, « Journées québécoises de Montréal et Québec : L'indemnisation », Paris, SLC, 2008, p. 237–254.

36 V. également Fryderyk Zoll, « Wykonanie i skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań », *art. cit.*, p. 1207–1209.

37 Jacek Jastrzębski, dans Adam Brzozowski, Jacek Jastrzębski, Maciej Kaliński, Elżbieta Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Część ogólna*, *op. cit.*, p. 359. Cependant la question reste controversée. V. Fryderyk Zoll, « Wykonanie i skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań », *art. cit.*, p. 1219–1220 qui met en question le bien-fondé de cette interprétation. La question est actuellement devant la Cour suprême (III CZP 17/18) qui devrait la trancher dans le courant de l'année 2019.

38 Cour suprême, Ch. Civ. (7 juges), 11 avril 2003, III CZP 61/03, OSNC, 5/2004, n° 69. Sur la discussion qui a précédé cet arrêt v. Marcin Olechowski et Maria Rogacka-Rzewnicka, « Rapport polonais. Les peines privées », *art. cit.*, p. 239–240.

5.3. Les intérêts de retard

Enfin, les intérêts de retard sont dus toujours au taux légal de retard³⁹ ou au taux contractuel (si plus élevé), mais sont limités par un taux maximum (deux fois le taux légal de retard). En effet, l'art. 481 C. civ. pol. dispose que si le débiteur est en retard dans le paiement d'une somme d'argent, le créancier peut exiger des intérêts pour toute la période du retard, même s'il n'a subi aucun préjudice⁴⁰ et même si le retard est la conséquence de circonstances pour lesquelles le débiteur ne répond pas. Si le taux d'intérêt n'a pas été stipulé d'avance, les intérêts sont calculés au taux légal.

III. Conclusion

Dans son ensemble, le droit polonais de l'inexécution du contrat fonctionne de manière satisfaisante. Notamment, comme le montre cette comparaison rapide avec le droit français réformé, il met à disposition du créancier un éventail complet de remèdes. Il a également su garder une certaine flexibilité et s'adapter aux changements économiques – comme le montre le fait que, selon les époques, la doctrine puisse attribuer une importance différente à certains types de sanctions sans que le droit positif n'ait besoin d'être modifié sur ce point.⁴¹ Néanmoins, un remaniement (sinon une refonte) pourrait être considéré sur, principalement, trois plans.

Tout d'abord, il serait utile (et probablement le plus urgent) de considérer l'extension du champ d'application de certaines sanctions au-delà des seuls contrats commutatifs. Cette catégorie semble, aujourd'hui, un peu trop étroite et la limitation qui en résulte – notamment pour l'exception d'inexécution – tout simplement arbitraire. Une solution serait d'appliquer les règles qui aujourd'hui gouvernent ces contrats à l'ensemble des contrats qui contiennent des prestations réciproques (donc synallagmatiques au sens français de la notion) ce qui semble correspondre plus pleinement aux exigences de la réalité économique.⁴²

En second lieu, un régime uniforme de la résolution unilatérale serait le bienvenu. La situation actuelle est loin d'être claire (comme le montre, par ailleurs, un contentieux toujours plus important sur fond de résolution unilatérale) et l'utilité

39 Déterminé par le taux de référence de la Banque nationale de Pologne majoré de 5,5 points.

40 Si le retard est qualifié, le créancier peut en outre rechercher la réparation du préjudice causé (art. 481 § 3 C. civ. pol.).

41 A commencer donc par l'exécution en nature, pour passer par la réparation du préjudice et terminer, le plus récemment, par la résolution unilatérale.

42 Et qui d'ailleurs était la solution retenue par le Code des obligations de 1933.

de maintenir deux institutions, qui se ressemblent de très près avec des différences qui ne sont pas toujours évidentes, est pour le moins douteuse.

Enfin, l'idée directrice de la réforme française qui vise à limiter le besoin de recourir au juge semble particulièrement heureuse et attrayante (du moins en droit commun, la position étant peut-être à nuancer dans les relations avec les consommateurs). Une réduction du contentieux, surtout quand les procédures ont tendance à être interminables, est après tout toujours la bienvenue. Ceci dit, avec son recours assez libéral aux droits formateurs, le droit polonais semble déjà assez avancé dans cette direction – sans avoir pourtant réussi à atteindre ce but. Et comme le démontrent les hésitations du législateur français en matière de réduction du prix, des solutions plus audacieuses exigent toujours une approche circonspecte. L'enjeu étant d'éviter de sacrifier la justice contractuelle sur l'autel de l'efficacité.

Bibliographie

- BETAŃSKA, Ewa, « Code civil français et Kodeks Cywilny polonais », *Comparative Legilinguistics (International Journal for Legal Communication)*, vol. 8, 2011, p. 9–18.
- BRZozowski, Adam, JASTRZĘBSKI, Jacek, KALIŃSKI, Maciej et SKOWROŃSKA-BOCIAN Elżbieta, *Zobowiązania. Część ogólna* [Les obligations. Partie générale], 2^e éd., Warszawa, Wolters Kluwer, 2016.
- CZACHÓRSKI Witold, « La sanction de l'inexécution du contrat d'après le système du Code civil polonais », dans *Rapports polonais présentés au VII^e Congrès international de droit comparé*, Varsovie, 1966, reproduit dans Jan BŁESZYŃSKI (dir.), *Witold Czachórski. Wybór prac* [Witold Czachórski. Travaux choisis], Warszawa, C.H. Beck, 2015, p. 651–663.
- DISSAUX, Nicolas et JAMIN, Christophe, *Réforme du droit des contrats : 10 articles à connaître*, Paris, Dalloz, 2018.
- GIARO, Tomasz, « Some Prejudices about the Legal Tradition of Eastern Europe », dans Bronisław SITEK, Jakub SZCZERBOWSKI, Aleksander BAUKNECHT (dir.), *Comparative Law in Eastern and Central Europe*, Newcastle upon Tyne, Cambridge Scholars Publishing, 2013, p. 26–50.
- LEWASZKIEWICZ-PETRYKOWSKA, Biruta, « Le Code Napoléon et son héritage en Pologne », dans Régine BEAUTHIER et Isabelle RORIVE (dir.), *Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden, Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 77–100.
- LONGCHAMPS DE BÉRIER, Roman, « Le nouveau code polonais des obligations », *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, t. 64, no. 3, 1935, p. 329–347.
- OLECHOWSKI, Marcin et ROGACKA-RZEWNICKA, Maria, « Rapport polonais. Les peines privées », *Travaux Capitants*, t. 54, 2008, p. 237–254.
- OLEJNICZAK, Adam (dir.), *System Prawa Prywatnego* [Système de droit privé], t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna* [Droit des obligations – partie générale], 3^e éd., Warszawa, C.H. Beck, 2018.

- OSAJDA, Konrad (dir.), *Kodeks cywilny. Komentarz* [Code civil. Commentaire], 20^e éd., Warszawa, Beck Legalis, 2018.
- PAJOR, Tomasz, « Roszczenie o spełnienie świadczenia w naturze » [L'action en exécution de la prestation en nature] dans Piotr MACHNIKOWSKI, Edward GNIEWEK, Katarzyna GÓRSKA (dir.), *Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań. Materiały III Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów* [La prise et l'exécution des obligations. Actes du III^e Congrès national de droit civil], Warszawa, C.H. Beck, 2010, p. 261–266.
- PASKO, Karolina, « Unilateral termination of contracts under Polish law », 24 août 2015, <http://polishprivatelaw.pl/unilateral-termination-of-contracts-under-polish-law/#more-6828>.
- PAWŁOWSKI, Krzysztof, *Circulades languedociennes de l'an mille – naissance de l'urbanisme européen*, Montpellier, Presses du Languedoc, 1992.
- PISULIŃSKI, Jerzy, ZOLL, Fryderyk et PECYNA, Marlena (dir.), « Wykonanie i skutki naruszenia zobowiązań (projekt) » [L'exécution et les effets de la violation des obligations (projet)] dans Piotr MACHNIKOWSKI, Edward GNIEWEK, Katarzyna GÓRSKA (dir.), *Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań. Materiały III Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów* [La prise et l'exécution des obligations. Actes du III^e Congrès national de droit civil], Warszawa, C.H. Beck, 2010, p. 533–566.
- RADWAŃSKI, Zbigniew, *Teoria umów* [Théorie des contrats], Warszawa, PWN, 1977.
- RAJSKI, Jerzy et KOCOT, Wojciech, *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym* [Droit des contrats commerciaux], 2^e éd., Warszawa, Wydawnictwa Prawnicze PWN, 2000.
- SÓJKA-ZIELIŃSKA, Katarzyna, « Les influences françaises sur l'enseignement du droit et de la science juridique polonaise de l'époque des partages à l'entre-deux-guerres », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, no. 15, 1994, p. 149–158.
- SZPUNAR, Adam, « La place de la responsabilité civile en droit polonais », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 19, n^o 4, octobre-décembre 1967.
- TRACZ, Grzegorz, *Sposoby jednostronnej rezygnacji z zobowiązań umownych* [Moyens unilatéraux de renonciation aux obligations contractuelles], Warszawa/Kraków, Wolters Kluwer, 2007.
- TRAPLE, Elżbieta, « La codification et la justice », *Les Cahiers de Droit*, vol. 42, n^o 3, 2001, p. 681–709.

Partie II

Le concept de l'imprévision

L'imprévision en droit français

Marie Dugué*

Selon une formule bien connue, « contracter, c'est prévoir. Le contrat est une emprise sur l'avenir ».¹ Cette faculté de figer le futur, de le capturer, si elle semble participer de l'essence même de la convention, n'a pourtant rien d'absolue tant sont nombreux les événements susceptibles de venir compromettre les espérances des parties. « Avant même d'impliquer la confiance dans le cocontractant, le contrat présuppose [donc] la confiance dans l'avenir ».² La question de savoir dans quelle mesure cette confiance doit être protégée se pose dès lors, et avec elle, celle de savoir quel sort réserver à la théorie de l'imprévision.

Présentée comme l'étendard de la réforme du droit des contrats, comme « l'une des dispositions les plus emblématiques de l'ordonnance du 10 février 2016 »,³ l'imprévision peut se définir comme un changement imprévisible des circonstances dans lesquelles s'insérait le contrat, qui en affecte l'équilibre au point de rendre l'exécution de la convention très difficile pour l'une des parties. C'est l'exemple classique du contrat de fourniture portant sur des produits fabriqués à base de pétrole, dont l'exécution devient très onéreuse pour le fournisseur à la suite d'une augmentation soudaine du cours du pétrole provoquée par une guerre.⁴ Dans une telle configuration où le temps emporte avec lui l'harmonie de la convention, une question se pose : quelles sont les solutions qui s'offrent à la partie victime du déséquilibre ? Peut-elle sortir du contrat ? Peut-elle imposer que celui-ci soit renégoциé ? Et surtout, le juge peut-il prendre la plume pour modifier la convention ?

* Professeur à l'Université de Tours, Faculté de droit, économie et sciences sociales, 50 avenue Jean Portalis, 37200 Tours.

1 Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 1949, n° 84.

2 François Ost, *Le temps du droit*, Paris, éd. Odile Jacob, 1999, p. 238.

3 Intervention au Sénat, séance du 17 octobre 2017, disponible à l'adresse suivante, <https://www.senat.fr/seances/s201710/s20171017/s20171017008.html#section961> [consulté le 20.03.2018].

4 Exemple tiré des développements de Pascal Ancel, « Imprévision », *Rép. Civ. Dalloz*, n° 1, mai 2017.

En droit français, ces interrogations passionnent depuis longtemps la doctrine, et ce, bien que l'imprévision ne génère vraisemblablement qu'un contentieux limité,⁵ auquel échappent notamment tous les contrats à durée indéterminée, qui peuvent être résiliés de façon unilatérale.⁶ L'intérêt pour le sujet n'est cependant pas totalement « irrationnel »⁷ : sur le plan théorique, la question de la révision pour imprévision invite à mettre en balance deux concepts fondamentaux du droit des contrats – force obligatoire des conventions d'un côté, justice contractuelle de l'autre.

Parce qu'on lui avait donné pour objet de concilier ces deux impératifs,⁸ l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats se devait de prendre position sur le traitement de l'imprévision. Ce qu'elle n'a pas manqué de faire, en consacrant pour la première fois à l'art. 1195 C. civ., la possibilité pour le juge d'adapter ou de mettre fin au contrat.

En matière d'imprévision comme ailleurs, il y a donc un temps pour tout : le temps d'avant la réforme ; le temps de la réforme ; et celui qui suivra. Pour le dire autrement le passé (I), le présent (II) et l'avenir (III).

I. Le passé

Le passé était marqué par un principe : celui du refus de la révision pour imprévision (1), qui, cependant, tolérait quelques tempéraments (2).

1. Le principe

Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, le sort à réserver à l'imprévision avait été fixé, dans le silence de la loi, par les juges. C'est le très célèbre arrêt *Canal de Craponne*, rendu par la Cour de cassation le 6 mars 1876, qui en avait été l'occasion.⁹ Par deux conventions du XVI^e siècle, l'ingénieur Adam

5 En ce sens, François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette et François Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, 12^e éd., Paris, Dalloz, Coll. Précis, 2018, n° 629.

6 Article 1211 C. civ.

7 Philippe Dupichot, « La nouvelle révision judiciaire pour imprévision », dans Philippe Stofel-Munck, *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Paris, Dalloz, 2015, p. 73.

8 *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, « titre 1 », « sous-titre 1 », « chapitre premier », « dispositions liminaires », indiquant qu'« il s'agit de trouver un équilibre entre justice contractuelle et autonomie de la volonté ».

9 Civ. 6 mars 1876, *DP*, 1876, I, p. 163.

de Craponne avait pris l'engagement de fournir aux habitants d'une commune, au moyen d'un canal, une prestation d'arrosage pour un certain prix. Trois siècles plus tard, le prix fixé étant devenu dérisoire par rapport au coût réel de l'entretien de l'infrastructure, la Cour d'appel avait accepté de l'augmenter. Elle s'était ainsi attiré les foudres de la Cour de cassation, qui, au visa de l'art. 1134 ancien du Code civil, était venue affirmer que la règle consacrée par cette disposition était « générale et absolue » et que « dans aucun cas il n'appart[enait] 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 [avaient] été librement acceptées par les contractants ».

Constamment réaffirmée par la suite,¹⁰ cette solution présentait l'inconvénient majeur d'enfermer le débiteur dans une situation intenable, de nature à déboucher, à plus ou moins long terme, sur l'inexécution de la convention et la perte de son éventuelle utilité sociale. Mais elle pouvait également se prévaloir de certains avantages. Elle garantissait une pleine sécurité juridique aux contractants, certains de ne pas voir les termes de leur accord modifiés par le juge ; elle évitait que ce dernier, parfois peu rompu aux problématiques économiques, ne provoque par la réécriture du contrat des déséquilibres en chaîne susceptibles de compromettre tout un marché.¹¹ En outre, le refus de la révision pour imprévision connaissait quelques tempéraments de nature à le rendre plus supportable.

2. Les tempéraments

Ces tempéraments étaient d'abord conventionnels. L'arrêt *Canal de Craponne* incitait en effet les parties à prévoir, dès la conclusion du contrat, l'évolution – automatique ou non – de leur relation en cas d'imprévision. Les contractants avaient ainsi toute latitude pour insérer au contrat des clauses d'indexation, « faisant varier l'objet de l'obligation en fonction de l'évolution d'indices »,¹² ou des clauses de *hardship*, leur permettant de demander « un réaménagement du contrat [...] si un changement intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles s'étaient engagées [venait] à modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elles une rigueur injuste ».¹³

10 V. notamment les arrêts cités par Pascal Ancel, « Imprévision », *Rép. Civ. Dalloz*, mai 2017, n° 24 ; Civ., 15 novembre 1933, *Gaz. pal.* 1934, 1, 68 ; S. 1934, 1, 13 ; Com., 18 janv. 1950, *D.* 1950. 227 ; Soc., 8 mars 1972, n° 71-40.429, *D.* 1972. 340 ; Com., 18 déc. 1979, n° 78-10.763, *Bull. civ.* IV, n° 339.

11 François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, n° 470.

12 Pascal Ancel, « Imprévision », *op. cit.*, n° 96.

13 Bruno Oppetit, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », *JDI* 1974, p. 794 et s.

Mais encore, des tempéraments jurisprudentiels avaient vu le jour : certains arrêts récents avaient pu laisser penser que la Cour de cassation semblait prête à atténuer, à certaines occasions, la rigueur de la jurisprudence *Canal de Craponne*.¹⁴ Dans le domaine du droit de la distribution, elle avait à deux reprises considéré que le refus pour le créancier de renégocier le contrat dont l'exécution était devenue très difficile pour le débiteur en raison de la dégradation de son environnement économique, s'apparentait à une violation du devoir de bonne foi ou de loyauté, justifiant que lui soit attribués des dommages-intérêts.¹⁵ Ultérieurement, elle avait développé un nouveau raisonnement en jugeant que l'augmentation du coût des matières premières pouvait aboutir à priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par un débiteur, de sorte que l'imprévision semblait susceptible d'entraîner la caducité de la convention pour disparition de la cause.¹⁶

Bien que revêtant une portée limitée, ces arrêts soulevaient inévitablement la question de savoir si la jurisprudence *Canal de Craponne* allait se maintenir. Plusieurs éléments pouvaient en effet inviter à l'abandonner. Premièrement, le fait que l'intervention du juge en cas d'imprévision soit admise dans un certain nombre de systèmes juridiques étrangers,¹⁷ et consacrée par les projets de réforme européens.¹⁸ Deuxièmement, le fait que le juge français l'autorise en matière administrative depuis un arrêt *Gaz de Bordeaux* de 1916, sans que cela ne soulève de difficultés majeures.¹⁹ Troisièmement, il était difficile d'ignorer qu'au cours du XX^e siècle, le juge français avait vu ses pouvoirs d'immixtion dans la sphère contractuelle s'accroître au nom de l'équité : une loi de 1975 l'avait par exemple autorisé à réviser les clauses pénales excessives,²⁰ tandis qu'il s'était arrogé la faculté de réviser les honoraires ex-

14 Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., Paris, PUF, coll. Thémis Droit, 2016, n°497.

15 Com. 3 novembre 1992, arrêt *Huard*, n° 90-18.547, *Bull. civ.* 1992, n° 338 ; *RTD civ.* 1993, 124, obs. Jacques Mestre ; *Defrénois* 1993. 1377, obs. J.-L. Aubert ; *JCP G* 1993. II. 22164, note Georges Virassamy. Com. 24 novembre 1998, arrêt *Chevassus-Marche*, n° 96-18.357, *Bull. civ.* 1998, n° 277 ; *RTD civ.* 1999, 98, obs. Jacques Mestre ; *Defrénois*, 1999, 371, note Denis Mazeaud ; *JCP G* 1999, I, 143, obs. Christophe Jamin.

16 Com. 29 juin 2010, *Soffimat*, n° 09-67.369 (non publié) ; *D.* 2010, 2485, obs. Thomas Genicon ; *D.* 2010, 2481, obs ; Denis Mazeaud ; *RTD civ.* 1982, 782, obs. Bertrand Fages.

17 En ce sens, le droit allemand (§ 313 (1) BGB), le droit italien (art. 1467 al. 3 C. civ.), le droit néerlandais (art. 6 : 256 BW), le droit portugais (art. 437 C. civ.), le droit grec (art. 388 C. civ.), le droit polonais (art. 357 C. civ.). Pour plus de précisions v. Rémy Cabrillac, *Droit européen comparé des contrats*, 2^e éd., Issy-Les-Moulineaux, LGDJ, 2016, n° 177 et s.

18 V. notamment les *Principes du droit européen des contrats* (art. 6. 111) ; le *Projet de cadre commun de référence* (art. III 1. 110). V. plus largement les *Principes Unidroit* (art. 6.2.3).

19 CE, 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux* ; *GAJA*, 20^e éd., Dalloz, 2015, n° 29. Le juge ne peut cependant pas modifier les termes du contrat, mais seulement accorder une indemnité d'imprévision, voire mettre fin à la convention.

20 Loi n° 75-597 du 9 juillet 1975, complétée par la loi n° 85-1097 du 11 octobre 1985, et codifiées à l'art. 1231-5 C. civ.

cessifs.²¹ Son intervention en cas d'imprévision n'avait donc plus rien de véritablement original, exotique à la veille de la réforme, d'autant plus qu'un certain nombre de dispositions législatives l'admettaient, de façon ponctuelle : ainsi, pour n'en citer qu'une, de l'art. 276-3 C. civ., qui autorise la suspension, la suppression ou la révision de la prestation compensatoire versée sous forme de rente même conventionnelle,²² « en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties ».²³ C'est dans ce contexte relativement favorable qu'est né l'art. 1195 C. civ., qui s'applique à présent.

II. Le présent

Le présent est donc dominé par une règle nouvelle : si la réforme a maintenu le principe de la force obligatoire des conventions, elle est également venue autoriser l'intervention du juge en cas d'imprévision, pour réviser ou mettre fin au contrat. L'art. 1195 dispose en effet, en son alinéa premier, que « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation* ». Et l'alinéa second poursuit en ces termes : « *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* ».

Le texte doit toutefois immédiatement voir sa portée nuancée. D'abord parce qu'il n'est pas d'ordre public, et peut donc être écarté par les parties.²⁴ Ensuite parce qu'il

21 Alain Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 12^e éd., Issy-Les-Moulineaux, LGDJ, coll. Précis Domat droit privé, 2017, n° 572.

22 V. l'art. 279 al. 3 C. civ.

23 Mais bien d'autres exemples pourraient être cités : celui de l'art. 1769 C. civ., qui permet au fermier subissant, par l'effet d'un cas fortuit, la perte de la totalité ou de la moitié de sa récolte, de demander une remise du prix de sa location voire d'être dispensé du paiement d'une partie du prix ; de l'art. L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle, lequel autorise l'auteur, en cas de cession du droit d'exploitation, à provoquer la révision des conditions de prix du contrat lorsqu'il subit un préjudice d'une certaine ampleur tenant à une prévision insuffisante des produits de l'œuvre.

24 *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, « titre premier », « sous-titre premier », « chapitre 4 », « section 1 », « sous-section 1 » : « Comme

met en place un système complexe, faisant de l'intervention du juge un dernier recours, peut-être même une simple menace destinée à ne jamais s'appliquer. L'étude de la définition de l'imprévision, d'une part (1), de la réaction qu'elle entraîne, d'autre part (2), confirme que l'art. 1195 pourrait bien « ser[vir] à ne pas servir ».²⁵

1. La définition

Aux termes de l'art. 1195 C. civ., l'imprévision est appréhendée comme un triptyque. Elle suppose deux conditions positives et une condition négative.

Au titre des conditions positives, il faut d'abord « *un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat* ». Cette exigence appelle plusieurs remarques. *A priori*, tous types d'altérations sont ici visés, à condition d'être extérieurs au débiteur : des événements d'ordre factuel (tel un événement naturel), économique (un effondrement des cours, p. ex.), technologique (comme l'obsolescence d'un procédé), juridique (on pense à l'entrée en vigueur d'une règle de droit nouvelle), politique (tel un embargo, le *Brexit*...) pourraient donc caractériser l'imprévision.²⁶ Mais encore faudra-t-il qu'ils aient été imprévisibles ! Comme on a pu le noter, « l'essence de la théorie de l'imprévision est là »,²⁷ en ce que l'exigence d'imprévisibilité est celle qui permet de garder relativement sauf le principe de la force obligatoire du contrat : parce qu'imprévisible, l'événement n'a pu intégrer la volonté des parties, de sorte que ce n'est pas aller frontalement contre leur souhait initial que d'attacher des conséquences à sa survenance. Mais, bien qu'elle la tienne pour fondamentale, la loi ne nous livre pas la signification de l'imprévisibilité. Par analogie avec la force majeure, on peut penser que devront être tenus pour imprévisibles les changements qui n'auraient pas été envisagés par un contractant raisonnable placé dans les mêmes circonstances.²⁸ Mais encore, que l'imprévisibilité sera caractérisée non seulement lorsque la nature de l'événement ne pouvait être prévue, mais également lorsque son ampleur pouvait difficilement faire l'objet d'un pronostic, sauf à réduire le champ d'application de l'art. 1195 à peau de chagrin.²⁹ Enfin, l'imprévisibilité devra vraisemblablement

l'implique la rédaction retenue, ce texte revêt un caractère supplétif, et les parties pourront convenir à l'avance de l'écartier pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat ».

25 Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2018, p. 438.

26 En ce sens, Philippe Stoffel-Munck, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* 2016, 30 ; Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 443.

27 Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 444.

28 En ce sens, Thierry Revet, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, 373, n° 10.

29 Philippe Stoffel-Munck, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *art. cit.*

s'apprécier au moment de la conclusion du contrat, ce qui invite à penser, bien que le texte ne soit pas restrictif sur ce point, que l'art. 1195 s'appliquera essentiellement aux contrats destinés à perdurer dans le temps, qu'il s'agisse de contrats à exécution successive ou de contrats à exécution instantanée dont les effets auraient été reportés par un terme ou une condition suspensive.³⁰

Une autre condition positive tient à l'effet produit par le changement de circonstances : on exige que ce dernier rende « l'exécution excessivement onéreuse pour une partie ». Ici se trouve probablement l'un des éléments les plus stricts de la définition de l'imprévision, appelant à nouveau plusieurs commentaires. Un déséquilibre, on le voit, est exigé, qui devra être survenu au cours de l'exécution du contrat, en raison du changement de circonstances. Ce déséquilibre ne pourra pas s'assimiler à un simple surcoût, mais devra revêtir un caractère excessif : on exige donc un « écart considérable »,³¹ ce qui confirme l'idée que l'art. 1195 ne devra jouer qu'à la marge. Il s'agira d'appréhender les situations dans lesquelles le débiteur, sans être dans l'impossibilité de remplir son engagement, ne pourra le faire qu'au prix de lourds sacrifices, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, comme dans l'arrêt *Canal de Craponne*. En revanche, la perte d'intérêt du contrat pour l'une des parties ne semble pas destinée à intégrer la sphère d'application de la révision pour imprévision.³² La définition communément admise de l'onérosité, qui renvoie à l'engagement de frais importants, invite en effet à cantonner le jeu de l'art. 1195 à l'hypothèse d'un déséquilibre objectif, pour exclure celle d'une privation d'utilité subjectivement conçue. Cette approche rigoureuse³³ pourrait étonner, dans la mesure où elle s'éloigne de celle qu'avait prônée l'avant-projet Catala,³⁴ et qu'adoptent aujourd'hui un certain nombre de systèmes juridiques étrangers en fusionnant les problématiques de la révision pour imprévision et de la perte d'intérêt du contrat.³⁵ Pour autant, il serait regrettable que la jurisprudence fasse une interprétation lâche de l'art. 1195 pour y englober l'hypothèse dans laquelle la convention se trouverait au cours de son exécution dépourvue

30 Gaël Chantepie et Mathias Latina, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, 2016, n° 523.

31 Thierry Revet, « Le juge et la révision du contrat », *art. cit.*, n° 11.

32 Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, préc., p. 448.

33 *Contra* Charles Gijsbers, « La révision du prix », *RDC* 2017, p. 564, n° 10, qui y voit une approche trop souple.

34 Article 1135-2 : « A défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation ».

35 Ainsi vraisemblablement en droit allemand, où la perturbation du fondement du contrat (§ 313 BGB) englobe « aussi bien des “troubles d'équivalence” que des “troubles du but contractuel” (cas où le contrat a perdu son intérêt pour une des parties compte tenu du but recherché) » : Pascal Ancel, « Imprévision », *op. cit.*, n° 43.

de toute utilité pour l'une des parties. Faire ainsi produire effet aux mobiles d'un des contractants ne saurait se justifier que si, *a minima*, l'autre en avait connaissance.³⁶ Or, en l'état, le texte ne pose nullement cette exigence.

On en vient désormais à la condition négative posée par l'art. 1195 : celui qui invoque le changement de circonstances ne doit pas avoir au préalable « *accepté d'en assumer le risque* ». Il faut ici comprendre que l'une des parties ou même les deux pourraient choisir de prendre à leur charge certaines voire toutes les conséquences d'un changement imprévisible des circonstances, au moment de la conclusion du contrat, ou même après. L'article 1195 est donc supplétif de volonté. Mais jusqu'à quel point ? Plusieurs difficultés surgissent ici. La première consiste à se demander si le fait pour l'une des parties de s'engager à supporter seule le risque d'imprévision ne sera pas considéré comme une clause abusive dans les contrats au sein desquels les stipulations qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties sont prohibées. En particulier, depuis la réforme, l'art. 1171 C. civ. interdit ces stipulations dans les contrats d'adhésion, définis à l'art. 1110 comme ceux « dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties », et la plupart des auteurs en déduisent que l'article 1195 ne pourra être écarté dans de telles conventions.³⁷ Une deuxième difficulté consistera à identifier les cas dans lesquels la mise à l'écart ne sera qu'implicite et résultera d'une contradiction entre les termes de l'engagement conclu et le principe de la correction de l'imprévision. Pour exemple, si les parties ont conclu un contrat aléatoire, dont les effets quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront dépendent d'un événement incertain, tel un contrat d'assurance, l'application de l'art. 1195 devra normalement être exclue, dans la mesure de l'aléa supporté.³⁸

On le voit, la constatation de l'imprévision obéit donc à des conditions rigoureuses. Pourtant, ses effets restent relativement modérés.

36 Sur cette question, et exigeant même un mobile « convenu », « en phase avec la finalité du contrat », v. Thomas Genicon, « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », dans William Dross et Thierry Favario, *Un ordre juridique nouveau ?*, Paris, Mare et Martin, 2014, p. 181 et s., spéc. p. 214 et s.

37 V., p. ex., Gaël Chantepie et Mathias Latina, *La réforme du droit des obligations*, op. cit., n° 523 ; Philippe Stoffel-Munck, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », art. cit. ; Thierry Revet, « Le juge et la révision du contrat », art. cit., n° 12. De même, tout invite à penser que dans ces mêmes contrats, sera prohibée la clause partageant la charge de l'imprévision alors que le contractant le plus faible sera factuellement plus exposé que l'autre à ce risque : Julia Heinich, « Le défi : les relations d'affaires », *Gaz. pal.*, 12 juin 2017, p. 66.

38 L'aggravation imprévisible de l'aléa pourrait ainsi être prise en considération : Jacques Ghestin, Christophe Jamin et Marc Billiau, *Les effets du contrat*, 3^e éd., Paris, LGDJ, n° 292. L'article L. 113-4 al. 1 du Code des assurances contient déjà cette idée, puisqu'il dispose qu'« en cas d'aggravation du risque en cours de contrat, telle que, si les circonstances nouvelles avaient été déclarées lors de la conclusion ou du renouvellement du contrat, l'assureur n'aurait pas contracté ou ne l'aurait fait que moyennant une prime plus élevée, l'assureur a la faculté soit de dénoncer le contrat, soit de proposer un nouveau montant de prime ».

2. La réaction

La réaction face à l'imprévision s'analyse en effet en une « riposte graduée »³⁹ allant du plus consensuel au plus judiciaire.⁴⁰

Ce sont donc d'abord les parties qui sont invitées à prendre les choses en main. Dans un premier temps, le débiteur « peut », nous dit-on, « demander une renégociation du contrat à son cocontractant ». Il doit alors continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation, l'idée étant ici d'éviter les contestations dilatoires.⁴¹

La deuxième étape appartient encore aux parties, puisqu' « en cas de refus ou d'échec de la renégociation, [elles] 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 ».

Toutes ces précisions sont en réalité superfétatoires en ce qu'elles ne font que reprendre des règles classiques, formulées par d'autres dispositions de notre arsenal législatif. Il est en particulier indéniable que l'une des parties a toujours la faculté de solliciter de l'autre une renégociation, tant une telle requête apparaît inoffensive ! Sur ce dernier point, l'art. 1195 apparaît même en recul par rapport au droit prétorien puisqu'on croit comprendre en le lisant que le refus de la part du bénéficiaire du changement de circonstances de renégocier ne pourrait être considéré comme fautif.⁴²

Il faut donc conclure que le véritable intérêt de ces dispositions est ailleurs : il s'agit d'insister sur le rôle crucial des parties pour façonner les remèdes à l'imprévision qui les touche. A ce titre, l'immixtion du magistrat et les dangers qu'elle induit pour les contractants, apparaît comme un moyen de pression idéal : la peur du « grand méchant juge »,⁴³ « le risque d'anéantissement ou de révision du contrat [doit] inciter les parties à négocier ».⁴⁴

39 En ce sens, Nicole Belloubet, *Intervention au Sénat, séance du 17 octobre 2017*, disponible à l'adresse suivante, <https://www.senat.fr/seances/s201710/s20171017/s20171017008.html#section961> [consulté le 20.03.2018].

40 Clément François, « Présentation des articles 1193 à 1195 de la nouvelle sous-section 1 "Force obligatoire" », *La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1*, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect1/sssect1-force-obligatoire/> [consulté le 20.03.2018].

41 *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, « titre premier », sous-titre premier », « chapitre 4 », « section 1 », « sous-section 1 ».

42 En ce sens, Gaël Chantepie et Mathias Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 528.

43 Mustapha Mekki, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC* 2016, 400.

44 *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*

Cette approche comminatoire du rôle du juge explique peut-être les lacunes qui entourent les modalités de son intervention. Alors que la vraie innovation de l'art. 1195 se situe à la fin du texte, elle génère actuellement autant d'incertitude que de scepticisme.

Ce sont d'abord les conditions d'accès au juge qui interrogent. Qu'est-ce qu'un « *délai raisonnable* » ? Le juge n'interviendra-t-il pas trop tard, avec le risque que l'imprévision ait dégénéré en inexécution ? Faudra-t-il nécessairement, même en présence d'un cocontractant ouvertement récalcitrant, en être passé par les deux premières étapes consensuelles, pour être admis à s'adresser au magistrat ? Et le cas échéant, quelle sera, sur le plan procédural, la sanction encourue pour ne l'avoir pas fait ?

C'est ensuite la marge de manœuvre du juge qui pose question. D'abord, que signifie « mettre fin au contrat » ? Est-ce seulement le faire disparaître pour l'avenir, ou également l'anéantir de façon rétroactive ? Cette même question se pose à propos de la révision, même si on comprend que le juge pourra, puisqu'il lui revient d'en fixer la date, décider de la faire remonter dans le passé. Mais jusqu'où ? L'adaptation du contrat à compter de l'imprévision, si elle constitue peut-être la solution la plus équitable, pourrait toutefois inciter le juge à appréhender des déséquilibres certes graves, mais à durée limitée, ayant éventuellement cessé au jour de la décision de justice. Le risque serait alors de voir affluer les plaideurs en demande de rééquilibrages ponctuels. L'adaptation du contrat à compter d'une date postérieure à l'imprévision pourrait alors sembler plus judicieuse ; elle pourrait reposer sur l'idée que l'onérosité ne peut basculer dans l'excès qu'à l'expiration d'un certain délai. Une analogie avec l'art. 1211 C. civ.,⁴⁵ qui restera sans doute l'issue privilégiée à l'imprévision dans tous les contrats à durée indéterminée, pourrait d'ailleurs légitimer cette analyse : dans la mesure où le contrat à durée indéterminée ne peut être rompu qu'après écoulement d'un délai raisonnable, on pourrait considérer comme normal que le débiteur s'en remettant au jeu de l'article 1195 ait à supporter le déséquilibre pendant cette même durée. Mais les interrogations ne sont pas pour autant taries...

Une fois la révision admise, en quoi consistera-t-elle ? S'il semble évident que le juge ne pourra tirer prétexte des pouvoirs que lui offre l'article 1195 pour restaurer abstraitement l'équilibre contractuel, il reste encore à déterminer s'il devra reconstituer celui auquel les parties avaient initialement adhéré, ou se contenter de corriger l'excès, ce qui impliquerait qu'un déséquilibre raisonnable puisse subsister au détriment du débiteur en difficulté. La logique impliquerait sans doute de faire prévaloir cette dernière option : si la révision pour imprévision devait se muer en instrument de garantie de l'équilibre originel des contrats, il n'y aurait

45 « Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable ».

pas de raison de la cantonner aux déséquilibres les plus graves.⁴⁶ Mais le pragmatisme pourrait plaider en faveur de l'autre branche de l'alternative : l'équilibre premier du contrat a l'avantage de constituer un point de repère pour le juge, et de limiter le nombre des évaluations qu'il pourrait avoir à réaliser,⁴⁷ alors même qu'il semble réticent à se livrer à de telles opérations. Une fois constatée l'excessive onérosité, il n'y aurait qu'à identifier l'équilibre initial pour le rétablir, là où l'autre option impliquerait encore de chiffrer avec précision la mesure de l'excès.⁴⁸

Enfin, on ne peut s'empêcher de se demander si le choix entre la révision ou la rupture du contrat sera celui du juge ou celui des parties. Saisi d'une demande en révision, le juge pourra-t-il prononcer la rupture si elle lui semble plus adaptée, et notamment moins préjudiciable au défendeur, et vice-versa ? Saisi des deux branches de l'option, devra-t-il donner priorité à l'une d'elles ? Et pourra-t-il, dans cette dernière hypothèse, refuser d'intervenir et laisser le contrat se poursuivre aux termes initiaux ? La doctrine est partagée,⁴⁹ et seul l'avenir pourrait apporter des réponses franches à ces questions.

III. L'avenir

L'avenir, s'il offre à court terme des perspectives moyennement reluisantes (1), pourrait s'avérer à plus long terme particulièrement stimulant (2).

1. A court terme

A court terme, c'est d'abord le sauvetage de l'art. 1195 qui devait être assuré. Puisqu'« avec le temps, va, tout s'en va », la survie de la réforme tout juste adoptée a récemment fait l'objet de préoccupations. Appelé à ratifier l'ordonnance

46 Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 470. V. déjà René Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 6, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931, n° 640 : « s'il y a simple augmentation des prestations, on ne doit tenir compte pour la révision que du risque qui dépasse le risque normal ».

47 Il resterait en effet à déterminer quelle part du déséquilibre apparaît comme raisonnable de sorte qu'elle peut être laissée à la charge du débiteur.

48 Sur cette réticence, Philippe Stoffel-Munck, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », art. cit.

49 En faveur d'une réponse positive : Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 466-467. *Contra* : Philippe Stoffel-Munck, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », art. cit. ; Thierry Revet, « Le juge et la révision du contrat », art. cit., n° 16.

du 10 février 2016, le Sénat français a proposé le 17 octobre puis le 1^{er} février dernier d'amputer l'article de son innovation la plus importante en retirant au juge le pouvoir de réviser le contrat.⁵⁰ Il ne pouvait plus, en cas d'imprévision, qu'y mettre fin.⁵¹ Les arguments avancés au soutien de cet amendement, auquel l'Assemblée nationale s'est opposée,⁵² sont assez révélateurs de la crainte irraisonnée qu'inspire le nouvel art. 1195, tant ils apparaissent sur certains points contradictoires. On apprend ainsi, en consultant les débats parlementaires, que « ces dispositions nuiront gravement à l'attractivité du droit français », alors même que l'on reconnaît, dans le même temps, que « de toute façon, les parties écarteront le recours à l'art. 1195 », qui se verra « vidé de toute portée ».⁵³ Avec l'adoption de la loi du 20 avril 2018, l'actuelle version de l'art. 1195 a cependant été validée, le législateur s'étant contenté d'en écarter toute application « aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers », dont on peut penser qu'elles échappaient déjà, du fait de l'aléa qui les caractérise, à l'empire de la révision pour imprévision.⁵⁴ Les velléités sénatoriales ont donc été enterrées.

Maintenu, l'art. 1195 devra encore être interprété par les juridictions. A ce sujet, on ne peut manquer de pronostiquer que le contentieux sera abondant dans les prochaines années. En effet, l'art. 1195 commence déjà à être invoqué devant les juridictions du fond. Si celles-ci se contentent généralement d'en écarter la mise en œuvre, motif pris de ce que cette disposition ne s'applique qu'aux contrats conclus à compter du 1^{er} octobre 2016,⁵⁵ leurs décisions ne sont pas dépourvues de tout enseignement. Certaines affaires fournissent ainsi des clés d'interprétation de l'article : en confirmant qu'il est « inapplicable aux contrats aléatoires et donc au contrat de

50 Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, émis par le Sénat le 17 octobre 2017 et le 1^{er} février 2018.

51 François Chénéde, « Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats », *D.* 2017, p. 2214 ; Gaël Chantepie et Mathias Latina, « Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture par le Sénat », *D.* 2018, p. 309. Comme le relèvent ces derniers auteurs, cette solution n'est guère satisfaisante lorsque le contractant bénéficiaire de l'imprévision est en situation de monopole, de sorte que la victime de l'imprévision peut ne pas avoir d'autre choix que de maintenir le contrat conclu.

52 Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, émis par l'Assemblée Nationale le 11 décembre 2017 et le 15 février 2018.

53 *Intervention au Sénat de François Pillet, séance du 17 octobre 2017, disponible à l'adresse suivante* , <https://www.senat.fr/seances/s201710/s20171017/s20171017008.html#section961> [consulté le 20.03.2018].

54 Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, et modifiant l'article L. 211-40-1 du Code monétaire et financier. Sur cette loi de ratification, v. p. ex. Mustapha Mekki, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », *D.* 2018, p. 900.

55 CA Montpellier, 23 janvier 2018, n° 15/08647.

swap »⁵⁶ ou en soulignant que « la demande subsidiaire de réduction de la dette sur le fondement de l'imprévision en raison de circonstances imprévisibles ne saurait relever des pouvoirs limités du juge des référés, juge de l'évidence ».⁵⁷ D'autres livrent des faits qui tendent à questionner le domaine du nouveau texte.⁵⁸ Voici par exemple qu'en 2008, un employeur confronté à des difficultés économiques propose à ses salariés âgés d'au moins 55 ans la conclusion d'une convention aux termes de laquelle ils cesseront leur activité contre versement d'une indemnité, jusqu'à ce qu'ils touchent une pension de retraite dans la limite du 31 décembre 2013. Une loi du 9 décembre 2010 fait reculer l'âge légal de départ à la retraite de 60 à 62 ans, avec cette conséquence que l'indemnité conventionnelle cesse d'être versée alors même qu'aucune pension de retraite ne prend plus le relais. L'imprévision serait-elle ici caractérisée ? Pour faire suite aux développements qui ont précédé, la réserve naît ici du fait que la valeur objective de la contrepartie promise aux salariés n'a absolument pas diminué : les sommes promises ont bien été versées. Simplement, la convention, sans perdre toute utilité pour les employés, s'est vue privée d'une grande partie de son intérêt en raison du changement législatif intervenu, lequel n'était probablement d'ailleurs pas imprévisible... On le pressent, ce n'est toutefois qu'à long terme que le temps des malentendus pourra être levé, et laisser place à des réflexions plus larges.

2. A long terme

A long terme, c'est la question du rayonnement de la révision pour imprévision et de la philosophie collaborative qui l'innerve qui pourrait se poser. Un déploiement de l'art. 1195 serait-il envisageable ?

Ce déploiement pourrait d'abord consister à envisager l'imprévision sous un angle plus positif, pour encourager une adaptation du contrat en présence d'un changement imprévisible de circonstances procurant à l'une des parties un profit considérable, sans toutefois nuire à l'autre. Un arrêt de cour d'appel, souvent cité, avait adhéré à l'idée d'un partage des bénéfices retirés, sur le fondement de la bonne foi,⁵⁹ sans que la Cour de cassation n'ait jamais l'occasion de confirmer cette analyse. La Cour suprême canadienne, qui a récemment tranché dans un sens contraire, n'a pas manqué de susciter un renouvellement de la réflexion sur ce sujet.⁶⁰

56 CA Paris, 16 décembre 2018, n° 16/08968.

57 CA Paris, 13 décembre 2017, n° 17/11076.

58 V. CA Dijon, 6 juillet 2017, n° 16/00008 et 16/00009.

59 CA Nancy, 26 septembre 2007, « SAS Novacarb c/SNC Socoma », *RLDC* 2008/49, n° 2969, obs. Olivier Cachard ; *RTD civ.* 2008, p. 295, note Bertrand Fages ; *JCP G* 2008, II, 10091, obs. Marie Lamoureux.

60 La Haute juridiction canadienne a estimé qu'aucune renégociation n'était due : *Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited c/ Hydro-Québec*, 2 nov. 2018 ; sur cette affaire, *RDC* 2017, p. 546, note Pascal Ancel ; *RTD civ.* 2017, p. 138, obs. D. Jutras.

Dans la même veine, ce sont des mécanismes voisins que l'esprit de l'art. 1195 pourrait éventuellement venir contaminer. Si l'interrogation que soulève cette disposition est bien « celle de la charge des risques du contrat »,⁶¹ alors résolue dans le sens d'un partage, pourquoi ne pourrait-elle pas inviter à adapter la théorie des risques, laquelle obéit aujourd'hui à une logique plus libérale que solidariste ? Plus précisément, pourquoi ne pourrait-elle pas encourager à tempérer la règle *res perit debitori*, lorsqu'elle aboutit « à faire peser sur le débiteur une charge excessive »⁶² ? Une telle adaptation pourrait sembler d'autant plus opportune que la frontière entre difficulté et impossibilité d'exécuter est ténue. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que dans certains des domaines soumis depuis longtemps à un semblant de révision pour imprévision, la théorie des risques a été repensée : il en va ainsi en droit du travail, où l'employeur doit, en cas d'incapacité de son salarié à occuper son poste, tenter de le reclasser, avant de pouvoir envisager la rupture du contrat qui prend alors les traits d'un licenciement faisant place à la prise en considération des intérêts du débiteur défaillant.⁶³ De même, on ne peut s'empêcher de relever qu'à l'étranger, imprévision et force majeure sont parfois regroupées sous un concept unique, tel que celui de *frustration* en droit anglais.⁶⁴ Il n'est donc pas exclu de penser que la philosophie de l'art. 1195 pourrait essaimer. En toute hypothèse, il ne fait nul doute que cette disposition est promise à un bel avenir, qu'il ne faudra pas manquer de surveiller.

Bibliographie

Ouvrages généraux

BÉNABENT, Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 12^e éd., Issy-Les-Moulineaux, LGDJ, coll. Précis Domat droit privé, 2017.

CABRILLAC, Rémy, *Droit européen comparé des contrats*, 2^e éd., Issy-Les-Moulineaux, LGDJ, 2016.

FABRE-MAGNAN Muriel, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., Paris, PUF, coll. Thémis Droit, 2016.

GHESTIN, Jacques, JAMIN, Christophe et BILLIAU, Marc, *Les effets du contrat*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2001.

61 Jacques Ghestin, Christophe Jamin et Marc Billiau, *Les effets du contrat*, *op. cit.*, n° 311.

62 Sur ce point, Christophe Radé, « Pour une approche renouvelée de la théorie des risques », *LPA*, 7 avril 1995, n° 81, p. 26, § 44.

63 Christophe Radé, « Pour une approche renouvelée de la théorie des risques », *art. cit.*, § 37 et 38.

64 Pascal Ancel, « Imprévision », *op. cit.*, n° 3, même si l'auteur relève que le concept d'imprévision n'a alors pas tout à fait la signification que nous lui prêtons en France.

- TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2013.
- TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves et Chénéde, François, *Droit civil, Les obligations*, 12^e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2018.

Ouvrages spéciaux

- ANCEL, Pascal, « Imprévision », *Rép. Civ. Dalloz*, mai 2017.
- CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, 2016.
- DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général*, t. 6, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931.
- DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2018.
- OST, François, *Le temps du droit*, Paris, éd. Odile Jacob, 1999.
- RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 1949, n° 84.

Articles

- CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, « Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture par le Sénat », *D.* 2018, p. 309.
- CHÉNÉDÉ, François, « Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats », *D.* 2017, p. 2214.
- DUPICHOT, Philippe, « La nouvelle révision judiciaire pour imprévision », dans Philippe STOFFEL-MUNCK, *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Paris, Dalloz, 2015, p. 73.
- FRANÇOIS, Clément, « Présentation des articles 1193 à 1195 de la nouvelle sous-section 1 "Force obligatoire" », *La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1*, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect1/sssect1-force-obligatoire/> [consulté le 20.03.2018].
- GENICON, Thomas, « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », dans Willam DROSS, Thierry FAVARIO, « Un ordre juridique nouveau ? », Paris, Mare et Martin, 2014, p. 181.
- GIJSBERS, Charles « La révision du prix », *RDC* 2017, p. 564.
- HEINICH, Julia, « Le défi : les relations d'affaires », *Gaz. pal.*, 12 juin 2017, p. 66.
- MEKKI, Mustapha, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC* 2016, p. 400.
- OPPÉTIT, Bruno, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship », *JDI* 1974, p. 794.
- RADÉ, Christophe, « Pour une approche renouvelée de la théorie des risques », *LPA*, n° 81, 7 avril 1995, p. 26.
- RENET, Thierry, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, p. 373.
- STOFFEL-MUNCK, Philippe, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* 2016, p. 30.

L'interprétation supplétive et la théorie de l'imprévision – le nouveau droit français à la lumière des droits allemand et suisse

Peter Jung*

I. Introduction

Le contrat s'inscrit toujours dans un environnement précis. Ainsi, une mauvaise analyse des circonstances lors de la conclusion du contrat et surtout des changements ultérieurs de circonstances posent problème au « cocon » contractuel. Les cas de figure sont aussi nombreux que les différentes approches aux problèmes par le législateur, la jurisprudence et la doctrine dans les différents ordres juridiques. En faisant référence notamment à la doctrine allemande, on peut procéder à plusieurs classifications. Selon la perception des circonstances par les parties et le moment de leur intervention, on peut distinguer entre une erreur bilatérale quant aux circonstances présentes lors de la conclusion du contrat (*Fehlen der Geschäftsgrundlage*) et un changement de circonstances ultérieur à la conclusion du contrat (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*).¹ Si les contractants ont eu des idées précises quant à un fait présent ou futur représentant un motif essentiel pour la conclusion du contrat, on peut parler d'un fondement subjectif (*subjektive Geschäftsgrundlage*) d'une part, et s'ils ne se sont pas inquiétés d'un fait et de sa persistance, d'un fondement objectif (*objektive Geschäftsgrundlage*) d'autre part.² Quant à l'origine de la perturbation du contrat, se distingue le trouble général affectant beaucoup de contrats (*große Geschäftsgrundlage*) du trouble indi-

* Maître en droit Ordinarius für Privatrecht, Juristische Fakultät der Universität Basel. L'auteur tient à remercier M^{me} Nalini Roy-Stämpfli pour la révision linguistique du manuscrit.

1 V. les motifs du § 313 BGB, *BT-Drucks.* 14/6040, p. 176 ; Christian Grüneberg, dans Otto Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 77^e éd., München, 2018, § 313 n° 6 ; v. aussi la critique Thomas Finkenauer, dans *Münchener Kommentar zum BGB*, t. II (§§ 241-432), 7^e éd., München, 2016, § 313 n° 54 s.

2 V. notamment Karl Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung – Die Bedeutung veränderter Umstände im Zivilrecht*, 3^e éd., München, 1963, p. 184 s. et *passim*.

viduel affectant un seul contrat (*kleine Geschäftsgrundlage*).³ En prenant en considération les effets sur le contrat, on peut finalement distinguer entre d'une part une perturbation de l'équilibre contractuel par une onérosité excessive de la prestation ou une dépréciation de la contre-prestation notamment en raison d'une inflation galopante (*Äquivalenzstörung*), et d'autre part les cas de figure où le but du contrat n'est pas (totalement) atteint (*Zweckstörung*).⁴

Jusqu'à l'introduction de l'art. 1195 C. civ. par l'ordonnance du 10 février 2016,⁵ le droit français des contrats a pendant longtemps donné une réponse stricte en matière d'imprévision. La jurisprudence, restée en principe⁶ constante depuis l'arrêt phare de 1876 concernant le Canal de Craponne,⁷ et la

3 V. notamment Gerhard Kegel, « Empfiehlt es sich, den Einfluß grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn ? (Geschäftsgrundlage, Vertragshilfe, Leistungsverweigerungsrecht), Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag », dans *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentags in Hamburg*, t. 1, Hamburg, 1954, p. 200 s. ; v. aussi la critique de Daniele Berglar, *Der subjektive Lösungsansatz in der Geschäftsgrundlagenlehre*, Köln, 1982, p. 159 et 161 ; en droit suisse TF 18 juin 1970, ATF 96 II 310 ; Jacques Bischoff, *Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus – Risikoordnung in Verträgen bei veränderten Verhältnissen*, Zürich, 1983, p. 184 s. ; les droits de plusieurs pays arabo-musulmans (cf. Sélim Jahel, « Chari'a et contrats internationaux », dans *Clés pour le siècle*, Paris, 2000, p. 308 s.) et le droit polonais (art. 269 Kodeksu zobowiązań) exigent p. ex. que les événements présentent un caractère de généralité afin que les règles particulières quant à l'imprévision puissent s'appliquer.

4 V. les motifs du § 313 BGB, *BT-Drucks.* 14/6040, p. 174 ; Helmut Köhler, *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, München, 1971, p. 153 ss ; Peter Jung, *Die Bindungswirkung des Vertrages unter veränderten geschäftswesentlichen Umständen*, Baden-Baden, 1995, p. 20 ss, 154 ss et 234 ss.

5 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (version consolidée au 12 février 2016) ; voir pour l'introduction de l'art. 1195 C. civ. Thierry Revet, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, p. 373 ss ; voir aussi pour l'introduction de l'art. L. 441-8 C. com. par l'art. 125 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014. Martine Behar-Touchais, « Quand la théorie de l'imprévision entre par la petite porte : la clause de "hardship" imposée sous peine d'amende administrative », *RDC* 2013, p. 1431 ss.

6 Notamment les arrêts Cass. com. 3 nov. 1992, *Bull. civ.* IV.n° 338 (Huard ; obligation de renegotiation fondée sur le principe de bonne foi), Cass. com. 24 nov. 1998, *Bull. civ.* IV.n° 277 (Chevassus-Marche ; dito) et Cass. com. 29 juin 2010, *D.*2010.2481 (Soffimat ; nécessité de prendre en considération un déséquilibre ultérieur de l'économie générale du contrat) avaient pu être interprétés comme un assouplissement du concept strict de la force obligatoire du contrat ; mais v. aussi Jean-François Fédou, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, p. 382 selon lequel le contexte des arrêts Huard et Chevassus-Marche procédait d'un fait imputable à l'un des cocontractants et n'était donc pas celui de l'imprévision.

7 Cass. civ. 6 mars 1876, *D.*1876.1. 193 = *S.*1876.1.161 ; dans le même sens, en présence d'une dépréciation de la contre-prestation, Cass. civ. 23 janv. 1924, *D.*1924.1.41 (3^e esp.) ; Cass. civ. 25 févr. 1929, *DH.*1929.161 ; Cass. civ. 15 nov. 1933, *Gaz. pal.* 1934.1.68 ; Cass. req. 17 févr. 1937, *DH.* 1937.234 ; Paris 31 oct. 1922, *D.*1922.2.180 ; T. civ. Seine-et-Marne 25 nov. 1926, *DH.*1927.62 ; pour la non-application de la force majeure en cas d'une simple onérosité

doctrine⁸ dominante française ont prôné toutes deux la force obligatoire du contrat même en présence d'un changement considérable des circonstances. Cette position qui respecte formellement le principe de l'intangibilité du contrat⁹ divergeait non seulement du droit français des contrats administratifs¹⁰ mais également du standard européen¹¹ en la matière – un standard qui rejoint les tendances à une matérialisation du droit des obligations.¹² Certes, le droit contractuel français connaissait bien avant

-
- Cass. civ. 4 août 1915, *D.1916.1.22* (rejet du concept de l'impossibilité économique) ; Cass. req. 27 janv. 1875, *D.1875.1.264* ; CA Bordeaux 26 août 1852, *D.1853.2.105* ; Paris 21 déc. 1916, *D.1917.2.33* ; CA Riom 23 oct. 1917, *Rec. Gaz. trib.* 1918.2.29 ; Cass. civ. 18 mars 2009, *D.2010.235*.
- 8 V. notamment Thomas Genicon, « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? », *D.2010.2485 s.* ; N. Penesco, *Limites à l'exercice du droit contractuel*, Paris, 1923 ; Jean Radouant, *Du cas fortuit et de la force majeure*, Paris, 1920 ; Louis-Marcel Jacquemard, *La théorie de l'imprévision et la gestion des services publics concédés*, Alger, 1920 ; Marcel Planiol, Georges Ripert, Paul Esmein, *Traité pratique de droit civil*, t. 6, 2^e éd., Paris, 1952, n° 382 ; Henri Mazeaud, Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2/1, Obligations – théorie générale, 9^e éd., Paris, 1998, n° 734 s. ; v. par contre Louis Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, Paris, 2011 ; Philippe Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, Aix-en-Provence, 1994 ; René David, « L'imprévision dans les droits européens », dans *Études offertes à A. Jauffret*, Aix-en-Provence, 1974, p. 211 s. ; Albert Wahl, *Le droit civil et commercial de la guerre*, t. 2–3, Paris, 1918 ; Constantin Stoyanovitch, *De l'intervention du juge dans le contrat en cas de survenance de circonstances imprévues*, Marseille, 1941.
- 9 V. pour la distinction nécessaire entre une exception à la force obligatoire du contrat et une exception à l'intangibilité du contrat Jean-Pierre Chazal, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil », *RTD civ.* 2001, p. 265, n° 2.
- 10 CE 30 mars 1916, *Gaz. de Bordeaux*, *D.1916.3.25*, concl. Chardenet = *S.1916.3.17*, note Hauriou ; CE 8 févr. 1918, *Gaz. de Poissy*, *RD publ.* 1918.219 et 237, concl. Corneille ; CE 20 juill. 1917, *Comp. gén. des automobiles postales*, *S.1923.3.56* ; CE 9 déc. 1932, *Tramways de Cherbourg*, *D.1933.3.17*, concl. Josse et note Pelloux = *S.1933.3.9*, note Laroque ; CE 10 mars 1948, *Hospices de Vienne*, *Lebon* 124 ; CE 5 nov. 1982, *Sté Propérol*, *D.1983. Jur.*245 ; en sens contraire encore CE 31 mars 1874, *Foucard et Lefebvre*, *Lebon* 315.
- 11 Ce standard est reflété par l'art. 89 de la Proposition de règlement (COM[2011] 635 final) du 11 oct. 2011 relatif à un droit commun européen de la vente, par l'art. 6:111 PDEC/PECL 1999 – v. aussi le commentaire dans Ole Lando et Heale Beale (dir.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II combined and revised*, La Haye, 2000, p. 323 et 328 – et la règle III.-1:110 du Draft Common Frame of Reference. Outline Edition 2009 – DCFR ; v. en outre les droits allemand (§ 313 BGB), autrichien (§ 6 al. 1 n° 14 C. consom.), estonien (§ 97 CO), grec (art. 388 C. civ.), italien (art. 1467 s. C. civ.), néerlandais (art. 6:258 NBW), polonais (art. 269 CO, art. 357 C. civ.) et portugais (art. 437 C. civ.) ; au moins les droits belge et luxembourgeois partagent en Europe la position restrictive du droit privé français (v., Pierre van Ommeslaghe, « La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *Le contrat à l'aube du XXI^e siècle*. Études offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 881 s.).
- 12 Claus-Wilhelm Canaris, « Wandlungen des Schuldvertragsrechts. Tendenzen zu seiner Materialisierung », *AcP* 200 (2000), p. 273 s. ; Uwe Blaurock et Günther Hager (dir.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert. Materialisierung, Konstitutionalisierung und Europäisierung*,

2016 une évolution en cette direction et on a de plus en plus invoqué par exemple les principes de la bonne foi,¹³ de l'abus de droit¹⁴ et de l'économie du contrat.¹⁵ En matière d'imprévision, il faut en outre prendre en considération les lois de circonstances,¹⁶ les droits spéciaux,¹⁷ les cas relativement rares d'une interprétation large du contrat et des clauses d'adaptation,¹⁸ une extension de la force majeure,¹⁹ la diminu-

-
- Baden-Baden, 2010 ; Marietta Auer, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*, Tübingen, 2005 ; Ewoud Hondius, *Towards a European Civil Code*, 3^e éd., Alphen aan den Rijn, 2004, p. 284 ; E. Schmidt, « The Materialisation of Private Law and the co-operation Maxim of Civil Proceedings », dans Frank Benseler, Peter M. Hejl et Wolfram K. Köck (dir.), *Autopoiesis, Communication and Society*, Frankfurt a. M., 1980, p. 185 s.
- 13 Yves Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, 1989 ; Alain Bénabent, « La bonne foi », dans *Travaux H. Capitant*, 1992, p. 291 s. ; v. par contre encore G. Lyon-Caen, « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.* 1946, p. 83 (« concept mort ») et Robert Vouin, *La bonne foi. Notion et rôle actuels en droit privé français*, Bordeaux, 1939, p. 102 s. et 456 (« une notion vide de tout contenu réel dans notre droit positif contemporain »).
- 14 Si l'imprévision provoque la faillite du débiteur sans faute de sa part, la demande d'exécution constitue un abus de droit selon les auteurs suivants : Jean Magnan de Bornier, *Essai sur la théorie de l'imprévision*, Paris, 1924, p. 136 ; Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1939, p. 162 s. ; E. Gaudin de Lagrange, *L'intervention du juge dans le contrat*, Paris, 1935, p. 233 ; Jacqueline Marson, *L'abus du droit en matière de contrat*, Paris, 1935, p. 42 s.
- 15 V. notamment Cass. com. 29 juin, *D.* 2010. 2481 notes Mazeaud et Genicon : « Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature en déc. 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution, la cour d'appel a privé sa décision de base légale. » ; Catherine Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 377 s. (principes d'égalité contractuelle, d'équilibre contractuel et de fraternité contractuelle) ; Jacques Moury, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D.* 2000. Chron. 382 s.
- 16 V. p. ex. la « loi relative aux marchés à livrer et autres contrats commerciaux conclus avant la guerre » du 21 janv. 1918 (« loi Failliot ») ; v. pour la motivation de cette loi le rapport de M. Failliot au nom de la commission du commerce et de l'industrie du 28 mars 1916 (annexe n° 1971, *JO* 30 mai 1916, p. 561).
- 17 Pour une vue d'ensemble Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Paris, 2016, p. 389 s.
- 18 V. p. ex. Cass. civ. 30 mai 1922, *D.* 1922.1.69 ; Cass. req. 21 nov. 1923, *DH.* 1924.47 ; Cass. req. 17 mars 1926, *S.* 1926.1.177 ; Cour de Paris 28 nov. 1927, *D.* 1928.2.49 (4^e esp.) ; Cass. civ. 2 mai 1972, *Bull. civ.* III. n° 268 ; Cass. com. 7 janv. 1975, *JCP* 1975.II.18167 ; Cass. civ. 18 juill. 1985, *Bull. civ.* III. n° 11.
- 19 Cour de Rouen 9 févr. 1844, *D.* 1845.2.4 ; Cour de Douai 3 mai 1854, *D.* 1854.2.130 ; Cour de Paris 16 août 1871, *D.* 1873.1.78 ; Cour de Rennes 28 févr. 1948, *Gaz. pal.* 1950.1.320.

tion des dommages-intérêts,²⁰ la révision prétorienne des clauses pénales²¹ et les délais de grâce.²²

Néanmoins, ces invocations et règles n'ont fait qu'atténuer la règle restrictive posée notamment par la jurisprudence de la Cour de cassation, qui a bloqué toutes les pistes principales vers une reconnaissance générale de la théorie de l'imprévision, comme notamment les concepts d'une force majeure ou impossibilité élargie,²³ de la disparition de la cause (partielle),²⁴ d'un traitement particulier des relations contractuelles durables,²⁵ d'une interprétation supplétive du contrat²⁶ et d'une correction équitable du contrat.²⁷ Toutes choses considérées, il ne s'agissait pas seulement d'un « particularisme de façade » du droit des contrats français.²⁸

20 Cass. civ. 16 juin 1900, *D.1905.1.336* ; Cour de Paris 16 mai 1923 et Cass. req. 29 juin 1926, *D.H. 1926.420* ; Trib. com. de Rouen 27 mars 1871, *D.1871.3.54* ; Trib. civ. de la Seine 30 nov. 1915, *D.1917.2.6* ; Trib. com. de Marseille 1^{er} févr. 1916, *Gaz. pal. 1916/17.627*.

21 Ce contrôle a été introduit par la loi n° 75-597 du 9 juillet 1975 et modifié par la loi n° 85-1097 du 11 novembre 1985.

22 Pour une interprétation large de l'ancien art. 1244 al. 2 C. civ. (ensuite art. 1244-1 C. civ. et aujourd'hui art. 1343-5 C. civ.) en cas d'imprévision et une application au-delà des paiements en argent Trib. com. de la Seine 27 avr. 1915 et Cour de Paris 8 janv. 1916, *S.1916.2.39*, Cour de Paris 3 déc. 1955, *Gaz. pal. 1956.2.30*, Cour de Paris 28 nov. 1990, *D.1991.IR.30* ainsi que Jean Auverny-Bennetot, *La théorie de l'imprévision - Droit privé, droit administratif et droit ouvrier*, Paris, 1938, p. 134 s.

23 Cass. civ. 4 août 1915, *D.1916.1.22*.

24 Cass. com. 8 nov. 1972, *D.1973.753* ; Cass. com. 21 oct. 1974, *Bull.civ. IV.n° 255* ; Cass. civ. 25 oct. 1977, *Bull.civ. III.n° 355* ; Cass. civ. 9 juill. 1980, *D. 1981.IR.312* ; Cass. civ. 14 févr. 1967, *Bull.civ. I.n° 64* ; Cass. civ. 16 nov. 1977, *D.1978.IR.198* ; Cass. civ. 9 juill. 1980, *D.1981.IR.312* ; Cass. civ. 10 sept. 2015 n° 14-20498 (rapp. le commentaire de Thomas Genicon, « Caducité pour disparition de la cause : *requiem* pour une immortelle ? », *RDC 2016*, p. 11 ss).

25 Cass. civ. 6 mars 1876, *D.1876.1.193* (Canal de Craponne).

26 Cass. civ. 15 nov. 1933, *Gaz. pal. 1934.1.68* (Verreries de Carmaux c. Mines de Graissessac ; contre Cour de Montpellier 10 mars 1930).

27 V. seulement Cass. civ. 6 mars 1876, *D.1876.1.193* ; Cass. civ. 6 juin 1921, *S.1921.1.193* ; Cass. civ. 30 mai 1922, *D.1922.1.69*.

28 V. pour une étude comparatiste des droits français et allemand Peter Jung (supra note 4) ; le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016 texte n° 25 quant au Titre 1^{er}, Sous-titre 1^{er}, Chapitre IV, Section 1, Sous-Section 1 parle également d'un alignement important du droit français ; Jean-François Fédou (supra note 6), p. 382 ; d'autre avis Cécile Chabas, *L'inexécution licite du contrat*, Paris, 2002, p. 399 s. (« refus de façade » ; « discrète consécration » de la théorie de l'imprévision) ; Bénédicte Fauvarque-Cosson, « Le changement de circonstances », *RDC 2004*, p. 67, n° 1 (« particularisme de façade ») et Eleanor Cashin-Ritaine, « Imprévision, Hardship und Störung der Geschäftsgrundlage », dans Tobias Helms (dir.), *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, Stuttgart, 2001, p. 87 s. (l'apparence trompeuse) ; Walter Doralt, « Der Wegfall der Geschäftsgrundlage, Altes und Neues zur théorie de l'imprévision in Frankreich », *RabelsZ 76* (2012), p. 783 et 765 ss (« oberflächliches Festhalten »).

Pour les parties à un contrat soumis au droit français, contracter signifiait ainsi plutôt prévoir²⁹ et gérer l'imprévisible.³⁰

D'un point de vue dogmatique, il existe plusieurs approches afin de résoudre juridiquement les problèmes posés par les différentes perturbations possibles du contrat, si les parties n'ont pas prévu de solution expresse³¹ dans leur contrat : condition tacite,³² erreur,³³ absence ou disparition de la cause,³⁴ caducité pour disparition d'un élément essentiel du contrat,³⁵ *condictio ob rem*,³⁶ impossibilité économique ou morale,³⁷

29 Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, 1949, p. 151 ; dans le même sens en caractérisant le contrat comme un instrument de gestion des risques Hervé Lecuyer, « Le contrat, acte de prévision », dans *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré*, Paris, 1999, p. 643 s.

30 Rappr. Valéry Giscard d'Estaing Réunion de presse du 24 oct. 1974 se rapportant à la crise économique mondiale de l'époque.

31 V. pour les clauses de force majeure (Jean-Jacques Barbiéri, *Vers un nouvel équilibre contractuel ? Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et exécution du contrat*, Toulouse, 1981, p. 449 ss et 487 ss), les clauses de guerre (Albert Wahl, *Droit civil et commercial de la guerre*, t. 2, Paris, 1918, p. 39 ss et 44 ss), les clauses de hardship ou sauvegarde (Bruno Oppetit, « L'adaptation des contrats internationaux », *Clunet* 1974, p. 794 ss ; Bénédicte Fauvarque-Cosson, supra note 28, n° 26 s. et 33 s.), les clauses compromissaires (Philippe Fouchard, « L'adaptation des contrats », *Rev. de l'arbitrage* 1979, p. 71 ss) et les clauses d'indexation (Roger Belin, *Les index économiques dans les contrats publics et privés*, Paris, 1942, p. 103 ss) ainsi de manière générale Régis Fabre, « Les clauses d'adaptation », *RTD civ.* 1983, p. 1 ss.

32 Rappr. § 863 ABGB ; pour la doctrine classique de la clausula rebus sic stantibus v. seulement Ralf Köbler, *Die « clausula rebus sic stantibus » als allgemeiner Rechtsgrundsatz*, Tübingen, 1991.

33 Cour de Rouen 19 mars 1968, *D.* 1969. Jur. 211 ; Cass. civ. 25 mai 1972, *Bull. civ.* 1972. III. n° 330 ; Jean-Emile Gueullette, *Des effets juridiques de la guerre sur les contrats*, Paris, 1918, p. 329 ; Sebastian Martens, « Methodenfragen und die Behandlung von Grndlagenstörungen im Europäischen Privatrecht », *ZEuP* 2017, p. 622 s.

34 V. R. Tison, *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français*, Paris, 1931, p. 77 ; Raymond Célice, *L'erreur dans les contrats – Etude de la jurisprudence française*, Paris, 1922, p. 219 ss ; Jean Auverny-Bennetot (supra note 22), p. 20 ss ; N. Penesco (supra note 8), p. 81 ss (uniquement pour les relations contractuelles durables) ; Gaston Roussel, *Le contrat. De l'intervention du juge et du législateur dans son exécution*, Paris, 1937, p. 283 (sous conditions d'une réforme législative) ; favorable également René Cassin, « La cause des obligations », *Annales de droit commercial* 1923, p. 346 s.

35 Art. 1186 al. 1 C. civ.

36 Rappr. § 1534 Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen de 1863 ; dans la doctrine allemande Detlev Liebs, « Bereicherungsanspruch wegen Mißerfolgs und Wegfall der Geschäftsgrundlage », *JZ* 1978, 697 ss ; D. Mehlich, *Der Wegfall des mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolgs nach § 812 I 2. Alt. – Anwendungsbereich und Abgrenzungen zu verwandten Regelungen*, Bielefeld, 1986, p. 75, 81 ss et 91 ss ; crit. Helmut Köhler (supra note 4), p. 188 ss.

37 Cass. civ. 18 mai 1978, *Bull. civ.* I. n° 194 ; Cass. civ. 8 janv. 1980, *Bull. civ.* I. no. 15 ; Jean-Emile Gueullette (supra note 33), p. 84, 304 s. et 331 ; René Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, Paris, 1914, p. 574 ; Jean Radouant (supra note 8), p. 20 ss ; Gabriel Marty, « Rôle du juge dans l'interprétation du contrat », dans *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. 5, Paris, 1949, p. 95.

abus de droit³⁸ et résiliation pour motif grave.³⁹ Puisque ce colloque est consacré à une appréciation comparatiste de la réforme du droit des contrats en France, cette contribution vise deux autres solutions possibles consacrées par l'ordonnance du 10 février 2016 et importantes dans d'autres ordres juridiques comme les droits allemand et suisse : l'interprétation supplétive et les règles particulières d'imprévision.

En effet, en cas de présence ou survenance d'une situation non considérée par les parties contractantes, les juges français, allemands et suisses doivent d'abord interpréter le contrat en respectant son équilibre et sa répartition des risques (I) avant de procéder éventuellement à une solution objective du problème en appliquant les règles particulières de l'imprévision (II).

II. L'interprétation supplétive du contrat en cas d'imprévision

Si les parties contractantes n'ont pas considéré un fait important pour l'équilibre économique ou le but du contrat lors de la conclusion de celui-ci, le contrat présente une lacune, que le juge doit d'abord essayer de combler par une interprétation subjective en recherchant la commune intention des parties et en prolongeant les lignes ébauchées dans le contrat (1). Lorsqu'une commune intention des parties ne peut être décelée, le juge peut être tenu de recourir à une interprétation objective du contrat en recherchant ce que les parties auraient raisonnablement voulu si elles avaient eu connaissance du fait non considéré (2).

1. L'interprétation subjective du contrat

1.1. Le nouveau droit français

La réforme du droit français des contrats de 2016 a modifié les anciennes règles quant à l'interprétation des conventions (anciens art. 1156 à 1164 C. civ.) dans le nouveau chapitre III du droit des contrats (art. 1188 à 1192

38 V. en droit français Georges Ripert (supra note 29), n° 86 s. et note sous Trib. com. de la Seine 16 déc. 1919 etc., *D.*1920.2.33 ; Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1939 ; Jacqueline Marson (supra note 14), p. 42 ss ; crit. Constantin Stoyanovitch (supra note 8), p. 446 ss ; en droit suisse p. ex. TF 18 sept. 1981 ATF 107 II 343, 348 et Pierre Tercier, « La 'clausula rebus sic stantibus' en droit suisse des obligations », *JdT* 1979, p. 206 s.

39 Rappr. § 314 BGB ; Wilhelm Haarmann, *Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerschuldverhältnissen*, Berlin, 1979, p. 130 ss ; pour le contrat de travail BAG 9 juill. 1986, *JZ* 1986, 1124.

C. civ.).⁴⁰ Cette réforme est plus qu'une simple refonte à droit constant⁴¹ : Les anciens art. 1158 à 1160, 1163 et 1164 C. civ. n'ont pas été conservés pour manque d'utilité ou d'importance.⁴² Le nouveau droit ne fait plus référence au « sens qui convient le plus à la matière du contrat » (ancien art. 1158 C. civ.) ou à « ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé » (ancien art. 1159 C. civ.). D'autres règles ont été modifiées ou ajoutées. Cela vaut aussi pour les deux règles guidant l'interprétation subjective du contrat en cas d'imprévision. Tandis que le législateur a seulement changé le libellé de l'ancien art. 1156 C. civ.⁴³ dans le premier alinéa du nouvel art. 1188 C. civ.⁴⁴, il a consacré dans le nouvel art. 1192 C. civ. la règle jurisprudentielle selon laquelle « [o]n ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation ». Les nouvelles règles d'interprétation sont caractérisées – comme leurs précurseurs⁴⁵ – par un manque de cohérence.

Si le juge cherche à combler la lacune contractuelle en cas de présence ou survenance d'un fait non considéré par les parties contractantes par une interprétation subjective, il doit s'interroger sur l'opposition présumée entre l'art. 1188 al. 1 et l'art. 1192 C. civ. et sur la nature impérative ou supplétive de ces règles d'interprétation. En ce qui concerne la première question, le juge pourrait considérer que la découverte ultérieure d'une circonstance déjà présente lors de la conclusion du contrat ou qu'un changement ultérieur rend lacunaire et ainsi non clair le contrat, d'une telle manière qu'il est désormais susceptible d'une interprétation supplétive par le juge en fonction de la commune intention des parties selon l'art. 1188 al. 1 C. civ. Si une commune intention des parties contraire au sens littéral des termes du contrat peut être décelée en cas d'imprévision, on peut aussi considérer que cette divergence rend à elle seule les clauses du contrat non claires.⁴⁶ Cette primauté de

40 V. dans une perspective comparatiste et internationale Bénédicte Fauvarque-Cosson, « Les nouvelles règles du Code civil relatives à l'interprétation des contrats : perspective comparatiste et internationale », *RDC* 2017, p. 363 ss.

41 Anne Etienney de Sainte Marie, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC* 2016, p. 384 ss.

42 Cf. Rapport au Président de la République (supra note 28) quant au Titre 1^{er}, Sous-titre 1^{er}, Chapitre III.

43 L'ancien art. 1156 C. civ. était libellé comme suit : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ».

44 Le nouvel art. 1188 al. 1 C. civ. est libellé comme suit : « Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes ».

45 Olivier Deshayes, « Les directives d'interprétation du Code civil : la cohérence des textes », *RDC* 2015, p. 159 ss, qui constate une « impression d'éclatement », une « absence de logique » et une « indifférence de l'ordre des articles » (p. 160) car les différentes règles – cela tout à fait dans la tradition de leur modèle justinien – ne sont que des clés permettant au juge de dénouer des cas différents (p. 162).

46 Chabas François, « Présentation des articles 1188 à 1192 du nouveau chapitre III "L'interprétation du contrat" », <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap3-interpretation-contrat> [consulté le 27/02/2019].

l'art. 1188 al. 1 C. civ. par rapport à l'art. 1192 C. civ. au moins en cas d'imprévision est soutenue aussi par la position de l'art. 1188 al. 1 C. civ. en tête du chapitre.⁴⁷

Néanmoins, on peut avoir pour deux raisons des doutes quant à la primauté de l'art. 1188 al. 1 C. civ. par rapport à l'art. 1192 C. civ. en cas d'imprévision : d'abord, la jurisprudence constante antérieure à la réforme du droit des contrats considérait que les règles d'interprétation n'étaient que de simples indications facultatives,⁴⁸ tandis que la dénaturation des clauses claires et précises du contrat était un cas d'ouverture à cassation.⁴⁹ Le pouvoir souverain d'interprétation des juges du fond n'a été ainsi reconnu par la Cour de cassation que sous la réserve de la dénaturation, qui occupait ainsi un rôle particulier dans l'ancien droit. En revanche, la nature impérative du précurseur de l'art. 1188 al. 1 C. civ. n'a été prônée qu'en doctrine.⁵⁰ En outre, le législateur a expressément codifié la règle de l'art. 1192 C. civ. afin de « rappelle[r] l'importance de la force obligatoire du contrat et du respect de la volonté des parties ». ⁵¹ Il a fait ainsi écho à une jurisprudence constante interdisant en matière d'imprévision la substitution de clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants⁵² ou une interprétation supplétive du contrat clair et précis.⁵³ Au lieu de considérer qu'il existait une lacune dans le contrat, les juges français ont largement souligné la force obligatoire du libellé du contrat selon l'ancien art. 1134 al. 1 C. civ.⁵⁴

47 Olivier Deshayes, Thomas Genicon, Yves-Marie Laithier (supra note 17), p. 368 et 369.

48 V. Cass. req. 18 mars 1807, S.1807.1.361 ; Cass. req. 13 févr. 1883, S.1883.1.466 ; Cass. req. 16 févr. 1892, S.1892.1.409 ; Cass. civ. 6 mars 1979, *Bull.civ.* I.n° 81 ; Cass. civ. 19 déc. 1995, *Bull.civ.* I.n° 466 ; Jean Carbonnier, *Droit civil – les obligations*, 22^e éd., Paris, 2000, n° 142 s. (n° 146 : « petit guide-âne ») ; v. aussi la critique de Cyril Grimaldi, « La valeur normative des directives d'interprétation », *RDC* 2015, p. 158 qui s'est prononcé au moins pour une valeur normative de l'ancien art. 1156 C. civ (nouvel art. 1188 al. 1 C. civ.).

49 V. Cass. civ. 15 avr. 1872, *DP.1872.1.176* (Veuve Foucauld) ; Cass. civ. 6 juin 1921, *DP.1921.1.73* ; Cass. civ. 27 janv. 1931, *Gaz. pal.* 1931.1.448 ; Cass. civ. 29 mai 1933, *Gaz. pal.* 1933.2.316 ; Cass. civ. 9 oct. 1940, *D.1941.Jur.130* ; Cass. civ. 16 déc. 1940, *D.1941.Jur.130* ; Cass. civ. 14 déc. 1942, *D.1944.Jur.112* ; Cass. com. 18 janv. 1950, *D.1950.Jur.397* ; Cass. com. 5 juill. 1984, *JCP* 1985 II 20409.

50 Cyril Grimaldi (supra note 48), p. 158.

51 Rapport au Président de la République (supra note 28) Titre 1^{er}, Sous-titre 1^{er}, Chapitre III ; Daniel Tricot, « Le contrôle de dénaturation et la liberté de l'interprétation des conventions », *RDC* 2015, p. 149 ss.

52 V. Cass. civ. 6 mars 1876, *D.1876.1.193* (Canal de Craponne).

53 V. seulement Cass. civ. 15 nov. 1933, *Gaz. pal.* 1934.1.68 (Verreries de Carmaux c. Mines de Graissessac).

54 Cass. civ. 6 mars 1876, *D.1876.1.193*(197) – Canal de Craponne (« Que dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants... ») ; favorable Henri Capitant, « Les effets des obligations », *RTD civ.* 1932, p. 723 s. (« Cette belle et noble formule mériterait d'être inscrite au frontispice du temple de la Justice : le juge ne doit pas se laisser emporter par un vague sentiment d'équité, car l'équité serait ici contraire à la justice ; la justice, la morale, l'ordre social veulent que l'homme tienne la parole qu'il a donnée. Que le législateur intervienne au besoin dans des périodes

La Cour de cassation supposait que l'omission d'une clause expresse dans le contrat avait été voulue par les parties et qu'il n'appartenait pas au juge de dénaturer le contrat en le réécrivant en équité au prétexte de l'interpréter.⁵⁵ Elle a notamment exclu une augmentation de la contre-prestation sans clause d'adaptation.⁵⁶ La doctrine de la dénaturation des clauses claires et précises était l'instrument principal de la Cour de cassation afin de limiter la marge d'appréciation des juges du fond et d'éviter qu'ils n'insèrent une clause tacite *rebus sic stantibus* dans le contrat.⁵⁷ Par rapport aux cours d'appel plus libérales, la Cour de cassation a été ainsi qualifiée de « dernier rempart de l'école de l'exégèse ».⁵⁸

1.2. Regards comparatistes sur les droits allemand et suisse

Contrairement au droit français, une interprétation subjective du contrat en présence d'un fait non considéré par les parties semble évidente en droits allemand et suisse. La priorité impérative de la commune intention des parties par rapport au libellé même clair et précis du contrat n'est pas seulement consacrée par la loi (§ 133 BGB et art. 18 al. 1 CO), mais aussi incontestée en jurisprudence et en

extraordinaires de crise ; le juge ne doit connaître, lui, qu'une règle : le respect de la foi promise ») ; v. en outre Cass. civ. 16 janv. 1961, *Bull.civ.* I.n° 34 ; Cass. com. 18 déc. 1979, *Bull.civ.* IV.n° 339 ; TGI de Brest 24 sept. 1974, *Gaz. pal.* 1975.1.Somm.162.

55 Cass. civ. 15 nov. 1933, *Gaz. pal.* 1934.1.68 (Verreries de Carmaux c. Mines de Graissessac ; contre Cour de Montpellier 10 mars 1930) ; Cass. civ. 4 juill. 1968, *Bull.civ.* III.n° 325 ; Cass. com. 31 mai 1988, *Bull.civ.* IV.n° 189 (contre Cour de Paris 27 mai 1986) ; Cass. civ. 4 oct. 1989, *Bull.civ.* III.n° 184 ; Cour de Bordeaux 10 juin 1918, *D.*1919.2.49 ; Cour d'Orléans 5 juill. 1854, *D.*1856.1.41 ; Gabriel Marty (supra note 37), p. 100 ; Edmond Meynial, « La déclaration de volonté », *RTD civ.* 1902, p. 572 (« ...je crains que l'intervention profonde du juge ne se paie au prix de notre initiative individuelle et ne nous mène à une inertie juridique croissante, sous le joug paternel et équitable de l'absolutisme ») ; Emmanuel Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté – contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, 1912, p. 73 ss ; dans une perspective comparatiste Bernhard Jurisch, *Vertragsauslegung und Vertragsergänzung nach französischem Recht verglichen mit dem deutschen Recht*, Berlin, 1975, p. 63 ss et notamment p. 82 ; d'avis contraire Gaston Morin, *La révolte des faits contre le Code*, Paris, 1920, p. 124 ss ; v. aussi Cass. civ. 10 nov. 1930, *D.H.*1930.569 (la cession des droits d'auteur comprend après l'invention du disc également les droits respectifs).

56 Cass. Com. 31 mai 1988, *JCP.*1988.IV.279 (« En se déterminant ainsi, alors que le contrat ne contenait aucune clause de révision de prix et que n'était pas constatée l'existence d'un usage que les parties auraient entendu adopter, propre à justifier l'application implicite d'une telle clause, la Cour n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 1134 et 1135 du CC ») ; Cass. civ. 25 avr. 1972, *D.*1973.Jur.661 ; Cass. civ. 22 mai 1979, *D.*1980.Jur.507 ; une exception constitue Cass. req. 18 déc. 1866, *D.*1867.1.427 augmentant l'indemnité de l'entrepreneur pour qui le terrassement d'un chemin de fer est devenu plus onéreux, mais cette jurisprudence concerne un cas d'erreur commune et est antérieure à l'arrêt phare ; Cass. civ. 6 mars 1876, *D.*1876.1.193 (Canal de Craponne).

57 René David, « Frustration of Contract in French Law », *Journal of comparative legislation and international law* 1946, p. 13.

58 Gabriel Baudry-Lacantinerie et Julien Bonnetcase, *Supplément au traité de droit civil*, t. 1, Paris, 1924, n° 133.

doctrine si le juge se contente de prolonger les lignes ébauchées dans le contrat et de développer sa logique interne.⁵⁹ Le juge peut ainsi notamment interpréter les clauses d'adaptation et de résolution d'une manière large, voire même par analogie, en droits allemand⁶⁰ et suisse.⁶¹ Notamment, le problème des clauses d'adaptation du prix contractuel (clauses d'indexation etc.) qui sont devenues obsolètes à cause d'un changement imprévu des circonstances a été résolu par les tribunaux allemands en interprétant le contrat de manière supplétive, et ils n'ont invoqué le concept de la disparition du fondement contractuel que de manière complémentaire.⁶² Si une clause d'adaptation a été considérée comme non écrite selon les règles applicables aux clauses générales abusives, le juge allemand a néanmoins le cas échéant adapté le contrat en l'interprétant.⁶³ Dans tous ces cas, il s'agit d'une simple appréciation des faits contractuels et il n'est pas nécessaire de recourir à la théorie de l'imprévision.

2. L'interprétation objective du contrat

2.1. Le nouveau droit français

L'ordonnance du 10 février 2016 a ajouté, selon le modèle des codifications doctrinales,⁶⁴ un deuxième alinéa à l'art. 1188 C. civ. qui prévoit que quand la commune intention des parties « ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ». Cette règle pourrait être la base d'une objectivation de l'interprétation du contrat.⁶⁵ Mais le nouveau droit indique clairement que l'interprétation

59 V. en droit allemand Dieter Medicus, « Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage », dans *Festschrift für Werner Flume*, t. 1, Köln, 1978, p. 644 ; Daniele Berglar (supra note 3), p. 155, 161 et 174 ; en droit suisse W. Yung, « L'interprétation supplétive des contrats », *ZBJV* 97 (1961), p. 63 et Ernst A. Kramer, dans *Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, t. VI/1/1, Bern, 1986, Art. 18 OR, n° 326.

60 V. pour les clauses de guerre RG 20 mai 1915, *DJZ* 1915, 921 ; RG 13 juill. 1916, *DJZ* 1917, 129 ; RG 5 oct. 1915, *JW* 1916, 118 ; RG 17 déc. 1915, *JW* 1916, 316 ; RG 26 déc. 1915, *JW* 1916, 257 ; RG 23 juin 1916, *Warn* 9 n° 189 ; RG 23 mai 1922, *SeuffA* 77 n° 174 ; plus sévère RG 8 juin 1916, *JW* 1916, 1187.

61 TF 21 mars 1967, *ATF* 93 II 97, 109.

62 BGH 11 oct. 1956, *WM* 1956, 1591 ; BGH 8 nov. 1972, *WM* 1972, 1443 ; BGH 22 mai 1980, *BGHZ* 77, 179 ; BGH 3 juill. 1981, *BGHZ* 81, 135 ; BGH 3 févr. 1984, *WM* 1984, 406 ; BGH 21 déc. 1984, *WM* 1985, 417.

63 V. notamment BGH 1^{er} févr. 1984, *BGHZ* 90, 69 ; Rainer Mockenhaupt, *Ergänzende Vertragsauslegung bei unwirksamen AGB-Klauseln am Beispiel der Tagespreisklausel in Kaufverträgen über fabrikneue Personenkraftwagen*, Frankfurt a. M., 1987.

64 Art. 5:101 al. 3 PDEC/PECL 1999 ; art. 4.1 al. 2 PU/UIPICC 2016 ; art. II.-8:101 al. 3 DCFR.

65 Nathalie Martial-Braz, « L'objectivation des méthodes d'interprétation : la référence à la « personne raisonnable » et l'interprétation in favorem », *RDC* 2015, p. 193 ss, qui parle d'un renforcement de l'interprétation objective par le nouveau dispositif (p. 198).

du contrat doit d'abord se faire dans une perspective volontariste (art. 1188 al. 1 et 1192 C. civ.) et seulement subsidiairement d'une manière objective (art. 1188 al. 2 C. civ.). Il semble en outre que cette primauté de l'interprétation subjective par rapport à l'interprétation objective a un caractère impératif étant donnée la nature impérative reconnue par une jurisprudence constante à la règle de la dénaturation des clauses claires et précises, la position prédominante de l'art. 1188 al. 1 C. civ. parmi les règles d'interprétation⁶⁶ et le nombre grandissant d'auteurs prônant une nature impérative générale des nouvelles règles d'interprétation.⁶⁷

La place du nouvel art. 1188 al. 2 C. civ. en matière d'imprévision est encore incertaine. Il pourrait notamment prendre de l'importance si le législateur faisait marche arrière lors de la ratification de l'ordonnance et supprimait l'option d'adaptation prétorienne du contrat selon l'actuel art. 1195 al. 2 phr. 2 C. civ.⁶⁸ Il semble néanmoins peu probable que les juges français vont désormais se servir de l'art. 1188 al. 2 C. civ. afin d'intervenir d'office dans le contrat. Et cela n'est pas seulement en raison de la subsidiarité de l'interprétation objective par rapport aux art. 1188 al. 1 et 1192 C. civ. Le nouveau droit conserve aussi la distinction entre l'interprétation du contrat (art. 1188 ss C. civ.) et son comblement ou correction selon l'équité ou la bonne foi (art. 1194 s. C. civ.).⁶⁹ Le législateur voulait par ailleurs apparemment laisser les règles d'interprétation en principe inchangées.⁷⁰ Malgré la priorité principale de l'interprétation du contrat par rapport à l'intervention dans le contrat, il reste encore à voir si les juges français vont limiter cette priorité à l'interprétation subjective et considérer l'art. 1195 C. civ. comme une *lex specialis* par rapport à l'interprétation objective en cas d'imprévision.

66 Rappr. (quant à l'ancien art. 1156 C. civ.) Olivier Deshayes (supra note 45), p. 159 ss ; Cyril Grimaldi (supra note 48), p. 158 a déjà favorisé une valeur normative de l'ancien art. 1156 C. civ.

67 Se prononcent pour un changement de paradigme bienvenu par le nouveau droit des contrats Anne Etienney de Sainte Marie (supra note 41), p. 388 s. ; Claude Witz, « L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats », D.2015.2020 et Bénédicte Fauvarque-Cosson (supra note 40), p. 366.

68 V. infra note 172.

69 Mais rappr. aussi Anne Etienney de Sainte Marie, « L'interprétation créatrice » : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », RDC 2015, p. 166 ss qui désigne le comblement objectif du contrat sur le fond d'une conception extensive de l'interprétation aussi comme « interprétation créatrice ».

70 Cf. Rapport au Président de la République (supra note 28) Titre 1^{er}, Sous-titre 1^{er}, Chapitre III : « Les rédactions retenues s'inspirent donc largement des textes actuels et des solutions dégagées par la jurisprudence » ; souhaitant et constatant un mélange d'interprétation subjective et objective déjà sous le régime de l'ancien droit Olivier Deshayes (supra note 45), p. 165 et François Viney, « L'expansion du 'raisonnable' dans la réforme du droit des obligations : un usage déraisonnable ? », D.2016.1941.

Si un jour, le juge est amené quand même à combler la lacune du contrat causée par un fait non considéré en interprétant le contrat d'une manière supplétive selon l'art. 1188 al. 2 C. civ., il pourrait d'abord renouer avec une jurisprudence ancienne française antérieure à l'arrêt Canal de Craponne et à l'arrêt Verreries de Carmaux.⁷¹ Il devrait en outre tracer la frontière par rapport à l'art. 1195 C. civ. et définir les conditions et conséquences de son intervention en prenant la perspective de la personne raisonnable placée dans la même situation que les parties contractantes. Contrairement à ce qu'a décidé la Cour d'appel de Douai⁷² quant au nouvel art. 1188 al. 2 C. civ.,⁷³ le juge ne devrait pas se placer dans la seule situation du débiteur en combinant l'art. 1188 al. 2 C. civ. et l'art. 1190 C. civ., mais rechercher la commune intention hypothétique des parties si elles avaient dans leur situation particulière eu connaissance du fait non considéré.⁷⁴ Il doit aussi s'abstraire de sa propre conception du raisonnable et rechercher ce que les parties auraient pu vouloir.⁷⁵ À cette occasion, il pourrait se laisser inspirer par les droits allemand et suisse.⁷⁶

2.2. Regards comparatistes sur les droits allemand et suisse

La jurisprudence et la doctrine allemande ont depuis longtemps reconnu une adaptation ou résolution du contrat en cas d'une erreur commune des parties et en cas d'imprévision, mais elles ont plutôt retenu d'autres concepts que celui de l'interprétation supplétive du contrat pour la justification de l'intervention du juge dans le contrat. Cela vaut notamment pour la théorie de l'absence et de la disparition du fondement contractuel (*Störung der Geschäftsgrundlage*).⁷⁷ Néanmoins, on considère que le juge doit d'abord essayer d'interpréter le contrat afin

71 Trib. civ. de Rouen 2 juin 1848, arrêt reproduit et confirmé par Cour de Rouen 28 août 1848, *D.*1848.2.119 ; Trib. com. de Bordeaux 18 mai 1852, arrêt reproduit et annulé par Cour de Bordeaux 26 août 1852, *D.*1853.2.105 ; Trib. com. du Havre 4 juin 1852, arrêt reproduit et annulé par Cour de Rouen 18 nov. 1852, *D.*1853.2.126 ; Cour de Paris 26 mai 1854, *D.*1854.2.129 ; Cour de Rennes 12 juin 1854, *D.*1854.2.132 ; Trib. civ. de Villefranche v. 28. 1. 1920, arrêt reproduit et confirmé par Cour de Toulouse 8 juill. 1920, *D.*1920.2.104 (2^e esp.) ; Trib. civ. de Pamiers 27 nov. 1920, *D.*1920.2.104 ; Cour de Paris 28 nov. 1927, *D.*1928.2.49 (4^e esp.) ; Cour de Montpellier 10 mars 1933, *Gaz. pal.* 1934.1.68, arrêt reproduit et annulé par Cass. civ. 15 nov. 1933, *Gaz. pal.* 1934.1.68 (Verreries de Carmaux c. Mines de Graissessac).

72 CA Douai 27 avr. 2017, n° 16/02790.

73 L'art. 1188 al. 2 C. civ. ne dit pas qui doit se placer dans quelle situation en interprétant le contrat (rappr. Jean Richard de la Tour, « Les principes, directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC* 2016, p. 392 ; le Rapport au Président de la République (supra note 28) Titre 1^{er}, Sous-titre 1^{er}, Chapitre III parle d'un standard de « contractant moyen ».

74 Rappr. art. 5:101 al. 3 PDEC/PECL 1999 ; art. 4.1 al. 2 PU/UIPICC 2016 ; art. II.-8:101 al. 3 DCFR.

75 Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier (supra note 17), p. 368 s.

76 V. immédiatement infra et aussi Antje Wolgast, *Die Auslegung von Rechtsgeschäften im französischen Recht, im deutschen Recht und im Common Law*, Hamburg 1965.

77 V. infra sous II. A. 2.

de dégager la solution voulue par les parties avant de recourir à la théorie du fondement du contrat. Mais selon l'opinion dominante, le juge doit passer à l'application subsidiaire des règles du § 313 BGB, qui se basent objectivement sur l'équité et le principe de bonne foi⁷⁸, si le contrat ne se prête pas à une réelle interprétation et si l'interprétation supplétive devient ainsi purement normative et fictive.⁷⁹ Seule une opinion minoritaire s'est prononcée avant l'entrée en vigueur du § 313 BGB en faveur d'une application générale de l'interprétation supplétive du contrat.⁸⁰ Parfois, les tribunaux ont finalement augmenté une contre-prestation devenue dérisoire en s'appuyant sur une interprétation supplétive du contrat.⁸¹ Les conditions d'un recours à l'interprétation supplétive du contrat en cas d'imprévision sont les mêmes que pour l'application du § 313 BGB.⁸²

Le droit suisse est traditionnellement très attaché au concept de l'interprétation supplétive du contrat en présence d'une situation imprévue.⁸³ L'interprétation supplétive du contrat figure notamment dans la doctrine suisse comme

78 Avant la fixation légale de la théorie du « Wegfall der Geschäftsgrundlage » dans le § 313 BGB, la jurisprudence et la doctrine se basaient pour appliquer cette théorie sur le § 242 BGB qui consacre le principe de la bonne foi ; v. RG 3 févr. 1922, *RGZ* 103, 328 ; BGH 14 oct. 1992 *BGHZ* 120, 10 ; Stellungnahme des Richtervereins beim Reichsgericht, *JW* 1924, p. 90 ; Paul Oertmann, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921, p. 136 ; Karl Larenz (supra note 2), p. 161.

79 V. Karl Larenz (supra note 2), p. 166 (la théorie de la disparition du fondement du contrat repose sur une correction et pas seulement sur une interprétation supplétive du contrat) ; Sigurd Littbarski, « Neuere Tendenzen zum Anwendungsbereich der Lehre von der Geschäftsgrundlage », *JZ* 1981, p. 8 ss ; Walfried Otto Hartkopf, *Abgrenzung der Leistungsstörungen von der Gewährleistung und dem Institut der Geschäftsgrundlage*, Berlin, 1982, p. 276 ss ; Bernhard Jurisch (supra note 55), p. 146 ss ; d'autre avis Fritz Nicklisch, « Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlagenlehre », *BB* 1980, p. 949 ; Christoph Müller, « Zur Diskussion um die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage », *JZ* 1981, p. 337 ; Christian Hey, « Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlagenstörung im Gesellschaftsrecht », Hamburg, 1990, p. 23 ; Thomas Finkenauer (supra note 1), n° 41 ss.

80 Ernest Rabel, « Die reichsgerichtliche Rechtsprechung über den Preisumsturz », *DJZ* 1921, p. 326 ; Dieter Medicus (supra note 59), p. 629 ss ; H. Rhode, « Die beiderseitige Voraussetzung », *AcP* 124 (1925), p. 286 ss ; Uhlmann, « Irrtum, veränderte Umstände und Geschäftsgrundlage », *LZ* 1931, p. 147 ss ; d'autre avis Gerd Lembke, *Vorhersehbarkeit und Geschäftsgrundlage – Eine Untersuchung über die Bedeutung der Vorhersehbarkeit und der Erkennbarkeit für den Rechtsbehelf des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage*, Köln, 1991, p. 108 ss et 116 ss, selon lequel le contrat ne présente aucune lacune et ne se prête pas à une interprétation ; similaire Kiehl, « Die Einwirkung eines Umschwungs der wirtschaftlichen Verhältnisse auf Verträge », *Gruchot* t. 66 (1923), p. 144 s.

81 *RG* 1^{er} févr. 1921, *Warn* 14 Nr. 65 ; OLG München 18 juin 1917, *JW* 1917, 776 ; une inflation rampante n'a pourtant pas donné lieu à une interprétation supplétive dans BGH 23 janv. 1976, *WM* 1976, 429, 430.

82 Cf. les références supra ; pour les conditions du § 313 BGB v. infra sous II. A. 2 b).

83 TF 3 juin 1925, *ATF* 51 II 303, 309 ss ; Pierre Tercier (supra note 38), p. 204 ss ; Ernst A. Kramer (supra note 59), n° 273 ss.

fondement principal de la résolution ou de l'adaptation du contrat en cas d'imprévision.⁸⁴ En effet, si une circonstance actuelle ou future n'a pas été prise en considération lors de la conclusion du contrat, cela provoque en cas d'absence d'une clause contractuelle applicable une lacune du contrat que l'on peut songer – en cas d'absence d'une disposition législative pertinente – à pallier par une interprétation supplétive du contrat selon la volonté hypothétique des parties.⁸⁵ On se demande comment une personne raisonnable et de bonne foi placée dans la même situation aurait résolu le problème méconnu par les parties.⁸⁶ Cette méthode est exactement la même qui est maintenant consacrée par l'art. 1188 al. 2 C. civ. en droit français. Il ne s'agit plus d'une interprétation proprement dite mais d'une solution normative imposée par le juge qui se base sur une volonté plutôt fictive des parties. Une telle intervention dans le contrat n'est possible qu'en cas d'absence d'une règle de la loi.⁸⁷ Le juge prend en considération la téléologie particulière et la nature du contrat ainsi que les usages. Il peut de cette façon adapter, résoudre ou résilier le contrat à titre d'exception sous des conditions similaires à la théorie suisse de l'imprévision (ou doctrine de la *clausula rebus sic stantibus*).⁸⁸ Dans de tels cas, le complètement prétorien du contrat est qualifié de question de droit étant ainsi susceptible d'un recours devant le Tribunal fédéral suisse.⁸⁹

III. Les règles particulières visant l'imprévision

Lorsque la solution au problème d'imprévision ne peut pas être trouvée dans une interprétation supplétive du contrat, le juge sera tenu d'appliquer les règles particulières de l'imprévision en vérifiant d'abord leur champ d'application (1) et en procédant à une éventuelle intervention dans le contrat (2).

84 Voir encore pour d'autres concepts et notamment l'abus de droit traditionnellement favorisé par la jurisprudence Adrien Gabellon, « La théorie de l'imprévision ou l'adaptation du contrat par le juge dans un contexte de crise économique », dans Lucas Heckendorn et Karen Topaz Druckman (dir.), *Les difficultés économiques en droit*, Zurich/Genève, 2015, p. 216 s.

85 TF 3 juin 1925, ATF 51 II 303, 309 ; Ernst A. Kramer (supra note 59), n° 297 ss et 325 ss.

86 TF 3 juin 1925, ATF 51 II 303, 309 ss ; Pierre Tercier (supra note 38), p. 204 ; Ernst A. Kramer (supra note 83), n° 326 et 358.

87 TF 21 mars 1967, ATF 93 II 97, 108 s.

88 TF 24 avr. 2001 ATF 127 III 300 ; Ernst A. Kramer (supra note 59), n° 333 ss ; voir pour les conditions et conséquences infra sous II. A. 2 et II. B. 2.

89 TF 26 oct. 1950, ATF 76 II 273, 279 ; TF 14 juill. 1981, ATF 107 II 216, 218 s. ; TF 17 août 2006 4C.156/2006 cons. 2.1. ; Ernst A. Kramer (supra note 59), n° 266.

1. Le champ d'application et les éléments des règles particulières

1.1. Le nouvel art. 1195 Code civil⁹⁰

a. Le périmètre de l'art. 1195 Code civil

Le périmètre de l'art. 1195 C. civ. semble relativement réduit. D'abord, le nouveau texte « revêt un caractère supplétif, et les parties pourront convenir à l'avance de l'écartier pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat ». ⁹¹ En se référant à « un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat », le texte de l'art. 1195 C. civ. exclut – au moins dans son libellé⁹² et bien au contraire des Principes d'Unidroit⁹³ – une application de la disposition dans le cas où les événements, déjà présents lors de la conclusion du contrat, ont été ultérieurement connus par la partie lésée (absence initiale des circonstances constitutives).⁹⁴ La condition d'onérosité excessive de l'art. 1195 C. civ. oblige en outre les praticiens du droit à bien tracer la frontière entre les notions d'une part de force majeure (art. 1218 C. civ.), de cas fortuit (art. 1647 al. 2, art. 1722 C. civ.) et de caducité pour disparition d'un élément essentiel (art. 1186 al. 1 C. civ.) et d'autre part d'onérosité.⁹⁵ Si le débiteur est obligé de livrer une chose de genre, il faut vérifier si l'obligation s'est limitée au stock péri chez le débiteur ou si le débiteur doit se fournir ailleurs.⁹⁶ Bien au contraire du droit allemand, les cas d'une perturbation de la cause subjective (*Zweckstörung*) sont également écartés du champ d'application de l'art. 1195 C. civ. car ils sont traditionnellement traités soit – si les faits sont déjà présents ou au moins déjà créés lors de la conclusion du contrat – dans le cadre de l'erreur sur les qualités

90 V. pour une présentation plus approfondie du nouvel art. 1195 C. civ. la contribution de Marie Dugué dans cet ouvrage ; v. aussi Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier (supra note 17), p. 384 ss.

91 Rapport au Président de la République (supra note 28) Titre 1^{er}, Sous-titre 1^{er}, Chapitre IV, Section 1, Sous-Section 1 ; Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier (supra note 17), p. 386.

92 V. pourtant Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier (supra note 17), p. 391 qui considèrent la connaissance ultérieure de l'événement par tous comme un changement suffisant.

93 Art. 6.2.2 let. a PU/UPICC 2016.

94 Ces cas de figure relèvent de la formation du contrat (v. Rémy Cabrillac, « L'article 1196 : La porte entrouverte à l'admission de l'imprévision », *RDC* 2015, p. 772).

95 La question est tranchée par les juges du fond (p. ex. Cass. civ. 24 mars 1874, S.1874.1.428) qui peuvent avoir des avis divergents sur un même cas (v. p. ex. Trib. com. de la Seine 2 janv. 1871, *D.*1871.3.18 et Trib. com. de la Seine 2 janv. 1871, *D.*1873.1.78 d'un côté et la Cour de Paris 16 août 1871, *D.*1873.1.78).

96 Trib. civ. d'Hazebrouck 18 janv. 1890, *D.*1891.3.24 ; Trib. com. de Marseille 8 juill. 1918, *Gaz. pal.* 1918/19.465.

essentielles⁹⁷ ou bien des vices cachés⁹⁸ soit – en cas de changement ultérieur des circonstances – par l'institution contestée de la disparition de la cause⁹⁹ ou bien depuis 2016 par l'art. 1186 al. 1 C. civ. (caducité pour disparition d'un élément essentiel du contrat).

La condition d'une onérosité excessive de l'exécution peut soulever en outre des doutes quant à la question de savoir si l'art. 1195 C. civ. vise également les cas d'une dépréciation objective de la contre-prestation. Bien que le législateur ne le dise pas expressément ni dans le libellé, ni dans les motifs comme le fait, p. ex., la proposition de règlement du 11 octobre 2011 relatif à un droit commun européen de la vente¹⁰⁰ en suivant les propos du DCFR,¹⁰¹ on peut néanmoins supposer que la norme couvre également ces cas de figure d'un déséquilibre contractuel provoqué du côté de la contre-prestation. À la lumière de l'évolution historique de la théorie de l'imprévision, qui a toujours inclus ces cas de figure, ainsi que des codifications doctrinales¹⁰² et du « Rapport Catala »,¹⁰³ il semble opportun d'interpréter la condition d'onérosité de manière large, c'est-à-dire de manière relative, dans le sens d'une perturbation de l'équilibre initial des prestations.¹⁰⁴

En soi, l'application de l'art. 1195 C. civ. à une obligation contractuelle unilatérale ne poserait aucun problème car son libellé ne fait pas référence à un quelconque équilibre contractuel mais seulement à une onérosité excessive. Néanmoins, la proposition de loi ne semble pas viser les actes juridiques unilatéraux comme c'est expressément le cas du DCFR,¹⁰⁵ puisqu'elle se réfère dans son libellé au contrat et au cocontractant et prévoit une renégociation par les parties au contrat.

97 Cass. civ. 23 nov. 1931, *D.1932.1.129* ; Cass. civ. 25 mai 1972, *Bull.civ.III.n° 330* ; Cour de Rouen 19 mars 1968, *D.1969. Jur.211*.

98 Cass. civ. 16 juin 1966, *Bull.civ.I.n° 374* ; rappr. Cass. civ. 6 nov. 1974, *D.1980.IR.28* ; Cass. civ. 29 avr. 1975, *Gaz. pal. 1975.2.604*.

99 Cass. civ. 30 déc. 1941, *D.A.1942.98* ; Cass. civ. 3 mars 1982, *Bull.civ.I.n° 97* ; Cass. civ. 16 déc. 1986, *Bull.civ.I.n° 301* ; pourtant contre une invocation de la cause du contrat Cass. com. 8 nov. 1972, *D.1973.753* ; Cass. com. 21 oct. 1974, *Bull.civ.IV.n° 255* ; Cass. civ. 25 oct. 1977, *Bull.civ.III.n° 355* ; Cass. civ. 9 juill. 1980, *D.1981.IR.312* ; v. également Jacques Mestre, « De la cause dans l'exécution du contrat », *RTD civ. 1987*, p. 751 ss.

100 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 11 oct. 2011 relatif à un droit commun européen de la vente, COM (2011) 635 final.

101 V. la règle III.-1:110 al. 1 et 2 DCFR.

102 Art. 6:111 al. 1 PDEC/PECL 1999 ; art. 6.2.2 PU/UPICC 2016.

103 Les art. 1135-1 et 1135-2 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations (« Rapport Catala » du 22 sept. 2005) se réfèrent à une perturbation de « l'équilibre initial des prestations réciproques ».

104 Dans le même sens Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier (supra note 17), p. 396 s.

105 V. la règle III.-1:110 al. 2 DCFR.

b. Les éléments de l'art. 1195 Code civil

Selon l'art. 1195 C. civ., le changement ultérieur de circonstances doit d'abord être imprévisible par sa raison ou son étendue lors de la conclusion du contrat pour un contractant moyen avisé.¹⁰⁶ L'imprévisibilité représente une condition classique et a donné, en raison de son importance, son nom à la théorie de l'imprévision française.¹⁰⁷ En outre, le changement doit avoir rendu l'exécution du contrat excessivement onéreuse.¹⁰⁸ Le contrat doit être bouleversé d'une manière extrêmement grave¹⁰⁹ en provoquant une disproportion flagrante des prestations.¹¹⁰ Le débiteur ne doit en principe pas être mis en péril.¹¹¹ Finalement, la partie lésée ne doit pas avoir accepté le risque du changement et de ses conséquences, une condition négative qui reflète l'idée principale de toute la disposition.¹¹² Il en va de même d'une disposition légale prévoyant une répartition particulière des risques.¹¹³

1.2. Regards comparatistes sur les droits allemand et suisse

a. Le périmètre du § 313 BGB et de la théorie suisse de l'imprévision

Le § 313 BGB représente une codification en principe à droit constant de la théorie de l'absence et de la disparition du fondement contractuel (*Störung der Geschäftsgrundlage*) effectuée par le législateur allemand lors de la réforme du droit des obligations en 2001.¹¹⁴ Bien que l'école pandectiste¹¹⁵ et le législateur

106 V. pour ce parallèle avec l'un des critères de la force majeure Thierry Revet (supra note 5), p. 376 et Nicolas Molfessis, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *JCP G* 2015, p. 2391.

107 Constantin Stoyanovitch (supra note 8), p. 117 ss ; Jean Auverny-Bennetot (supra note 22), p. 52 ss ; Pierre Voirin, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, Nancy, 1922, p. 173 : «...l'imprévisibilité apparaît comme une question de plus ou de moins dans les chances de réalisation d'un écart de valeur d'une amplitude donnée ; elle est exclue par la certitude ou la probabilité sérieuse, mais non par la probabilité vague qui s'attache à toutes choses possibles dans le monde » ; v. aussi quant à la différenciation du standard de la personne type Pierre Voirin, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé, op. cit.*, p. 165 ss.

108 V. seulement Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier (supra note 17), p. 394 ss et Thierry Revet (supra note 5), p. 376.

109 Jean Auverny-Bennetot (supra note 22), p. 66.

110 Yves Picod (supra note 13), p. 225.

111 Joseph Zaksas, *Les transformations du contrat et leur loi – Essai sur la vie du contrat en tant qu'institution juridique*, Paris, 1939, p. 260 ; Constantin Stoyanovitch (supra note 8), p. 149 s.

112 Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier (supra note 17), p. 399 ss ; Thierry Revet (supra note 5), p. 376 s.

113 Rappr. Constantin Stoyanovitch (supra note 8), p. 63 ss ; Roger Reviriot, *Le droit privé français et la théorie de l'imprévision : Essai sur un aspect de l'interprétation de la loi*, Genève, 1951, p. 77 et 81 s.

114 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts du 26 nov. 2001, *BGBI.* 2001 I, 3138 ; le nouveau § 313 BGB est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2002.

115 V. surtout Otto Lenel, « Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches) », *AcP* 74 (1889), 213 ss ; idem, « Nochmals die Lehre von der Voraussetzung », *AcP* 79 (1892), 49 ss.

du Bürgerliches Gesetzbuch de 1900¹¹⁶ se sont montrés hostiles par rapport à la doctrine de la *clausula rebus sic stantibus* et la théorie du présupposé (*Voraussetzungslehre*) de Bernhard Windscheid,¹¹⁷ le Reichsgericht a reconnu en 1922 la théorie du fondement contractuel, introduite en droit allemand en 1921 par le gendre de Windscheid, Paul Oertmann,¹¹⁸ afin de réagir à l'hyperinflation au début des années 1920.¹¹⁹ Depuis lors, la théorie de l'imprévision allemande a été largement appliquée par une jurisprudence constante.¹²⁰ Compte tenu de son ancrage dans le principe de bonne foi, le § 313 BGB est en principe impératif.¹²¹ Les parties peuvent seulement prévoir une certaine répartition des risques et gérer les modalités de l'adaptation et de résolution (p. ex., prévoir une obligation de renégociation) dans les limites posées par la bonne foi.

En se référant aux circonstances faisant partie du fondement du contrat (*Geschäftsgrundlage*)¹²² et ainsi à la doctrine et jurisprudence développées depuis les années 1920 en Allemagne, le § 313 BGB est assez abstrait et général quant à son champ d'application. Il ne parle ainsi pas concrètement d'une exécution devenue excessivement onéreuse comme le fait l'art. 1195 al. 1 C. civ. révisé dans la tradition de la théorie de l'imprévision française. Il ne mentionne pas non plus la dépréciation objective de la contre-prestation comme le fait l'art. 89 al. 1 de la

116 *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, im Auftrage des Reichs-Justizamts bearbeitet von Achilles, Gebhard und Spahn*, Berlin, 1897, t. 2 (Droit des obligations), p. 690 s ; Sebastian Martens (supra note 33), p. 618 s.

117 Bernhard Windscheid, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850; idem, « Die Voraussetzung », *AcP* 78 (1892), p. 161 ss.

118 Paul Oertmann, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921.

119 V. notamment RG 3 févr. 1922, *RGZ* 103, 332 (Vigognespinnerei) ; RG 28 nov. 1923, *RGZ* 107, 78 (Lüderitzbucht).

120 V. seulement RG 21 juin 1933, *RGZ* 141, 212 ; RG 2 avr. 1935, *RGZ* 147, 286 ; RG 17 mars 1938, *RGZ* 157, 175 ; BGH 23 oct. 1951, *JZ* 1952, 145 ; BGH 16 janv. 1953, *MDR* 1953, 282 ; BGH 14 oct. 1959, *NJW* 1959, 2203 ; BGH 20 mai 1970, *NJW* 1970, 1313 ; BGH 28 mai 1973, *BGHZ* 61, 31 ; BGH 17 janv. 1975, *NJW* 1975, 776 ; BGH 25 mai 1977, *NJW* 1977, 2262 ; BGH 8 févr. 1978, *WM* 1978, 322 ; BGH 23 mai 1980, *BGHZ* 77, 194 ; BGH 20 déc. 1985, *BGHZ* 96, 372 ; BGH 6 avr. 1995, *BGHZ* 129, 236.

121 Michael Stürner, dans Hanns Prütting, Gerhard Wegen et Gerd Weinreich (dir.), *BGB-Kommentar*, 12^e éd., Neuwied, 2017, § 313 BGB n° 5.

122 V. notamment la définition classique de la « Geschäftsgrundlage » par Heinrich Lehmann, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 14^e éd., Berlin, 1963, p. 277 : « Ein für die Willensbildung erheblicher Umstand ist danach als Voraussetzung bzw. Geschäftsgrundlage zu betrachten: 1. falls die grundlegende Bedeutung des Umstandes für den Vertragsschluß dem Vertragsgegner erkennbar geworden ist, 2. falls ferner nur die Gewißheit hinsichtlich des Vorhandenseins, der Fortdauer oder des Eintritts des fraglichen Umstandes die Partei, die auf ihn Wert legte, davon abgehalten hat, vom Gegner seine Anerkennung als Bedingung zu verlangen, und 3. falls endlich der Gegner sich auf dieses Ansinnen, wenn man die Unsicherheit des Umstandes ernstlich in Betracht gezogen haben würde, mit Rücksicht auf den Zweck des Vertrages eingelassen hätte oder redlicherweise hätte einlassen müssen » ; v. également Karl Larenz (supra note 2), p. 16 s. et *passim*.

proposition de règlement du 11 octobre 2011 relatif à un droit commun européen de la vente.¹²³ Mais ces deux catégories principales, qui représentent depuis longtemps le noyau dur du champ d'application des règles jurisprudentielles et doctrinales de l'imprévision en droit allemand, tombent bien évidemment dans le champ d'application de la norme.¹²⁴

En ce qui concerne l'onérosité excessive de la prestation couverte par le § 313 al. 1 BGB, on discute beaucoup de sa délimitation des cas très proches de l'impossibilité visés par § 275 al. 2 et 3 BGB.¹²⁵ Ces deux dispositions ont également été insérées dans le BGB lors de la réforme du droit des obligations de 2001 et elles sont prioritaires par rapport à la règle d'imprévision du § 313 BGB.¹²⁶ Selon le § 275 al. 2 BGB, l'exorbitance d'une prestation est considérée comme un cas d'impossibilité fortuite ultérieure si l'exécution nécessite une dépense qui, compte tenu du rapport d'obligation et du principe de la bonne foi, est gravement disproportionnée par rapport à l'intérêt du créancier à l'exécution (*faktische Unmöglichkeit*).¹²⁷ Il en va de même selon le § 275 al. 3 BGB si l'obligation doit être exécutée personnellement mais ne peut être exigée du débiteur pour des raisons personnelles (*persönliche Unmöglichkeit*).¹²⁸ En revanche, les cas d'impossibilité pour des raisons économiques (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*) ou morales (*moralische Unmöglichkeit*) tombent sous le champ d'application du § 313 BGB et relèvent ainsi de la théorie de l'imprévision.¹²⁹

Bien au contraire de l'art. 1195 C. civ., le § 313 BGB s'applique également aux changements de circonstances qui n'affectent pas directement l'équilibre contractuel mais un motif du créancier qui avait été introduit dans le champ contractuel par une reconnaissance au moins tacite de l'autre partie (*Zweckstörungen*).¹³⁰ Ces

123 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 11 oct. 2011 relatif à un droit commun européen de la vente (COM (2011) 635 final).

124 V. seulement Christian Grüneberg (supra note 1), n° 25 ss.

125 Reiner Schulze, dans *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar*, 9^e éd., Baden-Baden, 2016, § 313 BGB n° 7 ss ; Michael Stürner (supra note 121), n° 6.

126 Pour la priorité du § 275 BGB avant la réforme du droit des obligations allemand v. BGH 17 févr. 1995 *NJW-RR* 1995, 854 ; par rapport au § 313 BGB Christian Grüneberg (supra note 1), n° 13.

127 L'exemple typique est le cas de la marchandise vendue ayant subi un naufrage et se trouvant au fond de l'océan mais, théoriquement, encore apte à être ramenée à la surface (cf. Wolfgang Fikentscher et Andreas Heinemann, *Schuldrecht*, 11^e éd., Berlin, 2017, n° 396.

128 Le législateur (*BT-Drucks.* 14/6040, p. 130) donne les exemples du salarié empêché de travailler en raison de la maladie de son enfant, d'une consultation médicale ou d'une date de comparution.

129 *BT-Drucks.* 14/6040, p. 130 ; différencié Thomas Finkenauer (supra note 1), n° 160 ss et Wolfgang Fikentscher et Andreas Heinemann (supra note 127), n° 398 et 401.

130 L'application de la théorie du fondement du contrat est reconnue depuis les années 1940 : RG 15 déc. 1941, *RGZ* 168, 121 ; BGH 17 janv. 1975, *NJW* 1975, 776 ; Helmut Köhler (supra note 4), p. 130 et *passim* ; Karl Larenz (supra note 2), p. 91 ss ; d'autre avis Peter Jung (supra note 4), p. 234 ss.

cas de figure sont à délimiter des situations tombant sous le § 275 al. 1 BGB (impossibilité objective ultérieure) dans lesquelles le but contractuel poursuivi par le créancier et faisant partie de la prestation est réalisé sans intervention du débiteur (*Zweckerreichung*) ou ne peut plus être atteint à cause de la disparition de l'objet du contrat (*Zweckfortfall*).¹³¹

Selon le § 313 al. 2 BGB, est assimilé en outre à un changement de circonstances le fait que les conceptions essentielles des parties qui ont été le fondement du contrat se révèlent erronées (*beiderseitiger Irrtum*).¹³² Une erreur commune des parties quant à une conception essentielle et fondamentale connaît ainsi le même traitement en droit allemand que la perturbation ultérieure de l'équilibre contractuel ou du but contractuel. Cela représente une particularité du droit allemand qui se justifie par l'inadéquation des règles concernant l'annulation du contrat pour erreur en cas d'une erreur commune des parties.¹³³

L'opinion dominante en droit suisse ne traite ni les cas du motif perturbé (*Zweckstörung*) ni ceux d'une erreur commune des parties (*beiderseitiger Irrtum*) selon les règles de la théorie de l'imprévision (*clausula rebus sic stantibus*). Au lieu de cela, elle applique les dispositions concernant l'erreur de base (*Grundlagenirrtum*) en considérant qu'une erreur de base n'est pas seulement concevable quant à un fait présent lors de la conclusion du contrat, mais aussi quant à un changement ultérieur de circonstances.¹³⁴ Le motif de la victime de l'erreur doit être considéré comme étant manifestement si important que la victime de l'erreur et une personne neutre de bonne foi dans la position de la victime n'auraient pas conclu le contrat ou du moins pas dans les mêmes conditions si elles avaient agi en connaissance de cause.¹³⁵

b. Les éléments du § 313 BGB et de la théorie suisse de l'imprévision

Les conditions d'application du § 313 BGB sont analogues aux conditions classiques de la théorie allemande de l'imprévision. Est nécessaire une absence ou une disparition du fondement contractuel de sorte que les parties n'auraient pas

131 Les critères de la démarcation sont contestés ; v. seulement Helmut Köhler, *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, München, 1971 et Volker Beuthien, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, Tübingen, 1969.

132 Pour la jurisprudence constante et la doctrine largement allemande antérieure à l'introduction du § 313 al. 2 BGB au 1^{er} janvier 2002 v. BGH 13 nov. 1975 NJW 1976, 565 s., BGH 6 déc. 1989, NJW 1990, p. 569 et Karl Larenz (supra note 2), p. 20 ss.

133 Karl Larenz (supra note 2), p. 23 ; Reiner Schulze (supra note 125), § 313 BGB n° 6 ; pour un traitement identique des risques inconsiderés selon la théorie des risques Sebastian Martens (supra note 33), p. 620 ss.

134 Stefan Sulzer, *Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht*, Zürich, 2002 ; Ernst A. Kramer (supra note 59), n° 302 ss ; en droit comparé idem, *Der Irrtum beim Vertragsschluss*, Zürich, 1998, p. 65 s.

135 V. seulement TF 17 juin 1969 ATF 95 II 407 409 ; TF 10 mars 1971 ATF 97 II 43, 47 ; Ingeborg Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 7^e éd., Bern, 2016, n° 37.24 ss.

conclu le contrat ou du moins pas conclu dans les mêmes conditions si elles avaient agi en connaissance de cause.¹³⁶ On retrouve ainsi parmi les éléments du § 313 BGB la même condition subjective de causalité d'une conception essentielle que dans la doctrine suisse quant à l'erreur de base.¹³⁷ En revanche, la conception de l'art. 1195 C. civ. français est tout à fait différente et en principe objective. Cette disposition exige, en harmonie avec les standards transnationaux¹³⁸ et la théorie suisse de l'imprévision,¹³⁹ un changement ultérieur et imprévisible des circonstances rendant l'exécution excessivement onéreuse. Le critère de la commune intention hypothétique des parties n'a été retenu en droit français que par une opinion minoritaire afin de préciser le critère objectif d'onérosité.¹⁴⁰ Bien au contraire des droits français, suisse¹⁴¹ et des codifications doctrinales,¹⁴² le § 313 BGB ne reprend pas formellement le critère classique de l'imprévisibilité,¹⁴³ mais il se rapproche du droit français dans la mesure où il prend notamment en considération la répartition contractuelle ou légale des risques.¹⁴⁴ En effet, en droit allemand, l'imprévisibilité du changement de circonstances n'est qu'un indice servant parmi d'autres à déterminer s'il y a eu ou non acceptation du risque par

136 Rapp. Heinrich Lehmann (supra note 122) et p. ex. Jürgen Pröls et Christian Armbrüster, « Wegfall der Geschäftsgrundlage und deutsche Einheit », *DtZ* 1992, 205.

137 V. supra dans le texte après la note 134.

138 Art. 6:111 al. 2 PDEC/PECL 1999 et art. 6.2.2 PU/UPICC 2016.

139 TF 3 juin 1925, *ATF* 51 II 303, 309 ; TF 11 oct. 1932, *ATF* 58 II 421, 423 ; TF 28 nov. 1978, *ATF* 104 II 314, 317 ; TF 18 sept. 1981 *ATF* 107 II 343, 348 ; Jacques Bischoff (supra note 3), p. 190 ss ; K. Oftinger, « Die krisenbedingte Veränderung der Grundlagen bestehender Verträge », *SJZ* 36 (1939/40) p. 234 ss.

140 S. Serbesco, « Effets de la guerre sur l'exécution des contrats », *RTD civ.*, 1917, p. 360 ; Bonsel, *La théorie de l'imprévision en droit civil français*, Paris, 1922, p. 68.

141 Art. 373 al. 2 CO ; TF 3 juin 1925, *ATF* 51 II 303, 309 ; TF 26 sept. 1974, *ATF* 100 II 349 ; TF 13 juin 1975, *ATF* 101 II 17, 21 ; TF 28 nov. 1978, *ATF* 104 II 314, 316 s. ; K. Oftinger (supra note 139), p. 234 (exceptionnalité objective) ; Pascal Pichonnaz, « La modification des circonstances et l'adaptation du contrat », dans Pascal Pichonnaz et Franz Werro (dir.), *La pratique contractuelle - 2^e Symposium en droit des contrats*, Genève, 2011, p. 27 s.

142 Art. 6:111 al. 2 let. b PDEC/PECL 1999 et art. 6.2.2 let. b PU/UPICC 2016.

143 Dans la doctrine allemande il y avait des auteurs qui se sont prononcés avant la codification de 2001 en faveur d'une condition d'imprévisibilité en qualifiant l'ignorance d'un fait prévisible notamment comme une faute contre soi-même (p. ex. Gerhard Kegel, « Rohstoff- und Rüstungskredite - Rechtsfragen ihrer Abwicklung », *JZ* 1951, 402 ; avec une autre justification également Gerd Lembke, supra note 80, p. 183 ss) et des auteurs qui ne voulaient pas retenir cet élément (p. ex. Eugen Locher, « Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck », *AcP* 121 [1923], p. 100 ss).

144 V. dans une perspective comparatiste Hugo Barbier, *La liberté de prendre des risques*, Marseille, 2011, n° 395 ss ; v. pour la pertinence de la répartition contractuelle des risques en droit allemand déjà avant la codification de 2001 BGH 14 janv. 1962, *WM* 1962, 625 ; BGH 6 juill. 1964, *MDR* 1964, 914 ; BGH 23 mars 1966, *JZ* 1966, 409 ; BGH 20 déc. 1974, *WM* 1975, 274 ; BGH 13 juill. 1977, *MDR* 1978, 132 ; BGH 23 mars 1982, *MDR* 1982, 749 ; BGH 27 févr. 1985, *NJW* 1985, 2693 ; BGH 5 mai 1978, *BGHZ* 71, 293.

la partie lésée¹⁴⁵ ou s'il y a un changement inacceptable à constater.¹⁴⁶ Elle n'exclut pas forcément un réaménagement du contrat.¹⁴⁷

Bien que le § 313 BGB ne le dise pas expressément dans son libellé, le concept applicable d'abus de droit (*venire contra factum proprium*) justifie les conditions négatives encore en vigueur dans les droits allemand et suisse selon lesquelles la personne lésée ne doit en principe pas avoir causé par sa propre volonté le changement¹⁴⁸ et ne doit en principe pas avoir exécuté sans aucune réserve son obligation.¹⁴⁹ On peut supposer que le droit français arrive au même résultat en considérant dans ces cas de figure que la partie concernée doit assumer ou a accepté le risque respectif.

Dans la jurisprudence suisse se trouve parfois finalement la condition que le changement de circonstances doit être insurmontable. Bien qu'elle ait fait encore partie du projet français de la Chancellerie de 2008,¹⁵⁰ elle n'a pas été retenue par l'art. 1195 C. civ. comme par le § 313 BGB. Les droits français et allemand évitent ainsi un rapprochement inutile de l'imprévision avec la force majeure (art. 1218 C. civ.)¹⁵¹ et l'impossibilité (§ 275 BGB).

2. Les modes d'intervention du juge dans le contrat

2.1. Les effets de l'art. 1195 Code civil

L'art. 1195 C. civ. combine de manière assez originale une adaptation et une résolution du contrat ainsi qu'une intervention autonome des parties et une intervention prétorienne.¹⁵² Si les conditions exposées ci-dessus sont remplies, la

145 Christian Grüneberg (supra note 1), n° 23 ; Gerd Lembke (supra note 80), p. 185 s.

146 Aristide Chiotellis, *Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen in Schuldverträgen*, München, 1980, p. 58 et 132 ; Michael Stürner (supra note 121), n° 14.

147 BGH 27 mars 1981 *NJW* 1981, 1668 ; BGH 28 sept. 1990 *BGHZ* 112, 261 ; Gerd Lembke (supra note 80), p. 185 s.

148 V. pour le droit allemand BGH 5 mai 1978, *BGHZ* 71, 293 ; BGH 10 nov. 2004, *NJW* 2005, 362 ; Paul Oertmann (supra note 78), p. 174 s. ; Michael Stürner (supra note 121), n° 18 ; pour le droit suisse TF 3 nov. 1921, *ATF* 47 II 440, 461 ; TF 8 mai 1924, *ATF* 50 II 158, 166 (obiter) ; TF 28 nov. 1978, *ATF* 104 II 314, 316 ; Jacques Bischoff (supra note 3), p. 217.

149 V. pour le droit allemand BGH 24 nov. 1995, *BGHZ* 131, 209, 216 ; OLG Stuttgart 9 août 1951, *NJW* 1952, 385 ; question laissée ouverte par BGH 14 févr. 1962, *WM* 1962, 625 ; pour le droit suisse Jacques Bischoff (supra note 3), p. 220 ; en principe avec des réserves également Ernst A. Kramer (supra note 59), no 345 ; seulement pour une exclusion de la résolution TF 14 juill. 1921, *ATF* 47 II 314, 319.

150 Art. 136 du projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie du juillet 2008 (www.le-droitcritique.fr/wp-content/uploads/2015/07/Projet-de-reforme-du-droit-des-contrats-Min-Justice-juill-2008.pdf) ; v. la critique de Claude Witz, « Effets, interprétation et qualification du contrat », dans « La réforme du droit français des contrats », colloque, *RDC* 2009, 322.

151 V. aussi pour les éléments traditionnels de la force majeure (l'irrésistibilité, imprévisibilité et extériorité) Cass. civ. 23 juin 2011 no 10-15811 et Cass. civ. 17 févr. 2010 no 08-20943.

152 V. plus précisément Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier (supra note 17), p. 404 ss.

partie lésée peut et doit d'abord demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Selon le modèle des Principes d'Unidroit,¹⁵³ cette demande n'a pas d'effet suspensif et la partie lésée est ainsi tenue de continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation. Cette règle ne devrait pas exclure l'application de l'art. 1343-5 C. civ. donnant au juge le pouvoir souverain d'accorder des délais de grâce dans l'exécution du contrat.¹⁵⁴ L'autre partie est obligée de renégocier de bonne foi sous peine de dommages-intérêts.¹⁵⁵ Cette obligation de renégociation constitue la première nouveauté en droit positif français. Mais la disposition reste silencieuse quant au contenu et aux critères de l'exécution de l'obligation de renégociation.¹⁵⁶ Les PECL exigent, p. ex., expressément une négociation honnête et de bonne foi.¹⁵⁷ Du moins, la menace d'une intervention subsidiaire du juge dans un délai raisonnable va inciter les parties à mener les renégociations sérieusement. Malheureusement, la proposition ne précise pas non plus la nature juridique de l'obligation de renégociation des parties.¹⁵⁸ Elle pourrait tout d'abord être qualifiée d'obligation de moyens et non de résultat,¹⁵⁹ puisqu'elle concerne la procédure de renégociation et puisque les parties ne sont pas obligées de donner leur accord à une adaptation du contrat.¹⁶⁰ La vraie question est de savoir si cette obligation est une obligation de prestation (*Leistungspflicht*) dont son exécution réelle peut être demandée par l'autre partie,¹⁶¹ ou si elle est plutôt un devoir de

153 Art. 6.2.3 al. 2 PU/UPICC 2016.

154 Pour une application large de l'ancien art. 1244 al. 2 C. civ. en cas d'imprévision Jean Auvemy-Bennetot (supra note 22), p. 134 s.

155 Rappr. l'art. 1112 C. civ. et Cass. com. 3 nov. 1992, *Bull.civ.IV*.n° 338 (Huard) ; selon Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier (supra note 17), p. 406 (avec note 84) l'application analogue de l'art. 1112 al. 2 C. civ. dépend du droit contesté du débiteur à une révision du contrat.

156 On pourrait différencier avec Michael Martinek, « Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten. Bestandsaufnahme, Kritik und Ablehnung », *AcP* 198 (1998), p. 341, les obligations formelles (comparution, respect d'un emploi du temps, etc.) des obligations matérielles (renseignements, élaboration de propos, etc.).

157 Art. 6:111 al. 3 PDEC/PECL 1999 (« good faith and fair dealing »).

158 V. en droit suisse : Valentin Monn, *Die Verhandlungsabrede. Begründung, Inhalt und Durchsetzung von Verhandlungspflichten*, Zürich, 2010 ; en droit allemand : Norbert Horn, « Neuverhandlungspflicht », *AcP* 181 (1981), p. 282 s. ; Michael Martinek (supra note 156), p. 335 s. ; Karl Riesenhuber, « Vertragsanpassung wegen Geschäftsgrundlagenstörung. Dogmatik, Gestaltung und Vergleich », *BB* 2004, p. 2699 ; en droit français : Yves Picod (supra note 13), p. 224 s.

159 Bénédicte Fauvarque-Cosson (supra note 28), n° 37.

160 Rappr. pour la distinction entre obligation de renégociation et obligation de consentement Cass. com. 3 oct. 2006, *D.2007.765* (note Mazeaud) et en droit allemand p. ex. Norbert Horn (supra note 158), p. 282 s. qui se prononce pour une obligation de consentement ; Andreas Nelle, *Neuverhandlungspflichten. Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten*, München, 1994, p. 12.

161 V. pour cette possibilité en droit français Denis Mazeaud, « Renégocier ne rime pas avec réviser ! », *D.2007.765* ; en droit allemand Norbert Horn (supra note 158), p. 285.

sauvegarde (*Schutzpflicht*) dont l'inexécution entraîne des dommages-intérêts,¹⁶² voire un simple appel aux négociations (*Obliegenheit*) dont l'inexécution n'entraîne que l'intervention subsidiaire du juge.¹⁶³ Quoi qu'il en soit, l'aménagement du concept de renégociation et de l'intervention subsidiaire du juge est en harmonie avec les règles supranationales¹⁶⁴ et transnationales.¹⁶⁵ Même si l'art. 79 de la convention de Vienne ne prévoit pas une telle obligation de renégociation, la Cour de cassation belge l'a affirmée dans un arrêt du 19 juin 2009.¹⁶⁶

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. Il appartient ainsi dans un deuxième stade avant tout aux parties contractantes de choisir entre une résolution ou résiliation ou bien une autorisation du juge à une adaptation prétorienne du contrat. Il est par ailleurs tout à fait envisageable que les parties aient recours à cette modalité afin de pouvoir lier le juge à certains principes ou certains critères d'adaptation.¹⁶⁷ Bien au contraire de la proposition faite dans l'art. 1135-3 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations (« Rapport Catala ») du 22 septembre 2005, l'art. 1195 ne prévoit pas de faculté individuelle des parties de résilier le contrat en cas d'échec des renégociations sans frais ni dommage. C'est pourquoi, en principe, tout cela relève de l'autonomie privée des parties, mais la possibilité d'impliquer à l'amiable le juge dans la recherche d'une adaptation adéquate du contrat comme un tiers expert représente une nouveauté et une deuxième raison d'être de l'art. 1195 C. civ. Il reste à voir si le juge, qui est saisi à l'amiable, va seulement intervenir si les conditions de l'art. 1195 C. civ. sont remplies.¹⁶⁸

À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut finalement, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. Dans une troisième étape, on arrive ainsi à la conséquence la

162 Solution prévue notamment par l'art. 6:111 al. 3 PDEC/PECL 1999 ; Cass. com. 3 oct. 2006, D.2007.765 (note Mazeaud) prend en considération une telle sanction en cas d'un comportement abusif d'une des parties ; v. pour le droit allemand BGH 30 sept. 2011 NJW 2012, p. 376 et Karl Riesenhuber (supra note 158), p. 2699.

163 En ce sens Horst Eidenmüller, « Neuverhandlungspflichten bei Wegfall der Geschäftsgrundlage », ZIP 1995, p. 1070 s.

164 V. l'art. 89 de la Proposition de règlement du 11 oct. 2011 relatif à un droit commun européen de la vente, COM(2011) 635 final.

165 Art. 6:111 al. 2, 3 PDEC/PECL 1999 ; art. 6.2.3 PU/UPICC 2016.

166 Cass. belge R.G. nr. C.07.0289.N, www.jurisdat.be.

167 V. p. ex. pour des directives possibles TF 24 avr. 2001, ATF 127 III 307 s. ; Pascal Pichonnaz (supra note 141), p. 38 s. ; Peter Jung (supra note 4), p. 241 s.

168 Pour un contrôle du juge afin d'éviter un détournement de la procédure d'imprévision et un encombrement des rôles Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier (supra note 17), p. 409 s. ; d'autre avis Nicolas Molfessis (supra note 106), p. 2391 et Thierry Revet (supra note 5), p. 378.

plus importante de l'art. 1195 C. civ. car cette étape peut être déclenchée par une partie seule et car le juge est en principe¹⁶⁹ libre de décider en fonction des circonstances entre une adaptation et une résolution ou résiliation du contrat. Tandis qu'il semble possible que le juge renvoie les parties encore une fois à la renégociation après avoir constaté la présence des conditions de l'art. 1195 al. 1 C. civ.,¹⁷⁰ il ne devrait pas avoir la possibilité de ne rien ordonner si les conditions de son intervention sont remplies.¹⁷¹ La possible adaptation du contrat par le juge a été et reste très controversée et il reste à voir si la loi de ratification va maintenir cette option.¹⁷² La loi ne donne pas de critères pour cette adaptation, mais on peut supposer qu'elle doit se faire en fonction de l'attente légitime des parties.¹⁷³

169 Les cocontractants peuvent probablement réduire par un commun accord la marge de manœuvre du juge (rapp. Thierry Revet, supra note 5, p. 378) mais pas par une seule demande unilatérale (d'autre avis à cause du principe dispositif selon les art. 4 s. CPC Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier, supra note 17, p. 412 s. et Jean-François Fédou, supra note 6, p. 383 ; les art. 4 s. CPC semblent pourtant être abrogés par l'autorisation expresse du juge de se prononcer librement par l'art. 1195 al. 2 phr. 2 C. civ.) ; le juge devrait en outre exclure une option si l'une des parties n'aurait jamais accepté une telle proposition lors de la conclusion du contrat.

170 Dans ce sens Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier (supra note 17), p. 410 s.

171 Thierry Revet (supra note 5), p. 378 ; d'autre avis Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier (supra note 17), p. 413 s.

172 Le Sénat envisage de ne ratifier l'ordonnance du 10 février 2016 qu'avec une modification de l'art. 1195 al. 2 phr. 2 C. civ. supprimant la possibilité d'adaptation du contrat par le juge (cf. texte n° 629/2017-2018 adopté le 2 février 2017, en deuxième lecture, quant au projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant **réforme** du droit des contrats, du **régime général** et de la preuve des obligations, Art. 8 I [nouveau], www.assemblee-nationale.fr/15/projets/pl0629.asp) ; v. aussi la critique de Cyril Grimaldi, « En attendant la loi de ratification... », *D.2016.607* et de Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier (supra note 17), p. 414 s. (« Elle rompt avec l'approche classique du droit français. [...] Remarier judiciairement des divorcés ne semble pas une solution viable. ») ; l'Assemblée Nationale pourtant veut ratifier l'ordonnance du 10 février 2016 sans changement à cet égard (cf. texte n° 46/2017-2018 adopté le 11 décembre 2017, en première lecture, www.assemblee-nationale.fr/15/ta/ta0046.asp) ; pour une adaptation aussi Nicolas Molfessis (supra note 106), p. 2392 s. ; la proposition de loi n° 3563 du 22 juin 2011 ne prévoyait en concordance avec le projet de la Chancellerie de 2008 (supra note 150) qu'une adaptation prétorienne en cas d'un accord de toutes les parties au contrat (v. la critique de Peter Jung, « Regard comparatiste sur la proposition de loi visant la renégociation d'un contrat en cas d'imprévision », dans *Liber amicorum – mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, 2013, p. 714 s).

173 V. art. 92 al. 3 du Volume de propositions pour une réforme du droit des contrats de l'Académie des Sciences morales et politiques (« Rapport Terré ») du 1^{er} décembre 2008 ; Mustapha Mekki, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.2016*, p. 502 ; Rémy Cabril-lac (supra note 94), p. 772.

2.2. Regard comparatiste sur les droits allemand et suisse

Les modes d'intervention dans le contrat selon le § 313 BGB montrent quatre particularités par rapport au droit français. La première réside dans le fait que le § 313 BGB ne prévoit pas de phase préalable et obligatoire de renégociation du contrat. La doctrine allemande dominante se montre traditionnellement réticente par rapport à une obligation de renégociation du contrat.¹⁷⁴ Une divergence importante est en outre la priorité de l'adaptation par rapport à la résolution ou résiliation du contrat. En effet, la résolution ou la résiliation n'intervient selon le § 313 al. 3 BGB que comme une *ultima ratio* si une adaptation du contrat s'avère objectivement impossible ou déraisonnable pour une des parties.¹⁷⁵ Cette subsidiarité, qui présente l'avantage d'un maintien du contrat dans la limite du possible, a été inspirée par le droit des contrats administratifs et le principe de proportionnalité.¹⁷⁶ Tandis qu'autrefois le contrat a même été modifié de plein droit en cas d'une absence ou d'une disparition du fondement contractuel,¹⁷⁷ le § 313 BGB prévoit depuis 2002 la nécessité d'une demande d'adaptation. Ainsi, comme en droit français, le juge ne peut plus intervenir d'office.¹⁷⁸ Mais bien au contraire du droit français, qui accorde encore aux parties un délai raisonnable pour une demande commune d'adaptation, celle-ci peut être directement et concrètement demandée par une des parties seule en droit allemand. La partie concernée peut même directement faire valoir les prétentions provenant de l'adaptation demandée.¹⁷⁹ La quatrième particularité consiste finalement dans le fait que seule la partie lésée dispose d'un droit formateur de résoudre ou – lorsqu'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée – de résilier le contrat si l'adaptation est impossible ou s'avère déraisonnable pour une des parties.¹⁸⁰ Il ne relève ainsi pas du juge allemand de résoudre ou résilier le contrat en cas d'imprévision. Il peut seulement vérifier les conditions de l'exercice du droit formateur subsidiaire de résolution ou de résiliation posées par le § 313 BGB sur demande de l'autre partie contractante.

Les conséquences juridiques de la théorie suisse de l'imprévision ressemblent d'abord au droit allemand car une renégociation amiable est souhaitée mais pas

174 V. Uve Diederichsen, « Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts », *AcP* 182 (1982), p. 109 ; Thomas Finkenauer (supra note 1), n° 122 ; mais v. aussi pour une telle obligation dont l'inexécution entraîne des dommages-intérêts BGH 30 sept. 2011, *NJW* 2012, 376 ; en doctrine p. ex. Horst Eidenmüller (supra note 163), p. 1070 s. et Norbert Horn (supra note 158), p. 255 ss.

175 V. BGH 30 sept. 2011 *BGHZ* 191, 139, n° 25 ; Christian Grüneberg (supra note 1), n° 40 ; v. déjà antérieur à la réforme de 2001 Ralf Köbler (supra note 32), p. 251 ; Christian Hey (supra note 79), p. 20 ; Wilhelm Haarmann (supra note 39), p. 83.

176 V. aussi à cet égard la critique de Thomas Finkenauer (supra note 1), n° 100 ss.

177 V. p. ex. BGH 30 mars 1984, *BGHZ* 91, 32, 36.

178 Thomas Finkenauer (supra note 1), n° 82.

179 Thomas Finkenauer (supra note 1), n° 83.

180 V. aussi en ce sens le paragraphe 3 de la clause de hardship CCI 2003.

nécessaire.¹⁸¹ Mais la résolution et l'adaptation constituent selon l'opinion dominante suisse une alternative paritaire¹⁸² comme c'est le cas selon l'art. 1195 al. 2 phr. 2 C. civ., les codifications doctrinales¹⁸³ et selon l'art. 89 al. 2 de la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente.

IV. Conclusion

En matière d'imprévision, le droit français a abandonné sa position de résistance comparable à un petit village gaulois et s'est aligné sur les autres droits continentaux.¹⁸⁴ Cet alignement, qui marque une rupture véritable,¹⁸⁵ n'est toutefois que de principe compte tenu des différents concepts subjectifs,¹⁸⁶ objectifs¹⁸⁷ et mixtes¹⁸⁸ existants dans les droits européens quant aux éléments constitutifs et quant aux modes d'une adaptation ou résolution nécessaire du contrat. Tandis que cet alignement peut être constaté surtout par rapport aux dispositions des codifications doctrinales,¹⁸⁹ les différences par rapport aux droits allemand et suisse restent considérables. Mais cela n'est pas à cause du droit français nouveau. En effet, le droit allemand adhère depuis un siècle au concept large du fondement contractuel qui couvre à la fois l'erreur commune lors de la conclusion du contrat (*Fehlen der Geschäftsgrundlage*) et le changement ultérieur (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) qui perturbe gravement l'équilibre contractuel (*Äquivalenzstörung*) ou le but du contrat (*Zweckstörung*). De plus, le droit jurisprudentiel

181 Rappr. art. 373 al. 2 CO ; TF 24 avr. 2001, ATF 127 III 307 ; Valentin Monn (supra note 158), n. 1594 ; Ernst A. Kramer (supra note 59), n° 353.

182 V. Ernst A. Kramer (supra note 59), n° 354 ss.

183 Art. 6:111 PDEC/PECL ; art. 6.2.3 al. 4 PU/UPICC 2016 ; art. III.-1:110 al. 2 DCFR.

184 Sebastian Martens (supra note 33), p. 620 s. ; quant aux propositions de réformes Rémy Cabrillac, « Perspectives d'évolution du droit français en matière d'imprévision à la lumière du droit comparé », dans *Liber amicorum – mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, 2013, p. 227 ss ; Walter Doralt (supra note 28), p. 761 ss ; v. également quant à la proposition de loi n° 3563 du 22 juin 2011 Peter Jung (supra note 172), p. 695 ss.

185 Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier (supra note 17), p. 384.

186 Les concepts subjectifs se basent soit sur la commune intention hypothétique des parties lors d'une interprétation (supplétive) du contrat (v. supra sous I. B) soit sur des concepts d'erreur (v. supra dans le texte autour des notes 132 ss).

187 Les concepts objectifs se basent sur l'équité, la bonne foi ou l'abus de droit (v. supra notes 78 et 84).

188 Les concepts mixtes se basent sur une absence ou une disparition de la cause ou du fondement du contrat (v. p. ex. supra note 122).

189 Art. 6:111 PDEC/PECL 1999 ; art. 6.2.2 et 6.2.3 PU/UPICC 2016.

allemand a été codifié à droit constant en 2001 en consacrant la traditionnelle et particulière réticence allemande par rapport à une obligation de renégociation. Le droit suisse, pour sa part, ne connaît pas encore une codification de la théorie de l'imprévision et ne s'est pas encore décidé entre un concept subjectif¹⁹⁰ et un concept objectif¹⁹¹ concret. Il rejoint en outre le droit allemand dans sa réticence par rapport à une obligation légale de renégociation.

Le droit français semble avoir enfin trouvé une solution adéquate aux problèmes posés par un fait non considéré lors de la conclusion du contrat en adressant ces problèmes, à côté de l'art. 1195 C. civ., par plusieurs concepts bien établis comme notamment la force majeure (art. 1218 C. civ.), l'interprétation du contrat (art. 1188 ss C. civ.) et l'erreur sur les qualités essentielles (art. 1132 ss C. civ.). Certes, surtout par rapport au droit suisse, les solutions subjectives sont quelque peu sous-développées en droit français. Les juges du fond français, marqués toujours par le risque d'une cassation pour dénaturation des clauses claires et précises, donnent encore trop peu d'espace à l'interprétation supplétive du contrat en matière d'imprévision. On pourrait aussi se servir un peu plus du concept de l'erreur sur les qualités essentielles selon le modèle de l'art. 24 al. 1 n° 4 C. civ. suisse. Mais il faut aussi reconnaître les limites de ces approches subjectives. En matière d'imprévision, la recherche de la commune intention des parties même hypothétique dans le tréfonds du contrat devient assez souvent une pure fiction.¹⁹² L'interprétation du contrat n'est pourtant pas une « libre recherche scientifique »¹⁹³ ou une « expression de la fantaisie du juge ».¹⁹⁴ Si les parties lors de la conclusion du contrat n'ont pas eu d'idées concrètes quant à une absence d'un changement particulier de circonstances, il est également difficile à constater une erreur. Les critères pour le quand et le comment d'une intervention du juge dans le contrat doivent ainsi subsidiairement être trouvés ailleurs, dans des critères objectifs qui doivent être développés notamment dans le cadre de l'art. 1195 C. civ.

En ce qui concerne les modes d'intervention du juge dans le contrat, le droit français ne devrait plus remettre en question la possibilité d'une adaptation du contrat prévue par l'ordonnance du 10 février 2016.¹⁹⁵ Certes, la résolution ou résiliation du contrat

190 V. pour l'intervention du juge sur la base d'une interprétation supplétive supra sous I. B. et pour l'annulation d'un contrat à cause d'une erreur de base supra dans le texte après note 133.

191 V. pour l'intervention du juge sur la base de la bonne foi et de l'abus de droit selon l'art. 2 C. civ. suisse supra note 84.

192 Rappr. pour la distinction entre une simple adaptation (en terme allemand : « Zuendedenken ») et la création d'un nouveau contrat dans le cadre de l'art. 12 al. 4 CPC Bénédicte Fauvarque-Cosson (supra note 28), n° 39.

193 Rappr. Olivier Deshayes (supra note 45), p. 165.

194 Anne Etienney de Sainte Marie (supra note 69), p. 166.

195 V. pour la discussion actuelle au Parlement français supra note 172 ; pour la nécessité d'une possibilité d'adaptation déjà Nicolas Molfessis (supra note 106), p. 2392 s. et en droit comparé Peter Jung (supra note 4), p. 64, 86 s. et 241 s. et idem (supra note 172), p. 714 s.

représente la solution la plus simple et évite la création d'un nouveau contrat par le juge.¹⁹⁶ En revanche, cette condition réduit considérablement la marge de manœuvre du juge dans sa recherche de ce qui représente pour lui la solution la plus appropriée et la moins intrusive. La possibilité d'une adaptation prétorienne décourage également la partie qui profiterait d'une éventuelle fin du contrat pour s'abstenir d'une renégociation sérieuse de bonne foi.¹⁹⁷ Une adaptation du contrat ne devrait ainsi être exclue qu'en cas de rejet commun des parties ou si l'une des parties n'aurait jamais accepté une telle proposition lors de la conclusion du contrat.¹⁹⁸ L'adaptation doit – en principe et en fonction de la volonté hypothétique des parties – répartir le risque supplémentaire d'imprévision qui n'a pas été assumé par la partie lésée (« charges extracontractuelles ») entre les parties en principe par moitié.¹⁹⁹

Il est indéniable que le droit français prend le risque de retomber, avec l'art. 1195 C. civ., dans les mêmes travers que ceux qui ont justifié la réforme, c'est-à-dire un droit jurisprudentiel et subsidiairement légiféré.²⁰⁰ Mais légiférer, c'est aussi prendre des risques et avoir confiance que le juge arrivera, en matière d'imprévision, à aménager un beau jardin à l'anglaise.

Bibliographie

- AUER, Marietta, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*, Tübingen, 2005.
- AUVERNY-BENNETOT, Jean, *La théorie de l'imprévision – Droit privé, droit administratif et droit ouvrier*, Paris, 1938.
- BARBIER, Hugo, *La liberté de prendre des risques*, Marseille, 2011.
- BARBIÉRI, Jean-Jacques, *Vers un nouvel équilibre contractuel ? Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et exécution du contrat*, Toulouse, 1981.

196 En ce sens p. ex. Thomas Genicon (supra note 8), p. 2488 ; A. Bruzin, *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*, Bordeaux, 1922, p. 372 s.

197 Gaël Chantepie et Mathias Latina, « Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture du Sénat », *D.2018*, p. 311 s. parlent ainsi à propos de l'adaptation prétorienne d'un « épouvantail ».

198 En ce sens déjà Peter Jung (supra note 4), p. 241 s.

199 Rappr. en droit français les critères du Conseil d'État pour la fixation de l'indemnité d'imprévision CE 19 févr. 1926, *Sté du gaz de La Ciotat*, *Lebon* 196 ; CE 27 juin 1919, *Gaz de Nice*, *Lebon* 571 ; CE 16 juin 1954, *Sté des établissements Hugues*, *Lebon* 355 et Albert Wahl (supra note 31), t. II, p. 38 s. ; pour le droit transnational Christoph Brunner, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles*, Austin, 2009, p. 499 ; en droit allemand Peter Jung (supra note 4), p. 242 ; en droit suisse Pascal Pichonnaz (supra note 141), p. 39.

200 Rappr. Olivier Tournafond, « Les mauvais penchants de la réforme du droit des contrats », *Droit et patrimoine* 2015, p. 50 s.

- BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel et BONNECASE, Julien, *Supplément au traité de droit civil*, t. 1, Paris, 1924.
- BEHAR-TOUCHAIS, Martine, « Quand la théorie de l'imprévision entre par la petite porte : la clause de «hardship» imposée sous peine d'amende administrative », *RDC* 2013, p. 1431 ss.
- BELIN, Roger, *Les index économiques dans les contrats publics et privés*, Paris, 1942.
- BÉNABENT, Alain, « La bonne foi dans l'exécution du contrat », dans *Travaux de l'Association Henri Capitant (Journées Louisianaises 1992)*, Paris 1994, p. 291 ss.
- BERGLAR, Daniele, *Der subjektive Lösungsansatz in der Geschäftsgrundlagenlehre*, Köln, 1982.
- BEUTHIEN, Volker, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, Tübingen, 1969.
- BISCHOFF, Jacques, *Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus – Risikoordnung in Verträgen bei veränderten Verhältnissen*, Zürich, 1983.
- BLAUROCK, Uwe et HAGER, Günther. (dir.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert. Materialisierung, Konstitutionalisierung und Europäisierung*, Baden-Baden, 2010.
- BOMSEL, *La théorie de l'imprévision en droit civil français*, Paris, 1922.
- BRUNNER, Christoph, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles*, Austin, 2009.
- BRUZIN, André, *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*, Bordeaux, 1922.
- CABRILLAC, Rémy, « L'article 1196 : La porte entrouverte à l'admission de l'imprévision », *RDC* 2015, p. 771 s.
- CABRILLAC, Rémy, « Perspectives d'évolution du droit français en matière d'imprévision à la lumière du droit comparé », dans *Liber amicorum – mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, 2013, p. 227 ss.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, « Wandlungen des Schuldvertragsrechts. Tendenzen zu seiner Materialisierung », *AcP* 2000, n° 200, p. 273 s.
- CAPITANT, Henri, « Les effets des obligations », *RTD civ.* 1932, p. 721 ss.
- CARBONNIER, Jean, *Droit civil – les obligations*, 22^e éd., Paris, 2000.
- CASHIN-RITAINE, Eleanor, « Imprévision, Hardship und Störung der Geschäftsgrundlage », dans Tobias HELMS (dir.), *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, Stuttgart, 2001, p. 85 ss.
- CASSIN, René, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, Paris, 1914.
- CASSIN, René, « La cause des obligations », *Annales de droit commercial* 1923, p. 332 ss.
- CÉLICE, Raymond, *L'erreur dans les contrats – Etude de la jurisprudence française*, Paris, 1922.
- CHABAS, Cécile, *L'inexécution licite du contrat*, Paris, 2002.
- CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias., « Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture du Sénat », *D.* 2018, p. 309 ss.
- CHAZAL, Jean-Pierre, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil », *RTD civ.* 2001, p. 265 ss.
- CHIOTELLIS, Aristide, *Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen in Schuldverträgen*, München, 1980.
- DAVID, René, « Frustration of Contract in French Law », *Journal of comparative legislation and international law* 1946, p. 2 ss.
- DAVID, René, « L'imprévision dans les droits européens », dans *Études offertes à A. Jauffret*, Aix-en-Provence, 1974, p. 211 ss.

- DE LA TOUR, Jean Richard, « Les principes, directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC* 2016, p. 392 s.
- DESHAYES, Olivier, « Les directives d'interprétation du Code civil : la cohérence des textes », *RDC* 2015, p. 159 ss.
- DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Paris, 2016.
- DIEDERICHSEN, Uwe, « Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts », *AcP* 1982, n° 182, p. 101 ss.
- DORALT, Walter, « Der Wegfall der Geschäftsgrundlage, Altes und Neues zur théorie de l'imprévision in Frankreich », *RabelsZ* 2012, n° 76, p. 761 ss.
- EIDENMÜLLER, Horst, « Neuverhandlungspflichten bei Wegfall der Geschäftsgrundlage », *ZIP* 1995, p. 1063 ss.
- ETIENNEY DE SAINTE MARIE, Anne, « L'interprétation créatrice » : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », *RDC* 2015, p. 166 ss.
- ETIENNEY DE SAINTE MARIE, Anne, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC* 2016, p. 384 ss.
- FABRE, Régis, « Les clauses d'adaptation », *RTD civ.* 1983, p. 1 ss.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, « Le changement de circonstances », *RDC* 2004, p. 67 ss.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, « Les nouvelles règles du Code civil relatives à l'interprétation des contrats : perspective comparatiste et internationale », *RDC* 2017, p. 363 ss.
- FÉDOU, Jean-François, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, p. 382 s.
- FIKENTSCHER, Wolfgang et HEINEMANN, Andreas, *Schuldrecht*, 11^e éd., Berlin, 2017.
- FOUCHARD, Philippe, « L'adaptation des contrats », *Revue de l'arbitrage* 1979, p. 67 ss.
- FRANÇOIS, Clément, « Présentation des articles 1188 à 1192 du nouveau chapitre III "L'interprétation du contrat" », <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap3-interpretation-contrat> [consulté le 27.02.2019].
- GABELLON, Adrien, « La théorie de l'imprévision ou l'adaptation du contrat par le juge dans un contexte de crise économique », dans Lucas HECKENDORN et Karen TOPAZ DRUCKMAN (dir.), *Les difficultés économiques en droit*, Zurich/Genève, 2015, p. 213 ss.
- GAUDIN DE LAGRANGE, Émérentienne, *L'intervention du juge dans le contrat*, Paris, 1935.
- GENICON, Thomas, « Caducité pour disparition de la cause : *requiem* pour une immortelle ? », *RDC* 2016, p. 11 ss.
- GENICON, Thomas, « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? », *D.* 2010, p. 2485 ss.
- GOUNOT, Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté – contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, 1912.
- GRIMALDI, Cyril, « En attendant la loi de ratification », *D.* 2016, p. 606 s.
- GRIMALDI, Cyril, « La valeur normative des directives d'interprétation », *RDC* 2015, p. 154 ss.
- GUEULLETTE, Jean-Emile, *Des effets juridiques de la guerre sur les contrats*, Paris, 1918.
- HAARMANN, Wilhelm, *Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerschuldverhältnissen*, Berlin, 1979.
- HARTKOPF, Walfried Otto, *Abgrenzung der Leistungsstörungen von der Gewährleistung und dem Institut der Geschäftsgrundlage*, Berlin, 1982.

- HEY, Christian, *Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlagenstörung im Gesellschaftsrecht*, Hamburg, 1990.
- HONDIUS, Ewoud, *Towards a European Civil Code*, 3^e éd., Alphen aan den Rijn, 2004.
- HORN, Norbert, « Neuverhandlungspflicht », *AcP* 1981, n 181, p. 255 ss.
- JACQUEMARD, Louis-Marcel, *La théorie de l'imprévision et la gestion des services publics concédés*, Alger, 1920.
- JAHEL, Sélim, « Chari'a et contrats internationaux », dans *Clés pour le siècle*, Paris, 2000, p. 289 ss.
- JOSSERAND, Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1939.
- JUNG, Peter, *Die Bindungswirkung des Vertrages unter veränderten geschäftswesentlichen Umständen*, Baden-Baden, 1995.
- JUNG, Peter, « Regard comparatiste sur la proposition de loi visant la renégociation d'un contrat en cas d'imprévision », dans *Liber amicorum – mélanges en l'honneur de Camille Jaufret-Spinosi*, Paris, 2013, p. 695 ss.
- JURISCH, Bernhard, *Vertragsauslegung und Vertragsergänzung nach französischem Recht verglichen mit dem deutschen Recht*, Berlin, 1975.
- KEGEL, Gerhard, « Empfiehlt es sich, den Einfluß grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn ? (Geschäftsgrundlage, Vertragshilfe, Leistungsverweigerungsrecht), Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag », dans *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentags in Hamburg*, t. 1, Hamburg, 1954.
- KEGEL, Gerhard, « Rohstoff- und Rüstungskredite – Rechtsfragen ihrer Abwicklung », *JZ* 1951, p. 385 ff.
- KIEHL, « Die Einwirkung eines Umschwungs der wirtschaftlichen Verhältnisse auf Verträge », *Gruchot* 1923, t. 66, p. 140 ss.
- KÖBLER, Ralf, *Die « clausula rebus sic stantibus » als allgemeiner Rechtsgrundsatz*, Tübingen, 1991.
- KÖHLER, Helmut, *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, München, 1971.
- KRAMER, Ernst A., « Art. 18 OR », dans *Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, t. VI/1/1, Bern, 1986
- KRAMER, Ernst A., *Der Irrtum beim Vertragsschluß*, Zürich, 1998.
- LANDO, Ole et BEALE, Hugh. (dir.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II combined and revised*, La Haye, 2000.
- LARENZ, Karl, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung – Die Bedeutung veränderter Umstände im Zivilrecht*, 3^e éd., München, 1963.
- LECUYER, Hervé, « Le contrat, acte de prévision », dans *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré*, Paris, 1999, p. 643 ss.
- LEHMANN, Heinrich, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 14^e éd., Berlin, 1963.
- LEMBKE, Gerd, *Vorhersehbarkeit und Geschäftsgrundlage – Eine Untersuchung über die Bedeutung der Vorhersehbarkeit und der Erkennbarkeit für den Rechtsbehelf des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage*, Köln, 1991.

- LENEL, Otto, « Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches) », *AcP* 1889, n° 74, p. 213 ss.
- LENEL, Otto, « Nochmals die Lehre von der Voraussetzung », *AcP* 1892, n° 79, p. 49 ss.
- LIEBS, Detlev, « Bereicherungsanspruch wegen Mißerfolgs und Wegfall der Geschäftsgrundlage », *JZ* 1978, p. 697 ss.
- LITTBARSKI, Sigurd, « Neuere Tendenzen zum Anwendungsbereich der Lehre von der Geschäftsgrundlage », *JZ* 1981, p. 8 ss.
- LOCHER, Eugen, « Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck », *AcP* 1923, n° 121, p. 1 ss.
- LYON-CAEN, Gérard, « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.* 1946, p. 75 ss.
- MAGNAN DE BORNIER, Jean, *Essai sur la théorie de l'imprévision*, Paris, 1924.
- MARSON, Jacqueline, *L'abus du droit en matière de contrat*, Paris, 1935.
- MARTENS, Sebastian, « Methodenfragen und die Behandlung von Grndlagenstörungen im Europäischen Privatrecht », *ZEuP* 2017, p. 600 ss.
- MARTIAL-BRAZ, Nathalie, « L'objectivation des méthodes d'interprétation : la référence à la « personne raisonnable » et l'interprétation in favorem », *RDC* 2015, p. 193 ss.
- MARTINEK, Michael, « Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten. Bestandsaufnahme, Kritik und Ablehnung », *AcP* 1998, n° 198, p. 329 ss.
- MARTY, Gabriel, « Rôle du juge dans l'interprétation du contrat », dans *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 5, Paris, 1949, p. 84 ss.
- MAZEAUD, Denis, « Renégocier ne rime pas avec réviser ! », *D.* 2007, p.765.
- MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Léon, MAZEAUD, Jean et CHABAS, François, *Leçons de droit civil*, t. 2/1 : *Obligations – théorie générale*, 9^e éd., Paris, 1998.
- MEDICUS, Dieter, « Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage », dans Horst Heinrich JAKOBS (dir.), *Festschrift für Werner Flume*, t. 1, Köln, 1978, p. 629 ss.
- MEHLICH D., *Der Wegfall des mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolgs nach § 812 I 2 2. Alt. – Anwendungsbereich und Abgrenzungen zu verwandten Regelungen*, Bielefeld, 1986.
- MEKKI, Mustapha, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2016, p. 494 ss.
- MESTRE, Jacques, « De la cause dans l'exécution du contrat », *RTD civ.* 1987, p. 751 ss.
- MEYNIAL, Edmond, « La déclaration de volonté », *RTD civ.* 1902, p. 545 ss.
- MOCKENHAUPT, Rainer, *Ergänzende Vertragsauslegung bei unwirksamen AGB-Klauseln am Beispiel der Tagespreisklausel in Kaufverträgen über fabrikneue Personenkraftwagen*, Frankfurt a. M., 1987.
- MOLFESSIS, Nicolas, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *JCP G* 2015, p. 2390 ss.
- MONN, Valentin, *Die Verhandlungsabrede. Begründung, Inhalt und Durchsetzung von Verhandlungspflichten*, Zürich, 2010.
- MORIN, Gaston, *La révolte des faits contre le Code*, Paris, 1920.
- MOURY, Jacques, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D.* 2000, Chronique, p. 382 ss.
- MÜLLER, Christoph, « Zur Diskussion um die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage », *JZ* 1981, p. 337 s.

- Münchener Kommentar zum BGB*, t. II (§§ 241-432), 7^e éd., München, 2016.
- NELLE, Andreas, *Neuverhandlungspflichten. Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten*, München, 1994.
- NICKLISCH, Fritz, « Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlagenlehre », *BB* 1980, p. 949 ss.
- OERTMANN, Paul, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921.
- OFTINGER, K., « Die krisenbedingte Veränderung der Grundlagen bestehender Verträge », *SJZ* 1939/1940, n° 36, p. 229 ss.
- OMMESLAGHE VAN, Pierre, « La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *Le contrat à l'aube du XXI^e siècle. Études offertes à J. Ghestin*, 2001, p. 881 ss.
- OPPETIT, Bruno, « L'adaptation des contrats internationaux », *Clunet* 1974, p. 794 ss.
- PALANDT, Otto, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 77^e éd., München, 2018.
- PENESCO, N., *Limites à l'exercice du droit contractuel*, Paris, 1923.
- PICHONNAZ, Pascal, « La modification des circonstances et l'adaptation du contrat », dans Pascal PICHONNAZ et Franz WERRO (dir.), *La pratique contractuelle – 2^e Symposium en droit des contrats*, Genève, 2011, p. 21 ss.
- PICOD, Yves, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, 1989.
- PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges et ESMEIN, Paul, *Traité pratique de droit civil*, t. 6, 2^e éd., Paris, 1952.
- PRÖLSS, Jürgen et ARMBRÜSTER, Christian, « Wegfall der Geschäftsgrundlage und deutsche Einheit », *DtZ* 1992, p. 203 ss.
- PRÜTTING, Hanns, WEGEN, Gerhard et WEINREICH, Gerd (dir.), *BGB-Kommentar*, 12^e éd., Neuwied, 2017.
- RABEL, Ernst, « Die reichsgerichtliche Rechtsprechung über den Preisumsturz », *DJZ* 1921, p. 323 ss.
- RADOUANT, Jean, *Du cas fortuit et de la force majeure*, Paris, 1920.
- REVEY, Thierry, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, p. 373 ss.
- REVIRIOT, Roger, *Le droit privé français et la théorie de l'imprévision : Essai sur un aspect de l'interprétation de la loi*, Genève, 1951.
- RHODE, H., « Die beiderseitige Voraussetzung », *AcP* 1925, n°124, p. 257 ss.
- RICHTERVEREIN BEIM REICHSGERICHT, « Stellungnahme des Richtervereins beim Reichsgericht », *JW* 1924, p. 90.
- RIESENHUBER, Karl, « Vertragsanpassung wegen Geschäftsgrundlagenstörung. Dogmatik, Gestaltung und Vergleich », *BB* 2004, p. 2697 ss.
- RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, 1949.
- ROUSSEL, Gaston, *Le contrat. De l'intervention du juge et du législateur dans son exécution*, Paris, 1937.
- SCHMIDT, E., « The Materialisation of Private Law and the co-operation Maxim of Civil Proceedings », dans Frank BENSELER, Peter M. HEJL et Wolfram K. KÖCK (dir.), *Autopoiesis, Communication and Society*, Frankfurt a. M., 1980, p. 185 ss.
- SCHULZE, Reiner, « § 313 BGB », dans *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar*, 9^e éd., Baden-Baden, 2016.

- SCHWENZER, Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 7^e éd., Bern, 2016.
- SERBESCO, S., « Effets de la guerre sur l'exécution des contrats », *RTD civ.* 1917, p. 349 ss.
- STOFFEL-MUNCK, Philippe, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, Aix-en-Provence, 1994.
- STOYANOVITCH, Constantin, *De l'intervention du juge dans le contrat en cas de survenance de circonstances imprévues*, Marseille, 1941.
- SULZER, Stefan, *Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht*, Zürich, 2002.
- TERCIER, Pierre, « La 'clausula rebus sic stantibus' en droit suisse des obligations », *JdT* 1979, p. 194 ss.
- THIBIERGE, Louis, *Le contrat face à l'imprévu*, Paris, 2011.
- THIBIERGE-GUELFUCCI, Catherine, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357 ss.
- TISON, R., *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français*, Paris, 1931.
- TOURNAFOND, Olivier, « Les mauvais penchants de la réforme du droit des contrats », *Droit et patrimoine* 2015, p. 50 s.
- TRICOT, Daniel, « Le contrôle de dénaturation et la liberté de l'interprétation des conventions », *RDC* 2015, p. 149 ss.
- UHLMANN, « Irrtum, veränderte Umstände und Geschäftsgrundlage », *LZ* 1931, p. 129 ss.
- VINEY, François, « L'expansion du 'raisonnable' dans la réforme du droit des obligations : un usage déraisonnable ? », *D.* 2016, p. 1940 s.
- VOIRIN, Pierre, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, Nancy, 1922.
- VOUIN, Robert, *La bonne foi. Notion et rôle actuels en droit privé français*, Bordeaux, 1939.
- WAHL, Albert, *Le droit civil et commercial de la guerre*, t. 2–3, Paris, 1918.
- WINDSCHEID, Bernhard, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850.
- WINDSCHEID, Bernhard, « Die Voraussetzung », *AcP* 1892, n° 78, p. 161 ss.
- WITZ, Claude, « Effets, interprétation et qualification du contrat », dans « La réforme du droit français des contrats », colloque, *RDC* 2009, p. 318 ss.
- WITZ, Claude, « L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2015, p. 2020 ss.
- WOLGAST, Antje, *Die Auslegung von Rechtsgeschäften im französischen Recht, im deutschen Recht und im Common Law*, Hamburg, 1965.
- YUNG, Walter, « L'interprétation supplétive des contrats », *ZBJV* 1961, n° 97, p. 41 ff.
- ZAKSAS, Joseph, *Les transformations du contrat et leur loi – Essai sur la vie du contrat en tant qu'institution juridique*, Paris, 1939.

L'imprévision en droit polonais

Małgorzata Pyziak-Szafnicka*

I. Un peu d'histoire : de l'art. 269 du Code des obligations jusqu'à l'art. 357¹ du Code civil

1. La théorie de l'imprévision est réglée en droit civil polonais depuis sa première codification, c'est-à-dire l'ordonnance du président de la République polonaise du 27 octobre 1933, introduisant le Code des obligations (CO). Cet acte législatif a unifié le droit dans un pays qui a retrouvé son indépendance seulement 15 ans auparavant.

Les auteurs du Code, après la guerre mondiale et la crise économique des années 20 ont trouvé raisonnable d'introduire une solution permettant la modification judiciaire du contrat en cas d'imprévisibilité. Il faut ajouter qu'ils étaient – bien sûr – conscients que cette solution législative différerait de la tradition des codes européens (à savoir – allemand, autrichien et français) étant en vigueur sur les territoires polonais durant la période du partage. C'est dans l'art. 269 CO que nous retrouvons la formule suivante : « Lorsque, par suite d'événements exceptionnels tels que : guerre, épidémie, perte totale de récoltes et autres cataclysmes naturels, l'exécution de la prestation se heurterait à des difficultés excessives ou menacerait l'une de parties d'une perte exorbitante, que les parties n'ont pas pu prévoir lors de la conclusion du contrat, le tribunal peut, s'il le juge nécessaire, d'après les principes de la bonne foi et après avoir pris en considération les intérêts des deux parties, fixer le mode d'exécution, le montant de la prestation, ou même prononcer la résolution de la convention ». Cette disposition était précédée par les articles concernant l'impossibilité et ses effets sur l'obligation (art. 267 et 268 CO). On a souligné que les raisons, visées dans l'art. 269 CO permettant de formuler une demande auprès du tribunal afin de remanier le contrat, ne constituent pas une liste exhaustive ; elles ne sont citées qu'à titre d'exemple. C'est au

* Professeur en droit, Université de Łódź, Faculté de droit et d'administration, Chaire de droit civil, mpsazafnicka@wpia.uni.lodz.pl

magistrat qu'incombe la charge d'apprécier si, vu les circonstances concrètes, la demande est justifiée.¹

La théorie construite sur la base de l'article précité accentuait l'idée d'équilibre dans l'obligation et l'équivalence des prestations dans le contrat synallagmatique. On a expliqué que – dans le cas où cet équilibre se trouve détruit par des événements imprévisibles – il serait contraire à la bonne foi et à l'honnêteté contractuelle de forcer une partie à l'exécution de sa prestation visiblement trop coûteuse.² On a trouvé la pré-source de ce raisonnement chez les glossateurs qui, au Moyen Âge, avaient créé la théorie de la *clause rebus sic stantibus*, condition tacite incluse dans chaque contrat, selon laquelle les parties s'obligent à l'exécuter dans les circonstances existant au moment de sa conclusion. « Le père » du Code des obligations, professeur à l'Université de Jean Casimir de Lwów, R. Longchamps de Berier, a expliqué que l'art. 269 CO ne supprime pas la règle *pacta sunt servanda* en droit polonais, mais « il l'amène aux limites raisonnables ». Il était persuadé que – du point de vue de la sûreté des relations contractuelles – il serait mieux d'avoir une base législative claire de l'intervention du juge plutôt que d'inventer différentes solutions *ad hoc* pour maintenir un contrat troublé par des événements inattendus.³

2. Le Code des obligations est resté en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 1965, jour de l'entrée en vigueur du Code civil - loi du 23 avril 1964.⁴ Sans présenter les principes de base du Code, toujours en vigueur, je voudrais souligner que cette loi, même si elle date de l'époque socialiste,⁵ a gardé les solutions classiques du droit des obligations, dont nous trouvons les racines communes à l'époque romaine et dont le développement a eu pour effet les codifications européennes. Surtout le livre III du Code, « Les obligations », a repris en majorité les institutions du Code des obligations. Pourtant, la commission codificatrice, regroupant les professeurs de droit, qui ont préparé le projet du Code, a omis la disposition concernant l'imprévisibilité. L'explication de cette décision était assez simple : dans l'économie socialiste, où les entreprises étatiques chargées de la réalisation des plans nationaux constituaient la majorité des grands acteurs sur le marché, des crises ne devraient pas avoir lieu. Dans l'économie administrativement dirigée « l'imprévision » a été exclue par principe. Par conséquent, dans le texte initial du Code on

1 Jan Korzonek, Ignacy Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz* [Code des obligations. Commentaire], Kraków 1936, p. 703–706.

2 Supra.

3 Roman Longchamps de Berier, *Zobowiązania* [Les obligations], éd. III, Poznań, 1948, p. 417.

4 J.O. 1964, n° 16, pos. 93.

5 Le plus significatif pour le système socialiste était l'introduction de règles spéciales concernant la propriété (art. 126–139). Le Code civil connaît plusieurs types et formes de propriétés dont la plus privilégiée – la propriété d'Etat. Par contre, la propriété « individuelle » était restreinte par principe aux biens de consommation. Ces articles sont *supprimés* du Code depuis le 1^{er} octobre 1990.

ne retrouve pas d'article étant l'homologue de l'art. 269 CO. Cependant, dans le titre XV du livre III du Code, consacré au contrat d'entreprise, il y a une disposition spéciale concernant le prix fixé d'une manière forfaitaire. L'art. 632 § 2 C. civ. permet à l'entrepreneur de demander devant le tribunal l'indexation du prix ou même la résolution du contrat, « lorsque, par suite du changement des circonstances imprévisibles, l'exécution de l'entreprise le menacerait d'une perte exorbitante ». L'image de la législation doit être complétée par une remarque concernant les principes d'exécution de la prestation pécuniaire. Dans l'art. 358 C. civ. le législateur a déclaré le zloty polonais comme monnaie exclusive pour exprimer des obligations sur le territoire de la Pologne. En même temps, il a prévu le principe de nominalisme, sans aucune exception. Il faut être conscient qu'à l'époque, le zloty restait une monnaie inconvertible et les contractants essayant d'évaluer une prestation en une monnaie étrangère s'exposaient à la responsabilité pénale.

Dans les années 80. du XX^e siècle, avec la crise économique se caractérisant par une inflation galopante d'un côté et le développement des entreprises privées de l'autre, le corset créé par le Code civil est devenu insupportable. Le manque de mesure juridique permettant légalement de modifier le contrat est devenu un obstacle au développement économique.

3. La solution est venue avec la modification du Code, sans aucun doute la plus importante dans son histoire, qui a eu lieu le 28 juillet 1990 et est entrée en vigueur le 1^{er} octobre de la même année.⁶ Cette modification du Code, liée à la chute du communisme, était primordiale pour la réforme du droit privé. Elle a pratiquement chassé du Code les dispositions qui ont formé la base de la « propriété socialiste » et ses privilèges. Du point de vue du sujet de cette présentation, le plus important est le retour à la théorie de l'imprévision. Il est nécessaire de citer ici deux articles du Code, ajoutés en 1990.

D'abord l'art. 357¹ C. civ. qui prévoit : « Lorsque, par suite d'un changement extraordinaire des circonstances, l'exécution de la prestation se heurterait à des difficultés excessives ou menacerait l'une de parties d'une perte exorbitante, que les parties ne prévoyaient pas lors de la conclusion du contrat, le tribunal peut, après avoir pris en considération les intérêts des deux parties et d'après les principes de la vie en société, fixer le mode d'exécution, le montant de la prestation, ou même prononcer la résolution du contrat. Mettant fin au contrat le tribunal peut, selon le besoin, décider du règlement entre les parties ». Il faut expliquer que les juristes polonais, afin d'évoquer la solution juridique consacrée dans la disposition précitée, utilisent le plus souvent la formule *clause rebus sic stantibus*, très répandue dans le langage professionnel, et *parlent rarement* de la théorie de l'imprévision.

Pour bien caractériser le champ d'application de l'art. 357¹ C. civ., il semble indispensable de citer aussi les dispositions de l'art. 358¹ C. civ., qui – dans son § 2 – permet

6 J.O. 1990, n° 55, pos. 321.

aux parties d'introduire dans leur contrat des clauses d'indexation de la prestation pécuniaire. Dans son § 3 art. 358¹ C. civ. dispose : « Dans le cas d'un changement essentiel du pouvoir d'achat de l'argent après la création d'une obligation, le tribunal peut, après avoir pris en considération les intérêts des deux parties et les principes de la vie en société, fixer le mode d'exécution ou le montant de la prestation pécuniaire, même si elle a été établie dans un arrêt ou dans un contrat. » Il faut souligner toute de suite que cette valorisation judiciaire de la somme due ne dépend pas de l'imprévision constituant une condition nécessaire dans l'hypothèse de l'art. 357¹ C. civ. En outre, l'art. 358¹ § 3 C. civ. ne permet pas une résolution du contrat.

II. Le champ d'application, les conditions et l'effet de l'art. 357¹ Code civil

1. Le champ d'application

Quant au champ d'application de la *clause rebus sic stantibus*, on peut distinguer son étendue en fonction : du temps (a), des personnes pouvant profiter de l'art. 357¹ C. civ. (b), de la source des obligations pouvant être modifiées ou résolues sur la base de cette disposition (c), enfin – de l'objet des prestations dues (d).

a. Une modification de la loi entraîne presque toujours des questions inter-temporaires. Une de ces questions a vite trouvé sa réponse. Déjà le 15 novembre 1991 la Cour suprême (C. s.) a décidé que la *clause rebus sic stantibus* peut être appliquée aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur de l'art. 357¹ C. civ., c'est-à-dire avant le 1^{er} octobre 1990, si seulement le changement des circonstances a eu lieu après cette date.⁷ Partageant cette décision bien justifiée et d'ailleurs approuvée par la doctrine,⁸ je tiens à souligner que l'autre interprétation, surtout l'application de la clause seulement *pro future*, aux contrats conclus après 1990, aurait privé l'art. 357¹ C. civ. de son importance.⁹ En même temps, il faut approuver l'opinion de la C. s. excluant la résolution du contrat sur la base de l'art. 357¹ C. civ. dès que la prestation est entièrement exécutée.¹⁰

7 La résolution de la C. s. III CZP 115/91, OSNC 1992/6/95.

8 Wojciech Robaczyński, « Commentaire à la résolution de la C. s. », *Palestra* 1993, n° 3–4, p.100.

9 Piotr Machnikowski, dans *Kodeks cywilny. Komentarz* [Code civil. Commentaire], Warszawa, 2017, p. 657 souligne que l'importance de l'art 357¹ C. civ. dépend de la stabilisation de la situation, surtout économique. D'après cet auteur, actuellement le rôle de cette disposition du Code est insignifiant.

10 La décision de la C. s. du 9 avril 2003, I CKN 255/01, LEX 78890. Cependant la modification des prestations n'est pas exclue.

b. Dans sa version originale, l'art. 357¹ C. civ. était composé de deux paragraphes. Son premier paragraphe, cité ci-dessus, garde son contenu intact. Le but du deuxième paragraphe était de limiter, d'ailleurs d'une manière très significative, le cercle des personnes pouvant profiter de la *clause rebus sic stantibus* : le législateur a exclu une partie au contrat étant entrepreneur dans le cas où la prestation était liée à l'activité de son entreprise. Ce paragraphe a été abrogé en 1996¹¹, suivant les critiques des juristes. Ainsi, depuis plus de 20 ans, toute partie au contrat, indépendamment de son caractère professionnel, peut demander l'intervention du juge sur la base de l'art. 357¹ C. civ. Cette intervention n'est pas exclue même dans les contrats conclus par les entrepreneurs sur le marché public.¹²

c. L'étendue de l'art. 357¹ C. civ. quant à la source de l'obligation en tant qu'objet de l'intervention du juge, semble être clair : puisque le législateur parle de « l'imprévisibilité au moment de la conclusion du contrat » il s'agit d'une obligation ayant sa source dans le contrat. La certitude s'est vue bouleversée par la C. s. qui dans son arrêt du 26 novembre 1992 a jugé que l'application de l'art. 357¹ C. civ., par analogie, n'est pas exclue dans le domaine des obligations extracontractuelles, spécialement – en matière de successions. Cette décision a été vivement critiquée par la doctrine.¹³ Je pense que les arguments doctrinaux ont convaincu les juges de la C. s. ; on ne connaît pas d'autres décisions élargissant le champ d'application de l'art. 357¹ C. civ.¹⁴ Il faut alors constater que la *clause rebus sic stantibus* ne s'applique qu'aux obligations contractuelles. Son application, limitée aux contrats, semble englober tous leurs types, pas seulement les contrats synallagmatiques. Cependant, les juristes signalent une certaine difficulté quant aux contrats dans lesquels – d'après la volonté des parties – le risque contractuel repose sur l'une d'elles.¹⁵ Le problème se pose surtout à propos du contrat d'as-

11 La loi du 23 août 1996, J.O. 1996, n° 114, pos. 542, entrée en vigueur le 28 décembre 1996.

12 V. p. ex. la décision de la C. s. du 16 mai 2007, III CSK 452/06, LEX 334987, Piotr Machnikowski, dans *Kodeks cywilny. Komentarz, op. cit.*, s. 658 ; Wojciech Robaczyński, « Klauzula rebus sic stantibus i gospodarcza niemożliwość świadczenia a zamówienia publiczne » [La clause rebus sic stantibus, l'impossibilité économique et marché public], dans *Czynić postęp w prawie. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Birucie Lewaszkiwicz-Petrykowskiej* [Faire progresser le droit. Mélanges offerts à Madame le Professeur Biruta Lewaszkiwicz-Petrykowska], Łódź 2017, p. 515.

13 Edward Drozd, « Commentaire de la décision de la C. s. III CZP 144/92 », *OSP* 1993, n° 11, p. 215 ; Wojciech Robaczyński, « Kilka uwag na temat relacji między art. 357¹ i 358¹ k.c. » [Quelques remarques sur la relation entre les arts. 357¹ et 358¹ C. civ.], *Rejent* 1996, n° 11, p. 70.

14 Néanmoins il y a des auteurs qui acceptent l'élargissement du champ d'application de l'art. 357¹ C. civ. P.ex. Tadeusz Wiśniewski, dans *Komentarz do Kodeksu cywilnego* [Commentaire au Code civil], LexPolonica/el 2014 ; plus largement Adam Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania* [L'impact du changement des circonstances sur les obligations], Warszawa 2014, p. 141–147 ; idem, *Zobowiązania. Część ogólna* [Les obligations. Partie générale], Warszawa, 2016, p. 301.

15 Adam Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania, op. cit.*, p. 128–130, Piotr Machnikowski, dans *Kodeks cywilny. Komentarz, op. cit.*, p. 658.

surance dont le but principal est de donner à l'assuré la garantie financière du sinistre imprévu. La C. s. déjà dans sa résolution du 26 novembre 1991 a accepté l'application de l'art. 357¹ C. civ. au contrat d'assurance.¹⁶ Cette position de la Haute juridiction, malgré la critique,¹⁷ se voit soutenue dans d'autres décisions.¹⁸ Si les auteurs restent plutôt réservés, ils n'excluent pas d'une manière générale/définitive la possibilité d'évoquer la *clause rebus sic stantibus* dans le cadre d'une relation d'assurance. On souligne que la clause ne peut être évoquée par la partie chargée du risque futur,¹⁹ ou on propose de restreindre essentiellement les raisons donnant lieu à l'application de la clause.²⁰

Il faut encore signaler que – d'après l'opinion de la doctrine²¹ – la disposition de l'art. 357¹ C. civ. n'a pas de caractère *ius cogens* et les parties au contrat sont autorisées à l'écartier de son application dans leur relation contractuelle.

d. La formule de l'article analysé ne donne pas lieu à la limitation de son champ d'application aux prestations particulières. Autrement dit : la protection du contractant concerné par les circonstances imprévues lui est attribuée indépendamment de l'objet de la prestation. Néanmoins, l'existence de l'art. 358¹ § 3 C. civ., voisin de la *clause rebus sic stantibus*, fait naître une question : est-ce que le créancier d'une prestation pécuniaire, qui dispose d'un instrument sous forme de valorisation judiciaire, pourrait profiter – au surplus – de la clause de l'art. 357¹ C. civ. Au début la réponse n'a pas été sûre. Grâce à la jurisprudence et aux analyses proposées par la doctrine, aujourd'hui on peut constater que les hypothèses des deux dispositions se croisent. C'est pourquoi dans la situation où le « changement essentiel du pouvoir d'achat de l'argent » (condition de l'art. 358¹ § 3 C. civ.) est le résultat « du changement extraordinaire des circonstances » (condition de l'art. 357¹ C. civ.), le créancier de la prestation pécuniaire pourrait profiter de la *clause rebus sic stantibus*, et même demander la résolution du contrat. En revanche, la valorisation de la prestation, prévue dans l'art. 358¹ § 3 C. civ., s'avère une solution unique dans le cas d'inflation « simple ».²²

16 La décision de la C. s., III CZP 122/91, OSP 1992/7-8/170.

17 Les commentaires de la décision de la C. s. : Adam Brzozowski, « Commentaire à la résolution de la C. s. du 26 novembre 1991 », *art. cit.*, p.117 ; Mirosław Nesterowicz, *Revue judiciaire* 1993/7-8/p. 81.

18 La résolution de 7 juges de la C. s. du 29 décembre 1994, OSN 1995/4/55, critiqué par Adam Szpunar, *L'Etat et le droit*, 1995/7/p. 95. V. p. ex. les décisions de la C. s. du 30 janvier 2008, III CZP 140/07, LEX 359439, du 21 septembre 2011, I CSK 727/10, LEX 1043967.

19 Piotr Machnikowski, dans *Kodeks cywilny. Komentarz, op. cit.*, s. 658.

20 Adam Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania, op. cit.*, p. 129 ; l'auteur donne les exemples de la guerre ou de catastrophe naturelle.

21 *Ibidem*, p. 118–120; Piotr Machnikowski, dans *Kodeks cywilny. Komentarz, op. cit.*, p. 658.

22 V. p. ex. les décisions de la C. s. du 5 février 2004, III CK 258/02, LEX 1129108, du 25.02.2004, II CK 493/02, LEX 174139. Wojciech Robaczyński, « Kilka uwag na temat relacji między art. 357¹ i 358¹ k.c. », *art. cit.*; Adam Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania, op. cit.*, p. 216–222.

2. Les conditions

Les conditions d'application de l'art. 357¹ C. civ. sont les suivantes : le changement extraordinaire des circonstances, survenu après la conclusion du contrat mais avant son exécution (a), l'effet du changement est que l'exécution de la prestation serait liée aux difficultés excessives ou menacerait une des parties au contrat d'une perte exorbitante (b), cet effet n'a pas été prévu par les parties au moment de la conclusion du contrat (c). Chacune de ces conditions exige une interprétation qui, malheureusement, n'est pas facile, parce qu'aucune des expressions utilisées par le législateur dans l'art. 357¹ C. civ. n'est univoque. Le cadre de cette intervention ne permet pas d'approfondir cette analyse. Je vais souligner seulement les éléments qui semblent être incontestables.

a. « Le changement extraordinaire », comme l'explique la C. s., signifie le changement des relations provoquées par les événements inhabituels, qui se produisent exceptionnellement. Il s'agit de circonstances objectives, de caractère général, indépendantes des parties au contrat. L'adjectif « extraordinaire » souligne le caractère spécial du changement en comparaison avec le changement de l'art. 632 § 2 C. civ., désormais nommé la « petite *clause rebus sic stantibus* ». Il n'existe pas de liste d'événements pouvant donner lieu à la demande basée sur l'art. 357¹ C. civ. On cite à titre d'exemple les événements naturels (l'inondation) ou provoqués par les gens (un attentat, une guerre). Ce qui doit être souligné, c'est la position de la C. s. qui a reconnu le changement du système économique survenu en Pologne au début des années 90. du XX^e siècle en tant que « changement extraordinaire » au sens de l'art. 357¹ C. civ.²³ Cette position de la Cour, acceptée par la doctrine, a apporté une justification aux nombreuses interventions dans les relations contractuelles. Il faut également citer les décisions dans lesquelles la C. s. a reconnu que les changements de lois peuvent justifier la demande, s'ils sont essentiels et surprenants. Les cas échéants il s'agissait du changement de taux d'impôt et de douane.²⁴

Selon la C. s., l'art. 357¹ C. civ. ne protège pas les parties qui ont conclu le contrat dans les circonstances anormales en supposant que la situation se stabilisera pendant son exécution.²⁵ La *clause rebus sic stantibus* n'aidera pas non plus le débiteur en demeure, si le changement des circonstances bouleversant le contrat s'est produit seulement après la date de son exécution prévue par les parties dans le contrat.²⁶

23 V. p. ex.. les décisions de la C. s. du 2 décembre 1998, I CKN 972/97, LEX 365059 ; du 22 avril 2005, III CK 594/04, Wojciech Robaczyński, commentaire OSP 2006/12/143.

24 V. p. ex.. décisions de la C. s. du 20 juillet 2007, I CK 3/07, OSNC 2008/3/65 ; du 22 novembre 2007, III CSK 111/07, LEX 484689 ; du 17 janvier 2008, III CSK 202/07, LEX 398/491

25 La décision de la C. s. du 18 mai 2006, IV CSK 8/05, LEX 200925.

26 Adam Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania*, op. cit., p. 130 ; Piotr Machnikowski, dans *Kodeks cywilny. Komentarz*, op. cit., p. 659.

b. Le changement extraordinaire doit déséquilibrer le contrat à tel point qu'une des parties se trouve sous menace de difficultés excessives ou d'une perte exorbitante. Il faut néanmoins que la prestation soit toujours possible. Bien sûr, on exige le lien de causalité entre un événement objectif et la situation des co-contractants. La C. s. rappelle la formule ancienne de l'art. 269 CO, soulignant qu'il faut distinguer les effets ordinaires du changement des circonstances, couverts par le risque contractuel, et les effets qui dépassent le risque économique normal lié au contrat.²⁷ La *clause rebus sic stantibus* concerne uniquement la situation du deuxième type. Dans l'un de ses arrêts, la C. s. a noté qu'il ne suffit pas de comparer le montant des prestations avant et après le changement. L'analyse de cette condition révèle la différence en comparaison avec l'art. 632 § 2 C. civ., qui limite l'appréciation du juge à la perte purement économique menaçant l'entrepreneur.²⁸ En revanche, pour bien évaluer les « difficultés excessives » liées à la prestation, condition de l'art 357¹ C. civ., le juge doit prendre en compte une perspective plus large, englobant l'ensemble de la situation des parties.²⁹

c. Expliquant une condition de l'imprévisibilité, il faut souligner deux points. D'abord, cette exigence ne concerne pas les circonstances ou le changement extraordinaire, mais leur influence sur la relation contractuelle entre les parties. Par conséquent, le juge ne cherche pas à savoir si tel ou tel événement, qui s'est réalisé le cas échéant, avait été prévisible ou s'il ne l'était pas. Par contre, le juge doit répondre à la question de savoir si les parties prévoyaient l'impact de l'événement sur l'équilibre de leurs prestations. Cette interprétation, présentée déjà sous le régime du Code des obligations, est toujours actuelle, acceptée par la doctrine et par la jurisprudence. Il y a alors un élément subjectif dans l'appréciation d'imprévisibilité.³⁰ La C. s. explique que les événements de caractère objectif et prévisible (tel est le cas d'une augmentation d'un taux d'impôt) peuvent influencer le contrat de manière imprévue par les parties malgré leur due diligence.

Puis, il faut noter que la formule d'imprévisibilité utilisée à l'art. 357¹ C. civ., à savoir : « les parties ne prévoyaient pas », est interprétée comme « les parties

27 La décision de la C. s. du 9 décembre 2005, III CK 305/05, LEX 604120.

28 La relation entre les arts. 632 § 2 C. civ. et 357¹ C. civ. est traité par les tribunaux en perspective *lex specialis* – *lex generalis*, ce qui est vrai quant aux champs d'application de chacune de ces deux dispositions : l'art. 357¹ C. civ. présente le caractère général tandis que l'art. 632 § 2 ne touche que le contrat d'entreprise. Par contre, quant aux conditions d'application, l'art. 357¹ C. civ. est plus « exigeant » ; l'art. 632 § 2 C. civ. n'exige qu'une perte dépassant le risque contractuel. V. p. ex.. les décisions de la C. s. du 5 décembre 2013, V CSK 2/13, LEX 1438655 ; du 21 août 2014, IV CSK 733/13, LEX 1541191.

29 V. p. ex.. les décisions de la C. s. du 19 novembre de 2014, II CSK 191/14, LEX 1628911 ; du 29 novembre 2015, I CSK 901/14, LEX 1818856.

30 V. p. ex.. les décisions de la C. s. du 9 décembre 2005, III CK 305/05, LEX 604120 ; du 17 janvier 2008, III CSK 202/07, LEX 398491.

n'ont pas pu prévoir » (formule de l'art. 269 CO). Il s'agit toujours d'une possibilité de prévoir par une personne raisonnable et diligente qui conclut un contrat dans les circonstances données.³¹

3. L'effet

A ce point de la présentation, il faut commencer par le problème formel concernant la mesure de la réalisation du droit prévu dans l'art. 357¹ C. civ. D'après la jurisprudence de la C. s., pour profiter de la *clause rebus sic stantibus* l'introduction d'une demande devant le tribunal est indispensable. Selon la Haute juridiction, cette clause ne peut pas être opposée à la partie demanderesse par la partie défenderesse. Pourtant, la demande reconventionnelle est suffisante.³² On voit alors que pour faire l'usage de l'art. 357¹ C. civ., un certain niveau d'activité de l'intéressé est nécessaire.

D'après la formule de l'art. 357¹ C. civ. le tribunal devant lequel une partie au contrat a introduit sa demande, dispose d'une marge assez large d'appréciation. Il peut : fixer le mode d'exécution, le montant de la prestation, ou même prononcer la résolution de la convention, toujours après avoir pris en considération les intérêts des deux parties et les règles de la vie en société. Selon la C. s., le tribunal n'est pas lié par les revendications exprimées dans la demande. Cela veut dire que : d'abord – au lieu de mettre fin au contrat, selon le souhait du requérant, le juge est autorisé à sa modification,³³ et puis – le juge est libre d'inventer la manière d'équilibrer le contrat soumis à son appréciation.³⁴ On parle alors du « droit de juge ». ³⁵ Selon la Haute juridiction, l'art. 357¹ C. civ. crée en quelque sorte une exception à la règle primordiale de la procédure civile (art. 321 CPC) d'après laquelle le demandeur est maître du procès civil et le magistrat ne doit pas dépasser les limites imposées par la requête. La décision du tribunal présente le caractère constitutif, c'est-à-dire qu'elle crée une relation obligatoire, modifiée, entre les parties. Même dans le cas de la résolution du contrat, le tribunal doit décider de la manière de régler les comptes entre les parties, ce qui entraîne souvent la création des certaines obligations.

31 Adam Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania*, op. cit., p. 165–170 ; Piotr Machnikowski, dans *Kodeks cywilny. Komentarz*, op. cit., p. 662.

32 Les résolutions de la C. s. du 11 septembre 1991, III CZP 80/91, BSN 1991/9/p.11 ; du 27 mars 2001, III CZP 54/00, OSNC 2001/10/145 avec le commentaire du Wojciech Robaczyński, « Commentaire à la résolution de la C. s. du 27 mars 2001 », *Revue judiciaire*, 2005, n° 11–12, p. 211 ; les décisions de la C. s. du 13 janvier 2000, II CKN 644/98, LEX 51053 et du 21 juin 2001, IV CKN 385/00, LEX 52481.

33 La décision de la C. s. du 2 décembre 1998, I CKN 972/97, LEX 365059.

34 La décision de la C. s. du 29 octobre 2015, I CSK 901/14, LEX 1818856.

35 V. p. ex. Adam Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania*, op. cit., p. 190–191.

III. Conclusion

Presque trente ans de la *clause rebus sic stantibus* en droit polonais prouvent l'utilité de cet instrument juridique dans la pratique, surtout dans les périodes de troubles sociaux ou de crises économiques. Je partage l'opinion du prof. Longchamps de Berier, cité ci-dessus, selon lequel il est mieux d'avoir une disposition claire du Code permettant l'intervention du juge que d'inventer des solutions *ad hoc* pour maintenir le contrat troublé par les circonstances imprévues. Cependant, pour maintenir le principe primordial du droit des obligations *pacta sunt servanda*, l'application de cette disposition doit être très restrictive.

Bibliographie

- BRZOWSKI, Adam, « Commentaire à la résolution de la C. s. du 26 novembre 1991 », *L'Etat et droit*, 1992, n° 12.
- BRZOWSKI, Adam, *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania* [L'impact du changements des circonstances sur les obligations], Warszawa, 2014.
- BRZOWSKI, Adam, *Zobowiązania. Część ogólna* [Les obligations. Partie générale], Warszawa, 2016.
- DROZD, E., « Commentaire à la résolution de la C. s. du 26 novembre 1992 », *OSP* 1993, n° 11.
- KORZONEK, Jan et ROSENBLÜTH, Ignacy, *Kodeks zobowiązań. Komentarz* [Code des obligations. Commentaire], Kraków 1936.
- LONGCHAMPS DE BERIER, Roman, *Zobowiązania* [Les obligations], éd. III, Poznań, 1948.
- MACHNIKOWSKI, Piotr, dans *Kodeks cywilny. Komentarz* [Code civil, Commentaire], Warszawa, 2017.
- NESTEROWICZ, Mirosław, « Commentaire à la résolution de la C. s. du 26 novembre 1991 », *Revue judiciaire* 1993, n° 7–8.
- ROBACZYŃSKI, Wojciech, « Commentaire à la résolution de la C. s. du 1 octobre 1990 », *Palestra* 1993, n° 3–4.
- ROBACZYŃSKI, Wojciech, « Commentaire à la résolution de la C. s. du 27 mars 2001 », *Revue judiciaire*, 2005, n° 11–12.
- ROBACZYŃSKI, Wojciech, « Kilka uwag na temat relacji między art. 357¹ i 358¹ k.c. » [Quelques remarques sur la relation entre les arts 357¹ et 358¹ C. civ.], *Rejent* 1996, n° 11.
- ROBACZYŃSKI, Wojciech, « Klauzula rebus sic stantibus i gospodarcza niemożliwość świadczenia a zamówienia publiczne » [La clause rebus sic stantibus, l'impossibilité économique et marché public], dans *Czynić postępowanie w prawie. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor*

Birucie Lewaszkiwicz-Petrykowskiej [Faire progresser le droit. Mélanges offerts à Madame le Professeur Biruta Lewaszkiwicz-Petrykowska], Łódź 2017, p. 515-543.

SZPUNAR Adam, « Commentaire à la résolution de la C. s. du 29 décembre 1994 », *L'Etat et droit*, 1995, n° 7.

WIŚNIEWSKI, Tadeusz, dans *Komentarz do Kodeksu cywilnego* [Commentaire au Code civil], LexPolonica/el 2014.

Partie III

**L'application de la théorie
des contrats**

Interprétation des contrats collectifs de travail en droit polonais

Zbigniew Hajn*

I. Caractéristiques générales des contrats collectifs en droit du travail polonais

Les actes juridiques relevant de la notion de contrat collectif forment une catégorie non homogène et complexe. Ce qu'ils ont en commun est le fait qu'ils sont destinés à produire des effets juridiques, qu'ils résultent de l'accord des volontés de leurs parties obtenu à la suite de négociations, qu'ils portent sur les droits et les obligations des salariés et des employeurs, et que l'une des parties représente un groupe de salariés et l'autre – l'employeur ou une association d'employeurs. Le droit (la liberté) de négociation en vue de la conclusion d'une convention collective fait partie des droits fondamentaux de l'homme.¹ Il est aussi expressément garanti par l'art. 59 al. 2 de la Constitution de la République de Pologne.

La classification des contrats collectifs est déterminée par l'art. 9 C. trav.² selon lequel le droit du travail comprend entre autres des conventions collectives de travail et autres accords collectifs basés sur la loi (c'est-à-dire régis par la loi) définissant les droits et les obligations des parties à la relation de travail. Les conventions collectives et ces autres accords sont désignés par la doctrine comme des « contrats normatifs nommés ». Les deux types de contrats normatifs reconnus par la législation polonaise relèvent de la notion de convention collective au sens du droit international. Conformément aux dispositions de l'Organisation Internationale du Travail, la notion de « convention collective » (*collective agreement*) désigne tous les contrats écrits relatifs aux conditions de travail et d'emploi, conclus entre un employeur, un groupe d'employeurs ou une ou plusieurs

* Professeur en droit, Université de Łódź, Faculté de Droit et d'Administration, Département de droit du travail européen et collectif, zbhajn@uni.lodz.pl.

1 V. notamment l'art. 4 de la convention 98/1949 de l'OIT concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective.

2 Loi du 26 juin 1974 – Code du travail, texte consolidé : Journal des Lois de 2018, n° 917, modifié.

associations d'employeurs, et une ou plusieurs organisations représentatives des salariés ou, à défaut, par les représentants des salariés dûment choisis et autorisés conformément au droit national interne.³ Les différences entre eux, du point de vue de leur nature juridique, sont d'importance secondaire.

On distingue aussi des contrats nommés ne portant que sur les obligations réciproques des parties, tels que le contrat par lequel l'employeur met à la disposition de l'organisation syndicale les locaux et les équipements techniques nécessaires à l'exercice d'activités syndicales dans l'établissement de travail (art. 33 de la loi sur les syndicats).⁴

De plus, les parties concluent des accords différents qui ne sont pas ancrés dans les dispositions de la loi. Eu égard à la liberté de négociation collective, visée par la Constitution, et au principe de la liberté contractuelle, cette pratique ne fait aucun doute. Cependant, la nature juridique de certains de ces accords est très controversée. Cela concerne notamment les « paquets sociaux » qui peuvent être conclus en cas de changement de propriétaire de l'entreprise. Ils ne satisfont pas à la condition établie à l'art. 9 C. trav., mais ils déterminent les conditions de travail des salariés. Néanmoins, la tendance à les définir en tant que contrats normatifs, produisant les mêmes effets juridiques, prévaut dans la jurisprudence.

Dans un souci d'éviter la complexité excessive, dans mes remarques suivantes je me concentrerai sur les contrats normatifs nommés, c'est-à-dire sur les contrats revêtant la plus grande importance pratique et incontestablement affectés par la loi aux sources du droit du travail. Le problème de l'interprétation des contrats normatifs collectifs s'analyse de manière homogène. C'est pourquoi je continuerai à parler principalement de conventions collectives de travail.

Une convention collective de travail est définie comme une convention normative déterminant le contenu des relations de travail des salariés couverts par celle-ci, les obligations réciproques des parties et les autres questions qui ne sont pas régies par le droit du travail de manière contraignante. Le trait particulier de la convention collective est que son objet principal ne constitue pas les obligations des parties mais les conditions auxquelles doit répondre le contenu des relations de travail. Par conséquent, la convention définit les termes des contrats conclus avec des tiers, ce qui est différent des contrats « ordinaires » de droit civil ou de droit du travail. De manière incidente, on peut toutefois noter que la convention collective, vu qu'elle saurait s'appliquer à un ensemble indéterminé de personnes, est assimilable à un modèle de contrat (aux conditions générales du contrat) mais aussi, du fait qu'elle confère des droits aux tiers, à une stipulation pour autrui (*pactum in favorem tertii*). Les caractéristiques de la convention se sont développées progressivement. Dans un premier stade, revêtaient une importance parti-

3 V. points 2 et 3 de la recommandation 91/1951 de l'OIT concernant les conventions collectives.

4 Loi du 23 mai 1991 sur les syndicats, texte consolidé : Journal des Lois de 2015, n° 1881.

culière : le Code des obligations suisse de 1911, le règlement allemand de 1918 concernant notamment les conventions collectives et la loi française complétant le Code du travail de 1919 dans lesquels, en général, la convention est devenue unilatéralement contraignante envers les salariés et les employeurs couverts par celle-ci. En Pologne, les conventions collectives étaient régies d'abord par le Code des obligations de 1933, ensuite par la loi sur les conventions collectives de travail de 1937 et le Code du travail de 1974. Les dispositions actuellement en vigueur ont été introduites par la réforme du Code du travail de 1994 qui, avec les modifications ultérieures, a permis d'adapter la réglementation ancienne aux exigences de l'économie de marché.

S'il s'agit du rapport de la convention collective au contrat de travail, les dispositions normatives de cette première sont unilatéralement contraignantes, ce qui veut dire que les parties de la relation de travail ne peuvent pas établir des conditions moins favorables que celles prévues dans la convention. De telles conditions sont nulles. Dès son entrée en vigueur, la convention remplace, en vertu de la loi, les conditions moins favorables fixées par des contrats de travail. En ce qui concerne le rapport aux lois, les dispositions normatives de la convention collective ne peuvent pas être moins favorables pour le salarié. Cet effet n'est produit que par la convention enregistrée. La loi ne détermine pas le champ d'application matériel de la convention. Elle peut couvrir tous les aspects du contrat de travail sauf les questions régies par les dispositions du droit du travail contraignantes. De plus, elle ne peut ni léser les droits des tiers, ni déterminer les conditions de rémunération des personnes qui gèrent l'établissement de travail (dans le cas de la convention collective conclue au niveau de l'établissement de travail).

Les caractéristiques ci-dessus présentées sont rencontrées aussi dans les autres contrats normatifs nommés. Toutefois, en règle générale, en l'absence d'une organisation syndicale, ils peuvent également être conclus par une représentation extra-syndicale de salariés, ne sont pas enregistrés et leur contenu se limite à la régulation d'un cas concret ou d'une situation spécifique, indiquée dans la loi.

II. Dispositions pertinentes pour l'interprétation des contrats collectifs

Code du travail

Art. 241⁶ § 1. Les parties de la convention expliquent conjointement son contenu.

§ 2. Les explications du contenu de la convention, réalisées conjointement par ses parties, lient aussi les parties ayant conclu un accord sur l'application de la convention. Les explications sont communiquées aux parties de cet accord.

Art. 241¹ point 3. En déterminant les obligations réciproques concernant l'application de la convention, les parties peuvent en particulier établir une procédure dans le cadre de laquelle elles expliquent le contenu de la convention et règlent des litiges dans ce domaine.

Code civil⁵

Art. 56. L'acte juridique ne produit pas seulement les effets qui y sont exprimés, mais aussi ceux qui résultent de la loi, des règles de la vie en société et des pratiques établies.

Art. 60. Sous réserve des exceptions prévues par la loi, la volonté de la personne accomplissant un acte juridique peut se manifester par tout comportement de cette personne qui révèle sa volonté d'une manière suffisante, y compris sous forme électronique (déclaration de volonté).

Art. 65 § 1. La déclaration de volonté doit être interprétée conformément à ce qui est requis par les règles de la vie en société et par les pratiques établies eu égard aux circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite.

§ 2. Dans les contrats il faut chercher l'intention concordante des parties et le but du contrat plutôt que de s'appuyer sur sa teneur littérale.

III. La position de la doctrine et de la jurisprudence sur l'interprétation des contrats normatifs collectifs

On peut distinguer trois positions concernant l'interprétation des contrats normatifs nommés. La première partant du principe que la convention collective de travail est, dans son ensemble, un acte normatif et la source du droit du travail estime que son interprétation devrait être subordonnée aux principes de l'interprétation des dispositions du droit du travail obligatoires *erga omnes*. Bien qu'il soit possible, voire opportun, de prendre en considération l'intention et la volonté concordante des parties, on peut y recourir uniquement dans la mesure, où lors de l'interprétation des dispositions légales, il serait justifié de s'appuyer sur la « volonté du législateur rationnel ». Par conséquent, l'interprétation logico-grammaticale joue le rôle principal et, si elle s'avère insuffisante et aboutit à des résultats incompatibles avec le rationalisme du législateur et l'objectif poursuivi par une norme donnée, on peut se servir des méthodes de l'interprétation systémique

5 Loi du 23 avril 1964 – Code civil, texte consolidé : Journal des Lois de 2018, n° 1025.

et fonctionnelle.⁶ De ce point de vue, les parties de la convention agissent en qualité de législateur, avec toutes les conséquences relatives à l'interprétation.

Selon la deuxième position, la convention collective présente les caractéristiques du contrat s'il s'agit de sa conclusion, sa validité et son interprétation et à la fois elle a le caractère normatif en ce qui concerne les droits et les obligations des parties à la relation de travail.⁷ L'art. 65 C. civ. pol. s'applique à l'interprétation de la convention, tenant compte de ses particularités par rapport aux contrats de droit civil. Étant donné que la convention couvre des tiers, n'étant pas ses parties, on ne peut pas exclure l'application de l'art. 65 C. civ. pol. selon lequel le contenu de la convention devrait être déterminé par les arguments linguistiques et systémiques et, à titre complémentaire, sur le fondement de l'art. 65 § 2 C. civ. pol.⁸

Cependant, les partisans de l'opinion prévalente dans la jurisprudence et la doctrine, sans entrer dans les détails concernant la nature juridique de la convention, estiment que son interprétation nécessite l'application des règles de l'interprétation de droit et lorsqu'elle ne donne pas de résultats non équivoques, il faut se référer à l'art. 65 § 2 C. civ. pol. L'arrêt de la Cour suprême du 19 mars 2008, I PK 235/07, illustre bien cette approche. La Cour a confirmé le jugement rendu par le tribunal de deuxième instance dans lequel il avait déclaré que le terme « possibilité de modifier les conditions de travail » utilisé dans la convention collective conclue au niveau de l'établissement de travail, malgré son libellé littéral clair, soulève des doutes du point de vue de l'interprétation systémique et, par conséquent, après avoir entendu les représentants des parties de la convention, le juge est parvenu à la conclusion que l'intention unanime de ses parties n'était pas d'appliquer un préavis de résiliation au sens de l'art. 42 C. trav., mais d'offrir au salarié un autre emploi dans le groupe de capital S. S.A. D'après les explications fournies par les parties de la convention collective, l'erreur de formulation était causée par le fait qu'aucun juriste n'avait participé à l'élaboration du projet de la convention.

Il faut également noter que l'analyse de la jurisprudence montre que dans les cas où la détermination de la volonté des parties de la convention était pertinente

6 V. p. ex.: Walerian Sanetra, « Wykładnia przepisów układu zbiorowego pracy – problem ciągle aktualny » [Interprétation des dispositions des conventions collectives de travail – problème toujours d'actualité], *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 2007, n° 9, p. 2 sq; les arrêts de la Cour suprême du 2 avril 2008, II PK 261/07 et du 12 décembre 2013 r.; I PK 135/13, *Orzecznictwo Izby Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych Sądu Najwyższego* [Jurisprudence de la Chambre du travail, de la sécurité sociale et des affaires publiques de la Cour suprême] 2015, n° 2, pos. 21.

7 C'est un argument dominant dans la doctrine européenne. Pour voir plus: Ludwik Florek, « Glosa do wyroków Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2008 r., I PK 235/07 oraz z dnia 2 kwietnia 2008 r., II PK 261/07 » [Commentaire des arrêts de la Cour suprême du 19 mars 2008, I PK 235/07 et du 2 avril 2008, II PK 261/07], *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 2010, n° 1, p. 38.

8 *Ibidem*, p. 37–38.

pour clarifier ses dispositions litigieuses, les tribunaux, y compris la Cour suprême, trouvent un moyen pour l'intégrer dans son raisonnement et justifier un tel besoin. Il convient d'ajouter que dans les hypothèses où l'on s'interroge sur la clarté du contenu des conventions collectives, les juridictions ordinaires acceptent en général les demandes d'entendre les représentants des parties pour comprendre les dispositions en question.

IV. Le concept d'interprétation des contrats normatifs collectifs

La première approche d'après laquelle la convention n'est qu'un acte normatif, qu'elle doit être interprétée conformément aux principes d'interprétation des dispositions légales et que la volonté des parties peut être assimilée à l'intention du législateur rationnel semble erronée. Cet avis est incompatible avec l'art. 9 § 1 C. trav., selon lequel font partie du droit du travail uniquement des dispositions de conventions collectives de travail ou d'autres contrats collectifs normatifs qui déterminent les droits et obligations des parties à la relation de travail. Par conséquent, sont exclues du droit du travail les dispositions de ces actes créant des obligations.

Les tentatives de justifier cette approche par référence au concept de contrat « législatif » du droit public sont aussi peu convaincantes. La nature contractuelle de ces actes devrait dériver de la technique utilisée pour parvenir à un accord portant sur l'établissement des normes juridiques plutôt que du fait que la conclusion d'un contrat crée une relation juridique, ce qui n'est typique que pour le droit privé.⁹ Cependant cette référence est douteuse car il est difficile de qualifier les conventions collectives comme relevant du droit public.

Je fonderai mes remarques suivantes sur la deuxième des positions décrites ci-dessus. En effet, la convention collective de travail et les autres contrats normatifs nommés sont principalement et surtout des contrats. La particularité qui les distingue des autres contrats est que leur objet principal est de déterminer les conditions auxquelles doit répondre le contenu des relations de travail. Les dispositions normatives de ces actes constituent également le résultat de déclarations de volonté concordantes de leurs parties, obtenues à la suite de négociations. Ces dispositions sont reconnues par la loi comme des dispositions du droit du travail, même si elles ne sont pas des dispositions obligatoires *erga omnes* au sens de l'art. 87 de la Constitution. Par ce biais, la convention affecte les relations de tra-

9 Tatiana Chauvin, « Umowy prawotwórcze jako umowy prawa publicznego » [Contrats législatifs en tant que contrats du droit public], *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2003, n° 2, p. 13.

vail de façon similaire que la loi. Toutefois il convient de rappeler qu'en conférant un caractère normatif aux dispositions de la convention, le législateur exécute son obligation d'assurer l'effectivité aux résultats des négociations collectives¹⁰ et ne peut pas, en même temps, intervenir dans le contenu de cette convention. Sans chercher une justification plus détaillée, cela constitue un motif suffisant pour admettre que les parties devraient avoir une influence déterminante sur l'interprétation des contrats normatifs qu'elles ont conclus.

Ayant admis que la convention collective est dans son essence même un contrat, il convient de poser la question s'il s'agit d'une déclaration de volonté et d'un acte juridique au sens, respectivement, des art. 60 et 56 C. civ. pol. La réponse est affirmative. Si nous supposons que la déclaration de volonté se définit comme un comportement d'un homme (d'un sujet de droit) modifiant des relations juridiques de droit privé (droit civil, droit du travail),¹¹ une convention collective remplit ces conditions. Il s'agit d'un contrat entre deux sujets de droit – une organisation syndicale et un employeur ou une organisation d'employeurs – fixant des obligations réciproques des parties, y compris l'obligation de l'employeur de respecter les conditions convenues régissant les conditions de travail des salariés. En tant qu'un acte juridique, cette déclaration de volonté ne produit pas seulement les effets qui y sont exprimés, mais également ceux résultant de la loi (l'art. 56 C. civ. pol. lu en combinaison avec l'art. 300 C. trav.). Un tel effet spécial, prévu à l'art. 9 § 1 C. trav., consiste à ce que les parties de la relation de travail couvertes par la convention, sont liées, indépendamment de leur volonté, par les dispositions définissant leurs droits et leurs obligations (« dispositions normatives »). Ainsi le législateur a libéré le syndicat et les salariés de la tâche pénible de réclamer l'application de la convention en vertu des principes généraux du droit civil (p. ex., par le biais de peines conventionnelles ou d'une stipulation pour autrui) ou par les actions de grève – ce qui avait eu lieu, comme mentionné ci-dessus, avant l'ingérence du pouvoir législatif dans le mécanisme des conventions collectives de travail.

Il convient donc de conclure que, en général, les dispositions de la convention collective devraient être interprétées conformément aux principes énoncés à l'art. 65 C. civ. pol.

10 Dans son arrêt du 23 octobre 2001, K 22/01, OTK 2011, n° 7, pos. 215, le Tribunal constitutionnel a admis que l'on peut déduire de l'article 59 al. 2^e, entre autres, l'obligation du législateur de reconnaître la force contraignante des conventions collectives en vigueur, adoptées par les partenaires sociaux selon les règles établies dans la loi. Force est aussi de rappeler que selon point 3 al. 1^{er} de la recommandation 91 de l'OIT, toute convention collective devrait lier ses signataires ainsi que les personnes au nom desquelles la convention est conclue. Les employeurs et les travailleurs liés par une convention collective ne devraient pas pouvoir convenir, par le moyen de contrats de travail, de dispositions contraires à celles de la convention collective.

11 Zbigniew Radwański, « Zagadnienia ogólne wykładni oświadczeń woli » [Questions générales sur l'interprétation des déclarations de volonté], *Nowe Prawo* 1986, n° 9, p. 27; idem (dir.), *Prawo cywilne – Część ogólna* [Droit civil – Partie générale], Warszawa, Wydawnictwo C.H. Beck, 2002, p. 199.

Selon l'opinion prédominante, l'art. 65 C. civ. pol. met en place une technique combinée d'interprétation des contrats. Son application permet de distinguer deux étapes successives. Elle est donc organisée de manière séquentielle. D'abord il faut déterminer comment les parties ont compris la déclaration de volonté et si elles l'ont comprise de manière cohérente (l'interprétation subjective). S'il s'avère que les parties n'ont pas accordé le même sens à cette déclaration, on passe à la deuxième étape au cours de laquelle le sens correct est établi de manière objective, en prenant en considération comment le destinataire de la déclaration l'a comprise et comment il devrait la comprendre.¹² Cette méthode d'interprétation diffère clairement de l'interprétation des dispositions légales qui expose l'importance du texte lui-même, analysé de manière littérale, systémique et téléologique. Cette différence a été, à juste titre, accentuée par la Cour suprême qui estime que par rapport à l'interprétation des textes normatifs, les contrats nécessitent une approche différente de l'interprétation logico-grammaticale. Selon l'art. 65 C. civ. pol., en ce qui concerne les contrats, il faut tout d'abord examiner l'intention concordante des parties et le but du contrat, tandis que son libellé littéral s'analyse par la suite.¹³ Il est souligné que la technique d'interprétation adoptée à l'art. 65 C. civ. pol., repose sur les éléments subjectifs et objectifs et respecte à la fois la volonté du déclarant et la confiance du destinataire ainsi que la sécurité juridique.

Cependant la doctrine et la jurisprudence connaissent des situations où la priorité doit être donnée à l'interprétation objective. Cela signifie que le *modus operandi* inscrit à l'art. 65 C. civ. pol., et notamment la priorité donnée à la recherche de l'intention concordante des parties, ne peut pas toujours être maintenu. Ceci s'applique à deux hypothèses : premièrement – lorsque la déclaration de volonté est adressée aux destinataires dont le nombre est illimité, tel qu'une promesse publique, et deuxièmement – lorsqu'un groupe indéterminé d'individus peut, à l'avenir, se fonder sur cette déclaration, p. ex., en ce qui concerne le pouvoir du représentant, les conditions générales contractuelles, les statuts des personnes morales ainsi que les documents destinés à circuler, tels que lettres de change et chèques.¹⁴ En conséquence la Cour suprême admet, p. ex., que les

12 V. l'arrêt de la Cour suprême (assemblée de sept juges) du 29 juin 1995, III CZP 66/95, *Orzecznictwo Sądu Najwyższego* [Jurisprudence de la Cour suprême] 1995, n° 12, pos. 168; Adam Szpunar, « W sprawie wykładni zobowiązania wekslowego » [Sur l'interprétation de l'obligation cambiare], *Przeгляд Prawa Handlowego* 1996, n° 4, p. 10.

13 L'arrêt de la Cour suprême du 8 juin 1999, II CKN 379/98, *Orzecznictwo Sądu Najwyższego* [Jurisprudence de la Cour suprême] 2000, n° 1, pos. 10 avec un commentaire favorable de Zbigniew Radwański, *Orzecznictwo Sądów Polskich* [Jurisprudence des tribunaux polonais] 2000, n° 6, pos. 92.

14 Piotr Machnikowski, dans Edward Gniewek et Piotr Machnikowski (dir.), *Kodeks cywilny – Komentarz* [Code civil. Commentaire], Warszawa, Wydawnictwo C.H. Beck, 2017, p. 155; Adam Olejniczak et Zbigniew Radwański (dir.), *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – Część ogólna* [Système de droit privé. Droit civil – Partie générale], Warszawa, Wydawnictwo C.H. Beck, 2012, p. 133 sq.

dispositions du statut d'une société anonyme sont soumises à l'interprétation objective et uniforme, tout comme les dispositions légales. Afin d'assurer la sécurité juridique, il convient de reconnaître leur signification usuelle qui – compte tenu des règles de la vie en société et des pratiques établies (l'art. 65 § 1 C. civ. pol.) – peut être attribuée par un participant moyen aux transactions juridiques. Certes, en ce qui concerne ces dispositions, le postulat de prendre en compte leur objectif plutôt que le libellé littéral est toujours d'actualité, mais cet objectif devrait être fixé eu égard au texte du statut ou reconstitué en tenant compte des dispositions pertinentes de la loi.¹⁵

Ces observations, à mon sens, permettent de conclure que l'art. 65 C. civ. pol. constitue la base appropriée de l'interprétation d'une convention collective de travail. La pertinence de ce constat doit être examinée séparément – à l'égard de dispositions normatives et celles créant des obligations de la convention. En ce qui concerne les dispositions normatives, la possibilité de les interpréter selon les principes applicables aux textes légaux, est justifiée par le fait qu'elles sont explicitement reconnues à l'art. 9 § 1 C. trav. comme étant les dispositions du droit du travail et sont communément considérées comme des sources du droit du travail. Cependant, cet argument n'est pas entièrement convaincant. Il faut tenir compte du fait que l'art. 87 de la Constitution établit un catalogue exhaustif de sources du droit obligatoires *erga omnes* et d'autorités habilitées à légiférer.¹⁶ Il s'ensuit que les dispositions normatives d'une convention collective ne sont pas des dispositions légales. Une loi ordinaire (Code du travail) n'affecte pas son statut. Leur reconnaissance en tant que dispositions du droit du travail au sens de l'art. 9 § 1 C. trav., comme indiqué ci-dessus, ne fait que lier les parties à la relation de travail couvertes par la convention par les dispositions de celle-ci et ne permet pas de les considérer comme des dispositions légales au sens de la Constitution. On leur confère un caractère similaire aux dispositions légales, ce qui ne signifie pas pour autant qu'elles sont perçues comme les dispositions de la loi *sensu stricto*.¹⁷ Les dispositions normatives gardent donc la nature contractuelle et produisent, conformément à l'art. 56 C. civ. pol., un effet juridique particulier. Le texte de l'art. 9 § 1 C. trav. reflète uniquement la méthode dont le législateur se sert afin d'assurer l'efficacité des dispositions relatives aux conditions de travail des salariés couverts par la convention. L'hypothèse que les dispositions normatives sont

15 Par exemple l'arrêt de la Cour suprême du 24 octobre 2007, IV CSK 260/07 et la jurisprudence antérieure qui y est citée.

16 V. p. ex. : Kazimierz Działocha, « Zamknięty system źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Konstytucji i w praktyce » [Catalogue exhaustif des sources du droit obligatoire dans la Constitution et dans la pratique], dans Andrzej Szmyt (dir.), *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce* [La pratique du système constitutionnel des sources du droit], Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe, 2005, p. 8.

17 V. Zbigniew Hajn, *Zbiorowe prawo pracy. Zarys systemu* [Droit collectif du travail. Introduction au système], Warszawa, Wolters Kluwer Polska, 2013, p. 158–159.

à la fois des dispositions légales fermerait en effet la voie à la méthode d'interprétation prévue à l'art. 65 C. civ. pol.¹⁸ Comme la doctrine l'a souligné, à juste titre, une telle interprétation ne donne même pas une partie des résultats pouvant être obtenus grâce à l'art. 65 § 2 C. civ. pol. et la jurisprudence abondante développée sur la base de celui-ci.¹⁹ La nécessité de prendre en compte la volonté des parties de la convention dans le processus d'interprétation découle directement du Code du travail qui détermine les conséquences à tirer du fait que les parties se sont accordées, dans la convention, comment expliquer le texte de cette dernière et comment régler les litiges éventuels en cette matière. Sur ce point, le Code prévoit que l'interprétation de la convention est contraignante pour ses parties, mais aussi pour ceux qui ont conclu un accord sur l'application de la convention collective.

Pour ces raisons, j'estime qu'en ce qui concerne les dispositions normatives de la convention collective de travail, il convient d'appliquer le modèle d'interprétation défini à l'art. 65 C. civ. pol. La mise en œuvre de cette disposition doit cependant être modifiée, en fonction des circonstances de l'espèce. Tout d'abord il est à noter que les dispositions normatives de la convention, indépendamment de leur nature contractuelle, lient, en vertu de l'art. 9 C. trav. lu en combinaison avec l'art. 56 C. civ. pol., les salariés couverts par la convention.²⁰ Elles s'adressent à un groupe d'individus indéterminé. Il s'agit donc de l'une des situations susmentionnées où il est justifié, à l'aune de l'art. 65 C. civ. pol., d'employer l'interprétation objective et uniforme, la même que l'on applique aux dispositions légales. Par conséquent, il faut reconnaître comme juridiquement pertinent le sens typique des dispositions de la convention qui – compte tenu des règles de la vie en société et des pratiques établies (l'art. 65 § 1 C. civ. pol.) – peut être attribuée par un participant moyen aux transactions juridiques, en particulier un salarié moyen couvert par la convention. De plus, en ce qui concerne ces dispositions, le postulat de prendre en compte leur objectif plutôt que le libellé littéral est toujours valable. Toutefois cet objectif devrait être fixé eu égard au texte de la convention ou reconstitué en tenant compte des dispositions pertinentes de la loi.

Il convient d'indiquer que le modèle de base d'interprétation des dispositions normatives décrit ci-dessus, fondé sur l'art. 65 C. civ. pol., correspond (au moins

18 En conséquence il faudrait prendre position de ceux qui militent pour une telle qualification et qui recherchent la volonté des parties dans la volonté du « législateur rationnel ».

19 Ludwik Florek, *Głosa do wyroków Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2008 r., I PK 235/07 oraz z dnia 2 kwietnia 2008 r., II PK 261/07, art. cit.*, p. 37.

20 Il s'agit d'une situation similaire à celle d'être lié par une condition générale du contrat. Selon l'opinion prépondérante, le lien contractuel est dans ce cas-là fondé sur l'art. 56 C. civ. pol. car les conditions générales du contrat déterminent le contenu de l'acte juridique en tant qu'un élément extérieur par rapport au contenu de celui-ci voulu par les parties et faisant l'objet de leur consensus; Małgorzata Pyziak-Szafnicka, dans Paweł Księżak et Małgorzata Pyziak-Szafnicka (dir.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna* [Code civil. Commentaire. Partie générale], Warszawa, Wolters Kluwer Polska, 2014, p. 28–30. Il est évident qu'ainsi les conditions générales du contrat obtiennent le caractère normatif.

dans une certaine mesure) à la position dominante et bien établie de la jurisprudence et de la doctrine du droit du travail, selon lesquelles en interprétant la convention il faut d'abord appliquer les règles de l'interprétation du droit, et si leur application ne donne pas des résultats non équivoques, il faut recourir à l'art. 65 § 2 C. civ. pol. Cependant une différence fondamentale subsiste. L'interprétation des lois donne la priorité au sens grammatical, tandis que dans l'interprétation des contrats, malgré son objectivation susmentionnée, prévaut, en définitive, la volonté des parties qui peut amener à des conclusions autres que celles déduites du sens linguistique du texte du contrat.

Une méthode d'interprétation plus subjective semble fondée dans l'hypothèse où les parties de la convention l'ont interprétée de manière commune (art. 241⁶ C. trav.). On peut supposer que si cette interprétation était communiquée aux salariés (personnes couvertes par la convention), la priorité devrait alors être donnée à l'intention concordante des parties et le but de la convention, conformément au principe énoncé à l'art. 65 § 2 C. civ. pol. Dans ce cas-là, le résultat de l'interprétation ne pourrait être contesté que si les dispositions interprétées étaient contraires à la loi ou aux règles de la vie en société ou tendaient à éluder la loi (art. 58 C. civ. pol.). Une telle position est fortement soutenue par l'autonomie de la volonté collective qui est un élément important de la liberté de négociation collective. De plus, il n'y a aucune crainte de porter atteinte à la sécurité juridique ou à la confiance des salariés en libellé littéral de la convention. Si l'interprétation établie conjointement par les parties de la convention n'a pas été portée à la connaissance du public, la priorité doit être donnée à l'interprétation objective.

Notons aussi que la jurisprudence de la Cour suprême attache une plus grande importance à l'interprétation subjective des accords autres que la convention collective. La raison en est que le processus de leur adoption est moins formel et que les autorités publiques n'y exercent aucun contrôle. En conséquence, ces accords sont plus proches d'un contrat « ordinaire » que d'une convention collective. Il est également important que les accords collectifs autres que les conventions collectives ont, en général, un caractère épisodique, leur champ d'application est limité et leur durée – courte. Ces facteurs facilitent l'examen de la volonté des parties et augmentent l'importance donnée à la méthode subjective d'interprétation du texte.²¹

Comme indiqué ci-dessus, les dispositions créant des obligations doivent être examinées séparément. En établissant les obligations réciproques des parties, elles sont généralement de nature typiquement contractuelle. Leur contenu est cependant diversifié. Il s'agit tout d'abord de dispositions relatives à l'application de la convention et au respect de celle-ci, en particulier les modalités de sa publication et de diffusion de son texte, le mode d'évaluation périodique du fonctionnement de la convention ou d'explication de ses dispositions ainsi que le règlement des li-

21 V. l'arrêt de la Cour suprême du 19 mars 2008, I PK 235/07, cité ci-dessus.

tiges entre les parties (art. 240 § 1 point 2 et art. 241¹ C. trav.). Les parties peuvent également introduire des clauses de renégociation.²² Il est facile de remarquer que ce type de dispositions vise principalement à soutenir la partie normative de la convention. Les dispositions de la soi-disant troisième partie de la convention créent également des obligations. Elles comprennent, entre autres, les prestations sociales à caractère non professionnel, les dispositifs sociaux (comme une cantine) ou culturels offerts par l'établissement de travail, la création d'un fonds de prestations sociales d'entreprise et son montant ou les formes d'action sociale. Cette partie de la convention peut également réglementer les obligations de l'employeur (employeurs) envers l'organisation syndicale – à titre d'exemple en ce qui concerne la mise à disposition d'un local et des équipements techniques nécessaires aux activités syndicales, l'utilisation des équipements de l'employeur pour communiquer avec le personnel, etc. Pour assurer le respect de la convention, les parties peuvent également prévoir des peines conventionnelles.

Comme il ressort de ce qui précède, la plupart des dispositions créant des obligations concerne des questions qui intéressent non seulement les parties de la convention, mais également les personnes couvertes par celle-ci, y compris tous les salariés qu'elle vise. Pour cette raison, il y a lieu d'admettre que ces dispositions devraient faire, en général, l'objet de l'interprétation objective. Par ailleurs, dans les domaines où l'intérêt individuel de l'organisation s'avère prédominant, p. ex. la mise à disposition de locaux et d'installations techniques, les droits supplémentaires des syndicalistes etc. il conviendrait de se fonder sur les principes généraux énoncés dans l'art. 65 C. civ. pol.

Bibliographie

- CHAUVIN, Tatiana, « Umowy prawotwórcze jako umowy prawa publicznego » [Contrats législatifs en tant que contrats du droit public], *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2003, n° 2.
- DZIAŁOCHA, Kazimierz, « Zamknięty system źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Konstytucji i w praktyce » [Catalogue exhaustif des sources du droit obligatoire dans la Constitution et dans la pratique], dans Andrzej SZMYT (dir.), *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce* [La pratique du système constitutionnel des sources du droit], Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe, 2005.

²² La Cour suprême a contesté la validité des clauses permettant, dans certaines circonstances, la modification unilatérale de la convention ; v. l'arrêt du 22 février 2008, I PZP 12/07, *Orzecznictwo Izby Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych Sądu Najwyższego* [Jurisprudence de la Chambre du travail, de la sécurité sociale et des affaires publiques de la Cour suprême] 2008, n° 19–20, 2008, pos. 279.

- FLOREK, Ludwik, « Glosa do wyroków Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2008 r., I PK 235/07 oraz z dnia 2 kwietnia 2008 r., II PK 261/07 » [Commentaire des arrêts de la Cour suprême du 19 mars 2008, I PK 235/07 et du 2 avril 2008, II PK 261/07], *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 2010, n° 1.
- GNIEWEK, Edward et MACHNIKOWSKI, Piotr (dir.), *Kodeks cywilny. Komentarz* [Code civil. Commentaire], Warszawa, Wydawnictwo C.H. Beck, 2017.
- HAJN, Zbigniew, *Zbiorowe prawo pracy. Zarys systemu* [Droit collectif du travail. Introduction au système], Warszawa, Wolters Kluwer Polska, 2013.
- KSIĘŻAK, Paweł et PYZIAK-SZAFNICKA, Małgorzata (dir.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna* [Code civil. Commentaire. Partie generale], Warszawa, Wolters Kluwer Polska, 2014.
- OLEJNICZAK, Adam et RADWAŃSKI, Zbigniew (dir.), *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – Część ogólna* [Système de droit privé. Droit civil – Partie generale], Warszawa, Wydawnictwo C.H. Beck, 2012.
- RADWAŃSKI, Zbigniew, « Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 1999 r., II CKN 379/98 » [Commentaire de l'arrêt de la Cour suprême du 8 juin 1999, II CKN 379/98], *Orzecznictwo Sądów Polskich* [Jurisprudence des tribunaux polonais] 2000, n° 6, pos. 92.
- RADWAŃSKI, Zbigniew (dir.), *Prawo cywilne – Część ogólna* [Droit civil – Partie générale], Warszawa, Wydawnictwo C.H. Beck, 2002.
- RADWAŃSKI, Zbigniew, « Zagadnienia ogólne wykładni oświadczeń woli » [Questions générales sur l'interprétation des déclarations de volonté], *Nowe Prawo* 1986, n° 9.
- SANETRA, Walerian, « Wykładnia przepisów układu zbiorowego pracy – problem ciągle aktualny » [Interprétation des dispositions des conventions collectives de travail – problème toujours d'actualité], *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 2007, n° 9.
- SZPUNAR, Adam, « W sprawie wykładni zobowiązania wekslowego » [Sur l'interprétation de l'obligation cambiaire], *Przegląd Prawa Handlowego* 1996, n° 4.

Substitution de la clause abusive par une disposition de droit national à caractère supplétif dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

Jarosław Zasada*

Les obligations ancrées dans les contrats dont l'exécution est échelonnée dans le temps ne sont jamais définitivement fixées au moment de l'échange des consentements. La rencontre des volontés concordantes n'est qu'un commencement d'un acte de prévision, susceptible de devenir marqué par le contexte économique, social et politique. Le futur de cet acte peut s'avérer problématique non seulement à la suite d'un changement de circonstances extérieures que les parties n'ont pas envisagé lors de la formation du contrat et auxquelles celui-ci doit être adapté. Il n'est pas exclu que la raison du déséquilibre contractuel se situe dans le contrat lui-même, plus précisément dans les clauses contractuelles dont la lecture prouve que l'une des parties se trouve dans une situation désavantageuse. Dans une telle hypothèse, l'aléa auquel est exposé l'un des cocontractants ne tient pas tant à l'avenir incertain (c'est-à-dire au changement des circonstances), mais à l'interprétation du contrat et, aussi surprenant que cela puisse paraître, à l'imprévisibilité des conséquences tirées du constat que certaines clauses ne protègent pas, de manière égale, les intérêts des parties au contrat.

Le problème de la défaillance des clauses contractuelles est particulièrement perceptible dans le cadre du système de protection des consommateurs mis en place par le législateur européen afin d'éliminer les clauses abusives contenues dans les contrats qu'ils ont passés avec des professionnels.¹ La jurisprudence de

* Université de Łódź, Faculté de Droit et d'Administration, Chaire de droit civil, jzasada@wpia.uni.lodz.pl, Référendaire auprès de Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej. Les arguments développés dans la présente intervention ne reflètent que les observations personnelles de l'auteur et ne peuvent en aucun cas être attribués à Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej ou assimilés, directement ou indirectement, à la position adoptée par cette institution.

1 Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (JO de l'Union Européenne L 95 du 21 avril 1993, p. 29, modifié), ci-après : directive ou directive 93/13.

la Cour de justice en la matière est tellement abondante que son analyse dépasserait, bien évidemment, l'objet de cette présentation. Néanmoins il est à mon sens intéressant de savoir quelle est la position de la Cour s'il s'agit des pouvoirs des juges nationaux en présence d'une clause qualifiée d'abusives. Plus précisément, il conviendrait de focaliser l'attention sur les cas où il a été jugé possible de substituer une telle clause par une disposition de droit national à caractère supplétif.

Ce problème semble particulièrement d'actualité étant donné qu'il ne cesse de faire l'objet de nombreux renvois préjudiciels concernant l'interprétation des dispositions de la directive 93/13 auxquelles recourent les parties aux litiges relatifs à la validité des clauses contenues dans les contrats de prêt libellés dans une devise étrangère. Mise à part l'actualité de ce sujet et les enjeux sociaux et financiers qui en découlent, l'analyse de ce courant de jurisprudence européenne est pertinente parce qu'il semble être encore en développement, notamment en ce qui concerne l'adaptation du système de la protection des consommateurs aux valeurs telles que la stabilité des rapports juridiques et l'autonomie contractuelle.

Avant d'entrer plus en détails, il convient de souligner que les dispositions de la directive 93/13 déterminent uniquement le standard minimal de la protection des consommateurs, tout en permettant aux États membres d'introduire des dérogations individuelles. Eu égard à ce trait caractéristique de la directive, les remarques suivantes n'auront pour objet que la protection des consommateurs offerte par le droit de l'Union telle qu'établie dans la jurisprudence constante de la Cour. Des modifications de l'étendue de cette protection, apportées par les législations nationales, allant au-delà des dispositions juridiques imposées dans la directive, ne seront pas donc prises en considération.

Les conséquences juridiques prévues par le législateur européen en cas d'utilisation d'une clause abusive sont déterminées par l'art. 6, § 1 de la directive 93/13. Aux termes de cette disposition, les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel *ne lient pas les consommateurs*, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux (soulignement ajouté). Indépendamment des différentes solutions juridiques que les États membres appliquent pour obtenir ce résultat,² le poids de la sanction est réparti de manière asymétrique et ne pèse que sur le professionnel qui reste lié par l'intégralité du contrat.

La fin de la disposition citée complète sa première partie. En vertu de celle-ci, les États membres prévoient que *le contrat restera contraignant* pour les parties selon les mêmes termes, *s'il peut subsister sans les clauses abusives* (soulignement ajouté).³ De prime abord cette solution semble ne soulever aucune objection majeure.

2 Arrêt de la Cour du 14 juin 2012, C-618/10 Banco Español de Crédito, considérant 62.

3 Voir le considérant 21 de la directive 93/13 aux termes duquel : « si malgré tout, de telles clauses venaient à y figurer, elles ne lieront pas le consommateur, et le contrat continuera à lier les parties selon les mêmes termes s'il peut subsister sans les clauses abusives ».

Les répercussions de la sanction sont d'ailleurs assez limitées. Une fois la clause invalidée pour le consommateur, le reste du contrat est maintenu et contraignant pour les parties. La directive ne contient aucune disposition qui *expressis verbis* permettrait de remplacer une clause qualifiée d'abusive ou qui conférerait au juge national un pouvoir de « rééquilibrer » à sa guise le contenu du contrat.

Cette approche a été confirmée par la Cour dans son arrêt du 14 juin 2012.⁴ Dans cette affaire elle a jugé que l'art. 6, § 1 de la directive 93/13 s'oppose à la réglementation espagnole qui permettait au juge national, lorsqu'il constate la nullité d'une clause abusive dans un contrat conclu avec un consommateur, de compléter ledit contrat en révisant le contenu de cette clause. La réponse donnée par la Cour a été fondée non seulement sur la lettre de la disposition citée, mais aussi sur les finalités et l'économie générale de la directive.

En premier lieu la Cour a rappelé que, en principe, le juge national devrait se borner à écarter l'application d'une clause abusive et laisser le contrat subsister sans aucune autre modification. Toute tentative du juge national visant à rendre la clause litigieuse plus équitable serait également susceptible de compromettre la réalisation de l'objectif à long terme de la directive 93/13, à savoir de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel.⁵ Dans une telle hypothèse, l'effet dissuasif⁶ du contrôle judiciaire serait considérablement réduit car, comme la Cour l'a affirmé, les professionnels « demeureraient tentés d'utiliser lesdites clauses, en sachant que, même si celles-ci devaient être invalidées, le contrat pourrait néanmoins être complété, dans la mesure nécessaire, par le juge national de sorte à garantir ainsi l'intérêt desdits professionnels ». ⁷ L'intervention de la juridiction nationale servirait donc, en quelque sorte, d'ultime recours grâce auquel les éventuelles imperfections du contrat pourraient être effacées – surtout au bénéfice des professionnels. Ce raisonnement a été ensuite confirmé entre autres dans l'affaire *Asbeek Brusse*.⁸

L'étape suivante du développement de ce courant jurisprudentiel est marquée par l'arrêt rendu dans l'affaire *Kásler*.⁹ Dans le cadre de celle-ci, la Cour a été interrogée directement sur la possibilité de remplacer une clause contractuelle qualifiée d'abusive par une disposition du droit interne à caractère supplétif. Dans l'affaire au principal, la juridiction hongroise a déclaré abusive la clause relative au taux de change et, par conséquent, au calcul des mensualités. Démunie de cette

4 Arrêt de la Cour du 14 juin 2012, C-618/10 *Banco Español de Crédito SA*.

5 Voir l'art. 7, § 1 de la directive 93/13.

6 Arrêt de la Cour du 27 juin 2000, C-240/98 *Océano Grupo Editorial SA*, considérant 28; arrêt de la Cour du 21 novembre 2002, C-473/00 *Cofidis SA*, considérant 32.

7 Arrêt de la Cour du 14 juin 2012, C-618/10 *Banco Español de Crédito*, considérant 69.

8 Arrêt de la Cour du 30 mai 2013, C-488/11 *Asbeek Brusse*.

9 Arrêt de la Cour du 30 avril 2014, C-26/13 *Kásler*. Dans le même sens voir aussi l'arrêt de la Cour du 21 janvier 2015, affaires jointes C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13 *Unicaja Banco SA*.

clause le contrat de crédit est devenu inexécutable. Ceci était particulièrement désavantageux pour le consommateur qui s'est vu, d'un jour à l'autre, obligé de rembourser le montant du prêt restant dû à la banque.

La Cour, tout en s'appuyant sur sa position adoptée dans l'arrêt *Banco Español de Crédito SA*, s'est décidée à aller plus loin, en jugeant que l'art. 6, § 1 de la directive 93/13 ne s'oppose pas à ce que le juge national, en application de principes du droit des contrats, supprime la clause abusive en lui substituant une disposition de droit national à caractère supplétif.¹⁰ Au premier regard ceci peut paraître surprenant puisque l'interprétation *a contrario* de l'art. 6, § 1 de la directive pourrait aussi bien amener à la conclusion que le contrat perd son effet contraignant dans tous les cas où il ne peut plus subsister sans les clauses abusives. Néanmoins la Cour s'est prononcée en faveur du maintien du contrat en vigueur.

Selon la Cour, ni la finalité de la directive, ni son économie générale ne sont contraires à une telle conclusion. Sur ce point, elle a souligné que le recours aux dispositions légales supplétives permet de remplacer l'équilibre formel que le contrat établit entre les droits et obligations des cocontractants par un équilibre réel de nature à rétablir l'égalité entre ces derniers. Dans le cas contraire, le consommateur serait exposé à des conséquences particulièrement préjudiciables tandis que le professionnel ne serait pas (entièrement) dissuadé d'insérer de telles clauses dans les contrats qu'il propose. Cette mesure semble d'autant plus permise que, comme il résulte du 13^e considérant de la directive, les dispositions législatives ou réglementaires des États membres qui fixent, directement ou indirectement, les clauses de contrats avec les consommateurs sont censées ne pas contenir de clauses abusives.

Les affaires citées montrent que le raisonnement de la Cour est composé de deux étapes. D'abord la Cour tend à rétablir un équilibre contractuel entre les droits et obligations des parties au contrat, tout simplement en mettant fin à l'utilisation des clauses abusives. Ce n'est possible que dans le cas où le contrat en question peut, conformément aux règles de droit interne, continuer à lier les parties sans aucun complément. Ensuite, si la suppression de la clause litigieuse causait l'effondrement de l'économie du contrat, le juge national pourrait intervenir.

Il est d'ailleurs apparent que les possibilités de son intervention sont malgré tout assez étroites. Le juge ne peut pas s'immiscer dans le contrat de manière qui lui semblerait nécessaire ou utile. Son pouvoir se résume au transfert d'une disposition à caractère supplétif dans le contrat – étant entendu qu'une disposition apte à remplacer une clause abusive fait partie de l'ordre juridique d'un État membre. Autrement dit, la compétence de la juridiction nationale doit s'épuiser dans le « minimum requis », c'est-à-dire dans le rétablissement de l'équilibre contractuel basé sur les dispositions du droit national.

¹⁰ Arrêt de la Cour du 30 avril 2014, C-26/13 *Kásler*, considérant 80.

Il reste aussi à clarifier si l'intérêt du consommateur, apprécié par référence à l'hypothèse de l'annulation de la totalité du contrat, constitue le critère principal, voire unique, de l'intervention du juge national. Les arguments employés par la Cour dans l'arrêt *Kásler* permettent de répondre par l'affirmative. Cette position de la Cour a été réitérée dans sa jurisprudence ultérieure.¹¹ En effet, elle s'explique par le souci de protéger les capacités financières du consommateur et d'éviter la pénalisation de ce dernier.¹² Pourtant il convient de s'interroger si une telle approche est justifiée, notamment à l'aune de la jurisprudence antérieure de la Cour.

La Cour a eu l'occasion de se pencher sur un problème similaire dans l'affaire *Pereničová*.¹³ La juridiction de renvoi a demandé si l'art. 6, § 1 de la directive 93/13 permet aux juridictions nationales de décider, dans le cas où elles constatent l'existence de clauses abusives dans un contrat conclu avec un consommateur, que ledit contrat dans son ensemble ne lie pas le consommateur au motif que cela est plus avantageux pour ce dernier. Dans sa réponse, la Cour s'est montrée plutôt réticente à l'égard d'une telle solution. Elle a admis que des critères permettant d'apprécier si un contrat peut effectivement subsister sans les clauses abusives devraient être compris de façon objective. La situation de l'une des parties au contrat, en l'occurrence le consommateur, ne saurait être considérée comme le critère déterminant réglant le sort futur du contrat. Par conséquent, l'art. 6, § 1 de la directive 93/13 ne saurait être interprété en ce sens que, lors de l'appréciation du point de savoir si un contrat contenant une ou plusieurs clauses abusives peut subsister sans lesdites clauses, le juge saisi puisse se fonder uniquement sur le caractère éventuellement avantageux, pour le consommateur, de l'annulation dudit contrat dans son ensemble.¹⁴

Cette interprétation, tout à fait correcte, est soutenue par des arguments de poids. Comme l'a à juste titre observé M^{me} l'avocat général,¹⁵ l'annulation du contrat au bénéfice du consommateur n'est pas corroborée par l'art. 6, § 1 de la directive. D'après cette disposition, l'invalidité du contrat ne devrait survenir qu'exceptionnellement. De plus le législateur européen n'a aucunement lié cette conséquence juridique particulière à l'intérêt de l'une ou l'autre partie au contrat.

11 Arrêt de la Cour du 21 janvier 2015, affaires jointes C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13 *Unicaja Banco SA*. Selon le considérant 33 de cet arrêt, la possibilité pour le juge national de substituer à une clause abusive une disposition de droit national à caractère supplétif est limitée aux hypothèses dans lesquelles l'invalidation de la clause abusive obligerait le juge à annuler le contrat dans son ensemble, exposant par là le consommateur à des conséquences telles que ce dernier en serait pénalisé. Cet argument a été répété récemment dans l'arrêt de la Cour du 20 septembre 2018, C-51/17 *OTP Bank Nyrt.*, considérant 62.

12 Arrêt de la Cour du 30 avril 2014, C-26/13 *Kásler*, considérants 83 et 84.

13 Arrêt de la Cour du 15 mars 2012, C-453/10 *Pereničová*.

14 Arrêt de la Cour du 15 mars 2012, C-453/10 *Pereničová*, considérants 32 et 33.

15 Conclusions de l'avocat général M^{me} Verica Trstenjak présentées le 29 novembre 2011, C-453/10 *Pereničová*.

Il est donc permis de constater que l'appréciation de la survie du contrat devrait être effectuée de manière objective, eu égard à la règle générale de la « continuation » de la force contraignante du reste du contrat, consacrée dans la jurisprudence de Luxembourg.

L'adoption de la perspective exclusive du consommateur pourrait, paradoxalement, porter atteinte aux objectifs de la directive 93/13. Selon la jurisprudence constante de la Cour, la déclaration du caractère abusif d'une clause contractuelle ne justifie pas l'invalidation intégrale du contrat. Le législateur européen cherche d'abord à rétablir l'équilibre réel entre les droits et obligations des cocontractants, c'est-à-dire à les rendre effectivement égaux.¹⁶ Cette intention repose bien sûr sur l'idée fondamentale du système créé par la directive, à savoir celle de l'infériorité du consommateur par rapport au professionnel en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information. Il est donc évident que le rééquilibrage de ses droits et obligations contractuels nécessite, par définition, une relation juridique fondée sur le contrat. Pour cette raison, comme mentionné ci-dessus, les conséquences à tirer de la découverte d'une clause abusive suivent une approche conservatrice à l'égard du lien contractuel. L'annulation du contrat s'impose comme la solution *ultima ratio*, lorsque les mesures disponibles visant à corriger le contrat ont été épuisées (ou il n'y en avait guère).

Il convient aussi de partager l'opinion de M^{me} l'avocat général¹⁷ qu'il n'existe pas non plus de raison pouvant être objectivement justifiée de dégager le consommateur des obligations résultant d'un contrat, dans la mesure où il a pris ces engagements de manière libre et en connaissant leur portée. Autrement dit, la priorité absolue donnée à l'intérêt du consommateur affecterait l'autonomie contractuelle. Le consommateur se verrait libéré de l'évaluation des avantages et des risques des obligations contractuelles envisagées et pourrait regarder l'avenir plus sereinement, en sachant que finalement le sort du contrat ne sera influencé que par son propre intérêt. Dans une telle hypothèse il serait difficile d'affirmer que le consommateur demeure dans une situation d'infériorité justifiant l'application des mesures de compensation. Dans un cas pareil on serait enclin de dire que les désavantages affectant sa position prétendument inférieure n'existeraient plus.

Il faudrait aussi ajouter que ce raisonnement est également soutenu par l'exigence de la sécurité juridique. Cette valeur s'inscrit forcément dans toute activité économique et pour cette raison elle n'a pas pu être étrangère au législateur européen qui l'a intégrée aux objectifs poursuivis par la directive 93/13. Sur ce point, force est de rappeler que cet acte juridique a été adopté pour établir pro-

16 Voir par exemple : arrêt de la Cour du 26 octobre 2006, C-168/05 Mostaza Claro, considérant 36; arrêt de la Cour du 4 juin 2009, C-243/08 Pannon GSM Zrt., considérant 25 ; arrêt de la Cour du 26 janvier 2017, C-421/14 Banco Primus SA, considérant 41 ; arrêt de la Cour du 20 septembre 2018, C-51/17 OTP Bank Nyrt., considérant 60.

17 Conclusions de l'avocat général M^{me} Verica Trstenjak présentées le 29 novembre 2011, C-453/10 Pereničová, considérants 64–66.

gressivement le marché intérieur, supprimer les divergences marquées dans les législations des États membres relatives aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ainsi que pour aider les vendeurs de biens et les prestataires de services dans leur activité de vente de biens et des prestations de services, à la fois dans leur propre pays et dans le marché intérieur.¹⁸ Or la sécurité juridique peut s'avérer illusoire lorsque l'existence d'une relation contractuelle dépend de manière permanente de l'intérêt d'un seul cocontractant.

Dans l'affaire *Pereničová*, les arguments exposés ci-dessus ont amené la Cour à la conclusion que, dans le cadre de l'art. 6, § 1 de la directive, la volonté réelle ou présumée du consommateur ne suffit pas à supprimer la partie restante du contrat. En revanche, comme nous l'avons vu dans l'arrêt *Kásler*, la Cour a reconnu qu'une intervention du juge est possible dans des situations dans lesquelles l'élimination des clauses abusives entraînerait l'annulation du contrat dans son ensemble, exposant par là le consommateur à des conséquences telles qu'il en serait pénalisé. La réponse donnée par la Cour dans cette deuxième affaire semble donc ne tenir compte que des intérêts économiques des consommateurs ou même être établie en fonction de ces intérêts.

Le changement de l'orientation de la Cour et la mise de l'accent uniquement sur l'intérêt du consommateur peuvent paraître surprenants car les problèmes juridiques posés dans les affaires *Pereničová* et *Kásler* constituent, me semble-t-il, les deux faces d'une même pièce. En effet, les juridictions de renvoi ont demandé à la Cour de préciser l'étendue de la règle de maintien de la validité du contrat. En d'autres termes, il s'agissait de déterminer des critères en vertu desquels un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel peut subsister sans des clauses qualifiées d'abusives.

Étant donné que dans l'arrêt *Pereničová* la Cour a admis que, conformément aux dispositions de la directive 93/13, l'appréciation de l'existence du contrat est soumise à une objectivation, on aurait pu attendre qu'une approche analogue devrait s'appliquer à la substitution d'une clause abusive par une disposition de droit national à caractère supplétif (l'affaire *Kásler*). Cette solution semblerait aussi plus logique car elle permettrait de s'appuyer sur des critères uniformes en ce qui concerne l'appréciation des possibilités de la « survie » et de la « réanimation » du contrat en question.

Indépendamment de cette observation, on peut supposer que la jurisprudence de la Cour relative au remplacement d'une clause abusive par une disposition supplétive est en phase d'évolution et que le jugement rendu dans l'affaire *Pereničová* (sans oublier le raisonnement qui le soutient) pourrait y avoir une incidence. L'occasion s'y prête parce que la Cour a été encore une fois saisie d'une question préjudicielle hongroise¹⁹ s'inscrivant dans une série de renvois relatifs

18 Considérants 1, 3 et 7 de la directive 93/13.

19 Affaire C-118/17 *Zsuzsanna Dunai contre ERSTE Bank Hungary Zrt.*

aux prêts libellés dans une devise étrangère. Dans l'une de ses questions la juridiction de renvoi s'est référée directement à l'arrêt Kásler, en demandant s'il doit être compris en ce sens que le juge national peut aussi remédier à l'absence de validité d'une clause d'un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur lorsque le maintien du contrat est contraire aux intérêts économiques du consommateur.

Comme il résulte de la description du litige au principal fournie par l'avocat général,²⁰ les doutes de la juridiction nationale sont apparus à la suite de l'adoption de lois (applicables au contrat litigieux) qui ont remplacé des clauses abusives relatives aux taux de change et éliminé ainsi le motif d'invalidité du contrat. En raison de cette intervention législative, la juridiction saisie au principal ne peut plus annuler le contrat dans son ensemble et, par conséquent, le consommateur reste obligé de supporter la charge financière résultant du risque de change. Étant donné que ce serait précisément cette obligation dont le consommateur aurait voulu se libérer, il serait contraire à ses intérêts que la juridiction de renvoi estime ce contrat valable. Apparemment le juge national ne craint pas que l'annulation du contrat aboutisse à des conséquences pénalisant le consommateur et part du principe qu'une telle mesure sera économiquement plus avantageuse pour le consommateur que le maintien du contrat après en avoir supprimé les clauses abusives. Il est aussi évident pour la juridiction de renvoi que le législateur hongrois a expressément modifié le contenu des contrats de prêt de manière à influencer les décisions des juridictions saisies dans un sens favorable aux banques.

À première vue, on constate que les affirmations du juge hongrois s'opposent entièrement aux prémisses sur lesquelles la Cour s'était fondée dans l'arrêt Kásler. Dans ce dernier, comme il a été indiqué plus haut, la Cour a accueilli l'idée de remplacer une clause abusive par une disposition de droit national à caractère supplétif afin de maintenir le contrat et de restaurer l'égalité entre ses parties. Il ne semble donc ni judicieux, ni raisonnable de renverser la logique de ce jugement et de l'utiliser pour obtenir un résultat indésirable du point de vue du système instauré par la directive 93/13 – à savoir l'effacement du lien contractuel. Cette tentative est tout à fait inconciliable avec la jurisprudence de la Cour et doit résulter, comme l'a formulé l'avocat général, « d'une lecture biaisée et erronée »²¹ du jugement rendu dans l'affaire Kásler.

Il faut également se rallier aux remarques de l'avocat général pour qui l'évaluation des circonstances de l'espèce effectuée par le juge national est trop simplifiée et ne prend pas en considération l'ensemble des intérêts économiques des consommateurs. Dans ce contexte il a rappelé que l'appréciation du caractère

20 Conclusions de l'avocat général M. Nils Wahl présentées le 15 novembre 2018, C-118/17 Zsuzsanna Dunai.

21 Conclusions de l'avocat général M. Nils Wahl présentées le 15 novembre 2018, C-118/17 Zsuzsanna Dunai, considérant 68.

abusif d'une clause contractuelle doit être portée au moment de la conclusion du contrat, en tenant compte de l'ensemble des circonstances dont le professionnel pouvait avoir connaissance audit moment et qui étaient de nature à influencer sur l'exécution ultérieure du contrat.²² Il convient finalement de souligner que les conclusions de l'avocat général ne laissent pas passer inaperçus les apports de la jurisprudence Pereničová et rappellent que les intérêts économiques du consommateur n'ont pas un caractère déterminant et en tant que tels ne sauraient justifier, aux fins prétendues d'assurer l'effectivité aux dispositions de la directive 93/13, l'annulation du contrat de prêt dans son ensemble.

Un arrêt de la Cour qui partagerait les conclusions de l'avocat général devrait donc être salué. L'affaire Dunai fournit une bonne occasion de confirmer la solution adoptée dans l'affaire Pereničová relative à l'interprétation de l'art. 6, § 1 de la directive 93/13. L'extension de la protection conférée par cette disposition dans la direction suggérée par la juridiction de renvoi remettrait en cause les valeurs telles que la sécurité juridique des activités économiques, l'autonomie contractuelle ainsi que la protection de la confiance des opérateurs économiques.

Il va aussi sans dire qu'une telle démarche constituerait une violation flagrante du principe du maintien de la validité de l'ensemble du contrat. Par ailleurs il y a lieu de supposer que, dans ce cas concret, le législateur hongrois avait remédié aux difficultés concernant le taux de change, en les modifiant de manière générale par voie législative, et répondant par l'affirmative à la question portant sur la possibilité de maintenir la force contraignante du contrat. Eu égard à la source légale des clauses complétant le contrat, il faudrait aussi admettre qu'elles ne relèvent pas le champ d'application de la directive 93/13, au regard de son art. 1, § 2. Ainsi le remède légal permettant de rendre des clauses litigieuses conformes à la loi implique que ces clauses peuvent être acceptées par les consommateurs. Dans ce cas de figure il n'y a plus besoin de procéder à une évaluation des intérêts des consommateurs.

Les arguments exposés plus haut amènent à la conclusion que la possibilité de substituer aux clauses qualifiées d'abusives des dispositions de droit national ne saurait dépendre seulement de critères subjectifs relatifs à la situation du consommateur. On devrait (et voudrait) s'attendre à ce que le jugement qui doit intervenir dans l'affaire Dunai conduise au fusionnement clair de deux courants jurisprudentiels consacrés dans les arrêts Pereničová et Kásler. En résultat, l'invalidité de la totalité du contrat n'est concevable que dans la situation où le rétablissement effectif de l'équilibre entre les cocontractants ne serait plus possible (vu l'empreinte que les clauses invalidées ont mises par exemple sur la nature juridique du contrat) et que l'annulation du contrat répondrait réellement à leur volonté. Il s'ensuit que l'hypothèse de l'annulation aura lieu assez rarement – ce qui convient exactement à la jurisprudence de la Cour.

²² Arrêt de la Cour du 20 septembre 2017, C-186/16 Ruxandra Paula Andricuic e.a., considérant 58.

Bientôt la Cour pourra saisir une autre occasion pour préciser la portée de sa jurisprudence relative au remplacement d'une clause abusive par une disposition de droit interne à caractère supplétif. Par une demande de décision préjudicielle²³ la juridiction polonaise a interrogé la Cour, si l'art. 1^{er}, § 2 et l'art. 6, § 1 de la directive 93/13 doivent être interprétés de telle manière qu'ils permettent, dans la situation où l'annulation d'un contrat dans son ensemble en raison du caractère abusif des dispositions contractuelles serait défavorable au consommateur, de remédier aux lacunes du contrat sur la base, non pas d'une disposition supplétive se substituant clairement à la clause abusive, mais de dispositions nationales prévoyant que les effets produits par un acte juridique sont complétés notamment par l'application des principes d'équité (règles de vie en société) ou des pratiques établies. L'acceptation d'une telle solution confirmerait l'importance du principe de la validité du contrat et limiterait, en pratique, les cas où les contrats contenant des clauses abusives seraient annulés.

23 Affaire C-260/18 Dziubak contre Raiffeisen Bank Polska SA.

Droit des marchés financiers en Pologne et le contrat

Mariola Lemonnier*

I. Introduction

Considérer la théorie contractuelle comme celle qui explique le mieux la substance de la valeur mobilière en droit polonais incite à de nombreuses remarques.

Selon la théorie contractuelle des valeurs mobilières en Pologne, un contrat est indispensable entre l'émetteur et le destinataire du document. L'objet du contrat porterait sur la remise du document, c'est-à-dire la valeur mobilière. La théorie contractuelle indique un rapport légal donnant la base d'origine pour une valeur mobilière.¹

Selon la théorie contractuelle, la naissance d'une valeur mobilière, dans le cas d'une action, aurait comme base le contrat de société. Le Code des sociétés commerciales polonais fait références à cette conception.

Dans de nombreuses situations, on peut se référer au principe de liberté contractuelle afin d'appliquer aux nouvelles valeurs une qualification du contrat innommé mais la créativité du marché est si abondante que certains instruments et transactions seront à analyser sans pouvoir aboutir à des conclusions concrètes.

Dans le cas de la théorie contractuelle relative par exemple à la naissance de l'action, il faudrait s'interroger pourquoi et comment le droit de l'actionnaire entraîne la négociabilité des créances ? L'action est, d'un côté, un droit d'actionnaire dans une société par actions et, d'un autre, elle est négociable comme une créance. Où se trouve donc la place pour un contrat entre l'investisseur et la société et quelle place y est réservée pour l'actionnaire ? Est-il suffisant de se référer à la conception de contrat de société du Code des sociétés commerciales pour renforcer la conception de la théorie contractuelle ? Dans le cas des obligations, une base de théorie contractuelle serait l'emprunt, d'où vient l'expression des instruments de créance.

* Professeur à l'Université de Varmie et Mazurie, Faculté de droit et d'administration.

1 Kazimierz Kruczałak, *Problematyka prawna papierów wartościowych* [Les questions juridiques des valeurs mobilières], Gdańsk, 1996, p. 35.

Lorsqu'il s'agit de titres de créance, la situation est moins claire, puisque l'obligation contemporaine contient en elle de nombreux droits pouvant devenir un droit à la conversion en actions, c.-à-d. qu'ils peuvent contenir des éléments intermédiaires de titre de participation. Une multitude de questions envisageables concernant les actions annoncent le problème des valeurs mobilières devenant un combiné de différents instruments financiers, pour lesquels une explication issue de la théorie contractuelle n'est hélas pas suffisante en droit polonais.

Cependant, la théorie contractuelle explique le caractère des engagements découlant de la valeur mobilière. Le contrat est soumis aux dispositions du Code civil et est un acte juridique causal. Aux étapes suivantes, les engagements des parties changent de caractère et deviennent des engagements abstraits. L'engagement du rapport principal et l'engagement issu de la valeur mobilière peuvent être considérés comme des rapports juridiques tout à fait distincts. Au moment de l'introduction de valeurs mobilières sur le marché, les rapports juridiques (le principal et celui résultant de la valeur mobilière) deviennent séparés. La conception d'engagements abstraits issus des valeurs mobilières a été créée afin de rendre impossible la poursuite des droits résultant des rapports juridiques – le principal et celui de la valeur mobilière – en même temps. Il serait donc important d'attirer l'attention sur le fait de la coexistence des deux engagements. Indiscutablement, les deux engagements naissent et durent pendant le fonctionnement de la valeur mobilière en circulation. La suspension de l'engagement principal est une certaine issue de la situation mais ne justifie pas le fait que durant la circulation de la valeur mobilière, le débiteur a des possibilités moindres de soulever des objections résultant du rapport principal.

La théorie contractuelle a toutefois laissé place à d'autres théories présentes ci-après, pour à son tour renaître dans des produits dérivés.

II. A la recherche de la notion de la valeur mobilière

Le sujet des valeurs mobilières en tant qu'objet de négociation sur le marché financier est très important du point de vue du fonctionnement des marchés financiers.

La présentation de la conception de valeurs mobilières impose des simplifications nécessaires et une approche schématique des questions abordées. L'objectif de ce travail n'est pas de procéder à une analyse détaillée de toutes les notions mais d'attirer l'attention sur les difficultés communes d'interprétation lors de l'analyse de la notion de valeurs mobilières, ainsi que sur des difficultés qui résultent des solutions en droit positif polonais.

1. L'évolution du concept des valeurs mobilières en droit polonais

La terminologie polonaise utilisée pour décrire les valeurs mobilières est un concept théorique lequel constitue un emprunt du droit allemand, dans sa forme historique remontant à l'entre-deux-guerres. Après cette période, de nombreux points de vue de la doctrine n'étaient pas et ne sont plus représentés. Mais le terme *papiery wartościowe* (*Wertpapieren*) est uniquement utilisé et sera ensuite traduit en français « valeurs mobilières » ou « titres ».²

1.1. La notion de valeurs mobilières en droit polonais

Cette partie de l'article est une tentative d'indiquer les changements dans l'approche de l'institution des valeurs mobilières en droit polonais – dans le Code civil polonais précédé par le Code des obligations.³ La référence aux concepts présentés ci-dessus dans la science est justifiée par le fait que le législateur polonais déjà a souvent utilisé des modèles en créant et en modifiant divers types d'institutions du marché des capitaux.⁴ La réglementation boursière dans le cadre de la discussion est une incitation à réfléchir sur l'état des réglementations polonaises en matière de valeurs mobilières. C'est en quelque sorte l'avis que cela vaut la peine d'entamer une discussion qui pourrait déboucher sur la transposition de certaines solutions dans la théorie polonaise des valeurs mobilières.

1.2. L'évolution du concept de valeurs mobilières

Le Code des obligations polonais d'avant-guerre, entré en vigueur en 1934, n'incluait pas de définition de la valeur mobilière. Au lieu de cela, il a introduit deux institutions – la dette au porteur (art. 225 CO) et le transfert (les art. 613 à 620 CO).⁵ La dette au porteur était la manière dont une créance sur un document au porteur était déposée, dans laquelle l'émetteur du document s'engageait à réaliser à tout moment la performance indiquée dans le document. Cette institution a été utilisée pour déterminer les règles de négociation des titres. En conséquence, la dette au porteur a constitué la preuve qu'il n'y avait pas à cette époque en droit polonais de liste fermée des valeurs mobilières.⁶ L'emplacement de l'art. 225 dans la partie du Code des obligations relative à l'exécution des obligations aurait pu

2 Sur le sujet de la comparaison des trois systèmes juridiques voir Mariola Lemonnier, *Europejskie modele instrumentów finansowych* [Les modèles européens des instruments financiers], Wolters Kluwer, Warszawa, 2017.

3 « Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27 października 1933 r. Kodeks zobowiązań » [Le Règlement du Président de la République Polonaise du 27 octobre 1933. Code des Obligations], *Dz. U.* 1933, avec les am. ult.

4 Mariola Lemonnier, *Europejskie modele instrumentów finansowych*, op. cit.

5 Adam Szpunar, « Podstawowe problemy papierów wartościowych » [Les éléments essentiels des valeurs mobilières], *PiP*, n° 2, 1991, p. 14.

6 Voir plus loin.

suggérer que l'essentiel de la valeur mobilière se trouvait principalement dans le contrat. Cependant, la doctrine s'est demandé si la dette au porteur est une déclaration unilatérale ou le contrat. Selon les termes du Code des obligations d'avant la deuxième guerre, il était largement admis qu'il s'agissait d'un acte unilatéral. Ainsi a été créée la théorie de la déclaration unilatérale de volonté comme source des valeurs mobilières.

Dans le cadre de la théorie de la déclaration unilatérale de volonté nous distinguons depuis la théorie créative, la théorie de la bonne foi et la théorie de l'émission. La première théorie a reconnu que le droit incorporé dans la valeur mobilière surgit lorsque le document a été délivré conformément à la loi. Un acte juridique unilatéral est de nature abstraite, de sorte que l'existence et la validité de la cause n'est pas pertinente. Ainsi, un titre est créé lorsque l'émetteur signe le document.⁷ La théorie de la bonne foi⁸ a introduit une condition supplémentaire, hormis la signature du document, il doit être en la possession d'une personne qui l'a acheté de bonne foi ou auprès de laquelle l'exposant ne peut plus demander la délivrance de document du titre. La dernière des théories susmentionnées, considère la création d'un titre laquelle dépend de l'émetteur qui passe le document à un tiers. Néanmoins, la théorie d'une déclaration unilatérale de volonté ne peut expliquer sans équivoque les problèmes relatifs aux obligations de l'émetteur et la circulation des documents au porteur.

La théorie contractuelle des valeurs mobilières en droit polonais approche la question d'une manière complètement différente. Au premier plan, elle met en valeur la déclaration des volontés des parties qui constitue la base de l'engagement entre les parties.

La condition de la création d'un titre est non seulement l'émission d'un document, mais aussi la conclusion d'un contrat pour sa délivrance.⁹ Ainsi, le contrat a une cause. Il ne perd cette caractéristique qu'au stade ultérieur de la négociation (c'est-à-dire lorsqu'un titre est transféré par le détenteur initial à une personne, autre que l'émetteur).¹⁰

7 La description des théories dans Michał Romanowski, « Zagadnienia ogólne papierów wartościowych » [L'essentiel en droit des valeurs mobilières], dans Andrzej Szumański (dir.), *System Prawa Prywatnego* [Système du droit privé], t. 18: *Prawo papierów wartościowych* [Droit des valeurs mobilières], Warszawa 2010, p. 70 et s.

8 *Ibidem*.

9 Si le contrat pour la délivrance du document est invalide ou non conclu, alors l'acheteur de bonne foi est protégé par la théorie de l'apparence légale, en supposant que dans de tels cas, l'émetteur a créé l'apparence juridique en émettant un document destiné au commerce. Voir Adam Szpunar, « Podstawowe problemy papierów wartościowych », *op. cit.*, p. 17 ; idem, « O powstaniu zobowiązania wekslowego » [Sur la création de l'obligation d'une traite], *PUG*, n° 1, 1992. ; Jacek Jastrzębski, *Pojęcie papieru wartościowego wobec dematerializacji* [La notion de la valeur mobilière face à la dématérialisation], Warszawa 2009, p. 51 et s.

10 Cette théorie contractuelle doit être distinguée de la soi-disant théorie des contrats qualifiés.

Dans la situation de l'absence de définition légale d'un titre en droit polonais, la doctrine s'est occupée de cette question. Une conception large de la valeur est basée sur la fonction de la légitimation d'un titre, qui peut être exprimée par une description selon laquelle « la loi suit le document ». ¹¹ Cela signifie que la condition de base pour l'exercice du droit est d'avoir et de présenter un document. Dans la théorie, l'élément des clauses contractuelles est mentionné en tant que contenu du document des valeurs mobilières à côté des clauses relevant de la loi. ¹²

Une autre théorie, qui accentue la négociabilité des valeurs mobilières, se distingue par rapport à la théorie précédente. Elle ne repose pas sur la relation entre le débiteur et le créancier. Toutefois la possibilité de convenir des clauses documentaires est la réaction à la négociabilité des droits.

Ainsi, un titre est un document affirmant l'existence d'un droit, restant tellement lié à ce droit qu'en l'absence de ce document la réalisation de ce droit reste inefficace. Le concept « étroit » de la valeur mobilière limite ainsi la portée de la notion aux seuls titres transmissibles par cession et titres au porteur. Contrairement à la théorie dite « large », elle ne couvre pas la portée des titres nominatifs.

La typologie présentée ci-dessus est basée sur le droit allemand et n'a pas trouvé dans la doctrine polonaise une complète acceptation. Les représentants de la pensée juridique polonaise préconisent essentiellement un concept « large » de la valeur mobilière, considérant à la fois la négociabilité et la fonction de la légitimation de la valeur comme un trait caractéristique important des valeurs. ¹³ La différence de position se réduit *de facto* à la place de l'une des caractéristiques par rapport à l'autre. ¹⁴

Le législateur polonais a introduit une modification du Code civil par la loi du 28 juillet 1990. ¹⁵ L'amendement introduit, entre autres au Code civil, dans le livre III « Des obligations », le titre XXXVII – « Le transfert et les valeurs mobilières ». L'art. 926 du Code stipule que si l'obligation résulte de la valeur émise, le débiteur est obligé d'exercer son obligation avec la restitution du document, soit de mettre le document à la disposition du débiteur afin de priver le document de

11 Alfred Ohanowicz, Józef Górski, *Zarys prawa zobowiązań* [L'essentiel en droit des obligations], Warszawa 1970, p. 532–535 ; Adam Szpunar, « Podstawowe problemy papierów wartościowych », *op. cit.*, p. 16–17 ; Zbigniew Radwański, Janina Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część szczegółowa* [Les obligations – partie détaillée du Code], Warszawa 2004, p. 320 ; v. aussi Jacek Jastrzębski, *Pojęcie papieru wartościowego wobec dematerializacji*, *op. cit.*, p. 77.

12 Fryderyk Zoll, *Klauzule dokumentowe* [Clauses documentaires], Warszawa 2004, p. 19–20.

13 Jacek Jastrzębski, *Pojęcie papieru wartościowego wobec dematerializacji*, *op. cit.*, p. 78–95 ; Michał Romanowski, « Zagadnienia ogólne papierów wartościowych », *op. cit.*, p. 31.

14 Dans la doctrine, on peut également trouver une position différente, v. Tadeusz Komosa, *Papiery wartościowe*, [Valeurs mobilières], *PPH*, n° 4, 1995, p. 1 ; Zbigniew Radwański, Janina Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część szczegółowa*, *op. cit.*, p. 284.

15 Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny [Loi du 23 avril 1964, Code civil], *Dz. U.*, n°16, pos. 93, avec les am. ult.

sa force d'une manière habituelle.¹⁶ Ces dispositions s'inscrivent dans la conception large du titre.

Une autre conception de la valeur mobilière est le concept des clauses documentaires¹⁷ comme d'ailleurs une autre théorie d'approche par la typologie du titre.¹⁸ La première de ces conceptions indique que la notion de valeurs ne réside pas dans la relation entre les deux obligations « mais par le contenu réservé par les parties de façon concluante et explicite, ainsi que par le choix du type des valeurs mobilières, choix des clauses documentaires, modifiant l'ordre de légitimité ».¹⁹

Cette conception, utilise une méthode différente pour décrire la relation entre la loi et le document. L'avantage de cette approche est l'adoption d'une compréhension large d'un document du droit suisse, y compris sa portée et son enregistrement électronique. Cela permet d'appliquer facilement la théorie aux titres dématérialisés. Un autre avantage du concept est la reconnaissance plus large des titres de créance, ce qui permet de localiser clairement les titres dans le système de droit civil polonais. Cependant, l'inconvénient de cette théorie réside dans le processus d'application des droits, en marginalisant les questions de son transfert.²⁰

La proposition d'une approche typologique d'un titre repose sur l'observation que la classification des titres a peu de valeur du point de vue de la pratique de négociation sur le marché et qu'il est difficile, dans une classification, d'inclure un nombre considérable de valeurs mobilières. Par conséquent, l'approche doctrinale typologique, bien qu'elle ne rencontre pas les conditions de la division dichotomique, semble être plus utile. Cette approche est basée sur l'hypothèse selon laquelle l'inclusion d'un document, pour un type particulier de documents appelés titres, est déterminée par le nombre et l'intensité des traits attribués à la catégorie des titres, quel que soit le type de valeurs et le document. La similitude de ce titre au standard d'une valeur mobilière ne nécessite pas d'inclure des critères par opposition à une approche de classification sur la base des critères pointus et rigides surtout qu'il n'y a pas d'accord universel sur le choix des critères.²¹

Une autre approche du concept de titre est la notion de qualification à travers les deux modèles du marché financier – le premier modèle opérationnel, dans lequel le titre n'est pas la seule conception, la pression du marché prévaut et la question du commerce devient l'une des plus importantes. Ce modèle s'éloigne de la notion de la valeur mobilière et attire l'attention sur les fonctions du marché, lesquelles à leur tour sont précisément réglementées. Dans le deuxième modèle normatif, le sujet d'intérêt est le titre comme objet des échanges sur le marché et

16 En ce qui concerne les propositions de changement voir Jacek Jastrzębski, *Pojęcie papieru wartościowego wobec dematerializacji*, op. cit., p. 79–84.

17 Fryderyk Zoll, *Klauzule dokumentowe*, op. cit.

18 Michał Romanowski, « Zagadnienia ogólne papierów wartościowych », op. cit., p. 33.

19 Fryderyk Zoll, *Klauzule dokumentowe*, op. cit.

20 Jacek Jastrzębski, *Pojęcie papieru wartościowego wobec dematerializacji*, op. cit., p. 84–89.

21 Michał Romanowski, « Zagadnienia ogólne papierów wartościowych », op. cit., p. 39.

pour la certitude du commerce. Il doit être soigneusement réglementé, parfaitement qualifié, catégorisé, classé car il affecte la structure du modèle.²²

Le concept des valeurs mobilières en Pologne dans les lois en vigueur n'a commencé à fonctionner qu'après les années 90. XX^{ème} siècle. L'adoption des modèles économiques a entraîné le transfert dans la régulation polonaise relative aux marchés de capitaux, le concept de titres et le concept plus large, d'instrument financier.

L'un des premiers concepts juridiques de valeurs mobilières a été introduit par la loi sur le marché des valeurs mobilières – loi sur la négociation publique des titres et des fonds fiduciaires du 22 juin 1991.²³ Cette conception, se référant à la négociation publique, a considéré une valeur mobilière créée pour établir ou déclarer l'existence d'un droit patrimonial, fixé dans un tel document et libellé de telle sorte qu'il pourrait constituer un objet indépendant sur le marché réglementé. L'approche normative ci-dessus a été créée pour les besoins d'un acte spécifique. Toutefois, cette conception n'était pas de nature générale car elle ne couvrait pas tous les droits incorporés dans des documents pouvant être considérés comme des titres.

Un tel aspect était censé résider dans l'art. 921⁶ C. civ. pol., parce qu'il utilise certains traits caractéristiques pour décrire le titre. Cependant, l'aspect général relevant de l'article du Code civil n'a pas été accepté dans la doctrine à l'unanimité.

Une autre loi, dans laquelle le concept décrit est apparu, est entrée en vigueur en 2005, en dérogeant la loi du 21 août 1997 – c'est la loi sur la négociation publique de titres.²⁴ Cette fois, le législateur s'est écarté de la définition de la notion de titres, se limitant à l'énumération des valeurs mobilières. Une telle approche législative a causé des difficultés car un tel concept semblait surtout correspondre aux exigences du développement du marché des capitaux. En même temps, des doutes sur les qualifications de divers titres circulant sur le marché ont été évités de cette manière.

La loi sur le commerce des instruments financiers du 29 juillet 2005²⁵ réduit la notion de titre à un élément sur la liste des instruments financiers. Le législateur a utilisé deux techniques dans ce cas. Certains titres ont été mentionnés directement. En outre, le législateur a indiqué d'autres valeurs mobilières, y compris l'incorporation des droits découlant d'actions ou de la dette, émises sur la base des dispositions de la loi polonaise ou étrangère. Les titres seront également des droits transférables résultant de l'émission, incorporant le droit d'acheter ou d'acquérir les titres visés – les actions, droits de souscription d'actions, droits aux actions sur le marché réglementé, warrants de souscription, certificats de dépôt, obligations, lettres de nantissement, certificats d'investissements, soit les instruments réalisés par le règlement monétaire (dérivés).

22 V. Mariola Lemonnier, *Europejskie modele instrumentów finansowych*, op. cit.

23 Dz. U., n° 35, pos. 155.

24 Dz. U., n° 118, pos. 754.

25 Dz. U., n° 183, pos. 1538, avec les am. ult.

1.3. *Numerus clausus* des valeurs mobilières en droit polonais

Une partie de la doctrine polonaise soutient le principe du *numerus clausus* des valeurs mobilières.²⁶ Les opinions sont divisées : s'appliquent-elles à tous les titres ou les titres nominatifs en sont-ils exclus ?²⁷ L'opinion selon laquelle le principe de *numerus clausus* résulte du transfert spécial de droits découlant de titres, entraîne certaines conséquences. Cela signifierait qu'ils existent – si nous tenons compte de la manière de transférer des droits d'une manière différente de celle réglementée par le législateur, qu'il y aura deux systèmes de titres et le troisième résultant du droit étranger. Toutefois, le législateur polonais n'a pas interdit la création de nouveaux titres, et n'a pas précisé la portée de l'interdiction de création d'autres titres. L'utilisation du terme valeur mobilière pour un véhicule financier donné est aujourd'hui certainement insuffisante. La loi sur les instruments financiers indique que l'objet des transactions, et non d'un titre, ne peut être qu'une valeur mobilière correspondant à la loi. Cela signifierait qu'en droit polonais, la valeur peut être considérée comme un titre en raison du contenu de la notion, or celle-ci n'a pas les éléments nécessaires, ni la définition unique générale. Dans le même temps, les titres peuvent ne pas être typiques, mais d'une certaine manière, standardisés en raison des réglementations du marché boursier.²⁸

En analysant les conceptions susmentionnées des titres, on peut avoir l'impression que le législateur polonais, voyant les difficultés doctrinales dans l'adoption d'une définition générale d'un titre, visait à créer un catalogue fermé des titres surtout sur le marché réglementé. Cela a permis d'une part d'éviter les problèmes dans l'admission sur le marché et d'aboutir à l'adoption du principe du *numerus clausus* des titres. Cependant, une telle approche ne pourrait pas fonctionner à l'ère de la mondialisation des marchés de capitaux et de l'importance croissante de la libre circulation des capitaux et des paiements.

L'admission de l'émission sur le marché réglementé polonais de titres résultant du droit d'autres États membres signifie qu'à cet égard, il n'a pas été possible de parler du principe de *numerus clausus*. Le problème ci-dessus peut être abordé de manière différente mais compromettante. Alors qu'en général il est possible de parler du principe d'un catalogue fermé de titres basé sur la réglementation polonaise et admis aux négociations publiques, une telle application ne peut plus être appliquée aux titres dont les sources doivent être considérées dans les régimes des pays tiers.

26 Tomasz Sójka, « Kodeks cywilny » [Code civil], t. 2: « Komentarz do art. 921-6 » [Commentaire art. 921-6], dans Maciej Gutowski et Michał Romanowski, *System Prawa Prywatnego* [Système du droit privé], Warszawa 2016.

27 Kazimierz Zawada, dans Krzysztof Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. Komentarz* [Code civil. Commentaire], t. II, 2015.

28 Contra. Marek Wierzbowski, P. Wajda, dans Marek Wierzbowski, Ludwik Sobolewski, Paweł Wajda (réd). *Prawo rynku kapitałowego (Droit du marché des capitaux)* nota nr 115.

Ce dernier argument montre qu'il n'est plus possible de parler de ce point de vue d'un catalogue fermé de valeurs admises à la négociation boursière.²⁹

Une autre question à considérer est l'effet de l'achat de titres, de dérivés découlant de l'émission et de l'incorporation du droit d'acquérir ou de souscrire certains titres visés à l'art. 3 § 1 ainsi que la loi sur la négociation des instruments, les transactions effectuées par un règlement monétaire. Un tel catalogue d'instruments dérivés offre des possibilités pratiquement illimitées de création de nouveaux titres, par exemple dérivés avec à la base des modes de règlement financier très différents.

Les possibilités de déterminer différentes méthodes de calcul du règlement n'ont pas influencé, semble-t-il, de la restriction par le législateur de la notion de titres uniquement incluant ceux incorporant le droit d'acquérir ou de couvrir le sous-jacent. Cela signifie seulement que l'objet de l'incorporation sera les droits mentionnés et non la méthode de calcul en particulier lors de l'application des règlements financiers. En d'autres termes, ces « nouveaux » instruments dérivés ne sont rien de plus qu'une version enrichie d'instruments existants avec des caractéristiques définies dans les dispositions générales.

Sauf s'il existe un catalogue fermé d'instruments dérivés, ils sont basés sur des instruments sous-jacents constituant un catalogue fermé (au moins en droit polonais). Pour conclure, la revendication du principe de *numerus clausus* des valeurs polonaises admises à la négociation sur un marché réglementé semble non légitime, tout en indiquant en plus que la règle de la liste fermée ne s'applique pas aux titres émis sous la loi d'un autre pays et admis aux négociations.

D'un autre côté, revenant à la question de la nature de la définition des valeurs mobilières adoptée en droit public, il convient de reconnaître que le législateur contourne fondamentalement ce problème en appliquant des calculs financiers. Toutefois, cela ne rend pas inutile l'examen des caractéristiques des titres en tant que catégorie générale.

1.4. La dématérialisation des titres

Avec la dématérialisation des titres admis à la bourse, il se posait un autre problème avec la transposition des concepts classiques des valeurs mobilières expliquant la nature des titres. Les théories classiques se sont concentrées sur l'instrumentum matériel en tant qu'élément indispensable du concept. Souvent les théories appelées patrimoniales sur lesquelles sont basées les solutions du Code civil polonais sont considérées comme non adéquates pour l'ensemble des valeurs. Les opinions selon lesquelles c'est une créance qui est l'objet de transactions sur les titres sont plus adéquates que la chose – document en tant que bien mobilier. Le manque de précision du Code civil polonais sur les condi-

29 Voir plus sur la question, Michał Romanowski, « Zagadnienia ogólne papierów wartościowych », *op. cit.*, p. 39.

tions nécessaires pour le titre n'est non plus compatible avec la théorie dite « patrimoniale ».³⁰

S'éloignant de la forme matérielle qui caractérise le titre, un courant apparaît dans la doctrine qui reconnaît que la dématérialisation n'a pas d'impact significatif sur le concept global du titre³¹ et propose sa nouvelle analyse.³²

Il faut reconnaître que la dématérialisation ne remet pas en cause la structure juridique de la valeur mobilière, mais seulement peut étendre la compréhension de la forme de documents. Cependant certains auteurs permettent d'assimiler l'exigence d'avoir un document, traditionnellement compris comme un bien matériel, avec la possession d'un compte approprié sur lequel les titres sont enregistrés.³³

La dématérialisation donne l'occasion de réfléchir sur la nature des titres à travers le prisme de la théorie contractuelle soit une théorie des émissions contractuelles ou modifiées (la théorie contractuelle qualifiée). De plus, ce processus rend de plus en plus important la fonction de la négociation des valeurs. D'un autre côté, la question de légitimation est assumée par les certificats de dépôt des valeurs.

III. Les instruments dérivés et les droits dérivés en droit polonais

Les instruments dérivés résultent essentiellement d'un accord sur le marché.³⁴ Aucune définition juridique précise des dérivés n'est présente en droit polonais, bien que les dérivés ne soient pas considérés comme des titres dans la partie de la doctrine polonaise.³⁵

30 Fryderyk Zoll, *Klauzule dokumentowe*, *op. cit.*, p. 207–208.

31 Jacek Jastrzębski, *Pojęcie papieru wartościowego wobec dematerializacji*, *op. cit.*, et Fryderyk Zoll, *Klauzule dokumentowe*, *op. cit.* dans la mesure où ils considèrent également l'enregistrement électronique comme un document.

32 Michał Romanowski, « Zagadnienia ogólne papierów wartościowych », *op. cit.*, p. 118. Certains auteurs indiquent que les dispositions du Code ne concernent que les titres sous forme matérielle. Mirosław Bączyk (dans) *Papiery wartościowe*, (*Valeurs mobilières*), 2000, p. 45, diff., Michał Romanowski *op.cit.*, p. 118.

33 *Ibidem*, p. 119.

34 Tomasz Sójka (dir.), *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz* [Droit de marché des capitaux. Commentaire], Wolters Kluwer, Warszawa 2015, art. 3 al. 2.

35 Aleksander Chłopecki, *Opcje i transakcje terminowe. Zagadnienia prawne* [Les options et les transactions à terme, questions juridiques], Warszawa 2001, p. 103.

1. La qualification contractuelle des dérivés

De plus, les instruments dérivés ne sont pas des droits découlant de titres en tant que droits incorporés dans un titre. Les droits découlant des instruments dérivés peuvent être associés à un titre ou prendre la forme d'un titre. Selon l'art. 3 al. 3 de la loi de 1997 sur les valeurs mobilières (non en vigueur), elles constituent également d'autres droits de propriété dont le prix dépend directement ou indirectement du prix des titres figurant dans la loi et lesquels ont été appelés les droits dérivés. Le but de cette solution était de diviser les produits dérivés en ceux qui le sont et qui ne le sont pas.

Dans la loi en vigueur, les instruments dérivés sont des instruments financiers autres que les valeurs mobilières. Cependant les droits dérivés sont des droits patrimoniaux et transférables, créés à la suite d'émissions, incorporant le droit d'achat ou de souscription prévus par la loi des valeurs mobilières, soit effectués par un règlement financier. Les droits dérivés à leur tour sont donc l'une des catégories de titres et d'instruments financiers.

Les droits dérivés sont caractérisés par un instrument sous-jacent qui comprend des actions, des droits de souscription, des warrants de souscription, des certificats de dépôt, des obligations, des lettres de nantissement, des certificats d'investissement et d'autres valeurs mobilières y compris celles comportant des droits patrimoniaux correspondant à des droits relatifs à des actions ou des dettes contractées, sur la base des dispositions pertinentes du droit polonais ou étranger. Les droits dérivés sont transférables, ils résultent de l'émission, bien que cette dernière fonction soit discutée dans la doctrine.

Les options et les transactions à terme, les swaps sont généralement considérés comme des contrats en droit polonais.

Dans la doctrine polonaise, la qualification juridique de l'option suscite quelques doutes.³⁶ L'institution de l'option n'était soumise à aucune réglementation en vertu de l'ancien Code des obligations ou du Code civil et de nos jours, plusieurs positions concurrentielles dans la doctrine polonaise contemporaine expliquent la nature juridique de l'option. Certains la considèrent comme un contrat de vente, d'autres la considèrent comme une vente conditionnée, bien qu'elle soit question sous la condition suspensive soit résolutoire. Une autre proposition de qualification est un contrat de vente inconditionnel mais conclu avec le droit de retrait. Une autre qualification est l'accord de l'offre (contrat innommé).

Une partie de la doctrine estime que le contrat d'option est un avant-contrat.³⁷ Une opinion différente suppose que l'option n'est pas un contrat, mais le droit

36 Piotr Tereszkiwicz, « Instrumenty pochodne » [Les instruments dérivés], dans Mirosław Stec (dir.), *Prawo instrumentów finansowych. System prawa handlowego* [Droit des instruments financiers. Système du droit commercial], t. 4, Warszawa 2016, p. 784.

37 *Ibidem*.

d'accepter une offre pour conclure un contrat à caractère continu. L'option est également reconnue comme un contrat aléatoire, un contrat de jeu et de pari conclu entre l'émetteur de l'option et son acheteur.

Les contrats à terme – *forward* et *futures* – sont des accords dans lesquels les parties s'engagent à effectuer à un moment précis et défini dans le futur, la livraison de l'instrument sous-jacent ou de régler le montant de la différence.

Les opérations à terme doivent être considérées comme des contrats consensuels, synallagmatiques. La caractéristique de ces accords réside dans le double caractère des parties qui sont à la fois le créancier et le débiteur. Cependant, il y existe des opinions critiques sur la nature des contrats, car l'approche contractuelle ne met pas l'accent sur la nature même des opérations à terme. Une partie de la doctrine polonaise considère les transactions à terme comme une marchandise dès le début de la transaction car les transactions ont une valeur déjà au moment de la conclusion du contrat. Pour cette raison, les transactions à terme devraient, selon certains auteurs,³⁸ être placées parmi les contrats et les biens à caractère patrimonial. Cependant, selon l'auteur de cet article, dans les transactions dérivées ne sont pas négociés les titres ou une dette, mais une estimation du risque variable au cours du contrat (l'indexation de la dette) par rapport à la quantité spécifiée de l'instrument sous-jacent.

Le swap en tant que transaction et instrument financier est, en droit civil, un contrat obligataire. Le doute est suscité par sa prise en compte en tant que contrat nommé. En raison des prestations financières comme avantages mutuels des parties, les contrats de swap ne peuvent être considérés comme un échange, car selon le Code civil polonais, les droits échangés peuvent être les biens et les droits, mais sans règlement en argent. Toutefois, si nous considérons la créance comme un objet de négociation, il est possible de considérer la qualification comme un accord d'échange.

Une autre qualification traite les swaps comme des prêts parallèles, commutatifs, d'autres les qualifient comme des contrats de jeu et pari. Le plus souvent, cependant, il est indiqué que le swap est un contrat consensuel, synallagmatique, commutatif correspondant à l'art. 487 § 2 C. civ. pol.

2. La transmission des droits issus des valeurs mobilières

La transmission des droits issus des valeurs mobilières est à examiner dans la catégorie de la valeur mobilière matérielle et dématérialisée.

Le Code civil polonais indique une manière de circulation de la valeur mobilière matérielle où la notion du document reste importante. La transmission des droits est réglée dans le Code civil à l'art. 926⁶ ou à l'art. 921⁸, 921¹².

³⁸ *Ibidem*, p. 800.

La transmission des droits de la valeur mobilière matérielle au porteur est qualifiée comme un acte juridique réel, et l'élément de cession a été ajouté à la transmission des droits du titre nominatif. Le débiteur, conformément au Code civil est obligé à la prestation de la valeur mobilière contre la remise du document ou bien contre son accessibilité. Les titres nominatifs donnent légitimité à la personne indiquée dans le document. Les droits des valeurs mobilières sont transmissibles, comme il a été indiqué auparavant, par virement et émission du document, cependant, les droits du document au porteur sont transmissibles par la délivrance du document (tradition).

La valeur mobilière est le document spécifique. La valeur mobilière est le document où le pouvoir sur lui devient la prémisse de l'exécution des droits contenus dans le document.³⁹

Le document est une sorte de chose mais ce n'est pas elle qui attribue la notion de la valeur mobilière mais les droits qui y sont contenus. Le document peut être, en général, qualifié de valeur mobilière ou document de preuve, ou encore, signe de légitimation.

Le document de preuve par rapport au droit qu'il comporte, n'est qu'un moyen de preuve, pendant que la valeur mobilière est caractérisée par une relation spéciale, un lien inséparable entre les deux droits subjectifs, et la possession du document est nécessaire à l'existence du droit.

La valeur mobilière est un document de dette qualifiée pendant que les autres documents sont des documents de dette ordinaires, soumis à l'art. 465 C. civ. pol. Le document de constatation de l'engagement est un exemple de document ordinaire. En cas de perte du document, le débiteur peut exiger auprès du créancier une attestation écrite certifiant la perte du document et, si le créancier refuse le renvoi du document, le débiteur peut s'abstenir de réaliser la prestation ou bien mettre l'objet de la prestation au dépôt judiciaire.

De manière générale, on distingue différents types de documents de créance qualifiés.⁴⁰

Le premier type comprend les documents qui servent à des fins de preuve. Le débiteur réalise la prestation uniquement après la démonstration du document. Le second comprend des documents dispensant de la dette en faveur de la personne indiquée au document. Le troisième oblige à la prestation uniquement après délivrance du document, et le quatrième comprend les documents sur la base desquels, le débiteur, réalisera la prestation à toute personne indiquée au document comme autorisée, ne déclarera pas d'objection face aux successeurs aux droits de la personne autorisée par le document.⁴¹

39 Alfred Ohanowicz, Józef Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, op. cit.

40 Fryderyk Zoll, *Klauzule dokumentowe*, op. cit.

41 *Ibidem*, p. 38 et s.

Pour ce qui concerne la transmission des droits des valeurs mobilières, la théorie des valeurs mobilières indique, comme susmentionné, la théorie de l'exécution et la théorie de circulation. Dans la théorie de circulation, la transmission des droits de la valeur mobilière a lieu à travers la délivrance du document et l'évaluation de la légalité de la transmission doit se faire sur base du droit réel – le document étant considéré comme un objet mobilier corporel. Dans la conception de l'exécution, la transmission des droits de la valeur mobilière se fait par l'aliénation des droits contenus dans le document, quoique inséparables à la délivrance du document.

Selon la théorie de l'exécution, un trait constituant de la valeur mobilière est le fait que le débiteur réalise la prestation contre le retour du document ou contre sa mise à disposition, afin de priver le document de force de loi (art. 921⁶).

La théorie de circulation exige, pour la transmission des droits des valeurs mobilières, la délivrance des valeurs mobilières. Elle est inadéquate par rapport aux valeurs mobilières pour lesquelles est également exigible – à part la délivrance du document – le virement, la cession des droits. Ainsi, la théorie de circulation, n'est pas entièrement (à part l'art. 921⁶) adéquate à la conception de la valeur mobilière dans le Code civil.⁴²

La transmission des droits de valeurs mobilières – par virement et délivrance du document, l'endossement et délivrance du document, par délivrance du document et ainsi la réalisation de la transmission du droit de propriété de la valeur mobilière – font que la conception de circulation comprendrait également les valeurs mobilières nominatives.

Dans le Code civil polonais, l'exigence de la délivrance s'adresse aux valeurs mobilières nominatives – à l'art. 921⁸, titres au porteur 921¹², sur ordre 921⁹ al. 3.

La théorie relative à la négociabilité des valeurs mobilières est retrouvable sur le marché réglementé des valeurs mobilières. Sur ce marché, les valeurs mobilières sont dématérialisées faisant suite aux exigences de la circulation. Souligner la capacité de circulation des valeurs mobilières est important mais, par conséquent, il serait possible de refuser aux valeurs mobilières nominatives, comme plus difficilement négociables, la qualification de valeurs mobilières. En poursuivant l'idée du législateur, afin de décrire la valeur mobilière de manière la plus large possible, une élimination des valeurs mobilières nominatives serait non conforme à l'approche codificatrice soit l'omission volontaire de la définition de la valeur mobilière.

42 Zbigniew Radwański, *Zobowiązania* [Droit des obligations], Warszawa 1986. La valeur mobilière incorporant les droits patrimoniaux peut entraîner une situation où la circulation du document et du droit y incorporé devient la même et identique circulation. La destination des documents à mettre en circuit peut faire éveiller des doutes ; selon l'auteur il faudrait remplacer de la circulation la notion de droit négociable.

IV. Conclusion

Avec le développement des marchés, il est toujours d'actualité de trouver des qualifications juridiques adéquates garantissant des transactions financières sûres et rapides. Les valeurs mobilières étaient et sont une telle institution. À l'heure actuelle, on peut observer en droit et doctrine polonaise que le vecteur matériel des droits incorporés devient de moins en moins important et que les fonctions de circulation que les titres sont censés remplir, sont de plus en plus importantes. Priver la valeur mobilière de son instrumentum (dématérialisation) permet, à l'aide de moyens techniques modernes, d'échanger des valeurs à grande échelle.⁴³ L'évolution actuelle de l'échange se traduit par un nouveau regard sur la reconnaissance classique des titres.

Ce chapitre est une tentative de montrer les changements dans l'approche de l'institution des valeurs mobilières à travers le prisme des changements qui se produisent dans la doctrine en Pologne. La référence aux concepts présentés, avant tout dans la science, est justifiée dans la mesure où le législateur polonais a déjà souvent utilisé les modèles pour créer et modifier les différents types d'institutions des marchés de capitaux (dont le meilleur exemple est la réglementation boursière). La théorie contractuelle est bien présente en droit polonais. Si la théorie générale l'invoque avec peu d'engagement, elle est bien située en droit dans certaines formes des titres.

Le contrat n'est plus seulement aussi en Pologne un instrument d'échange de biens ou d'organisation du marché, il devient un instrument de création du droit positif.

Dans le passé, il a été utilisé comme instrument de régulation de deux manières. Le législateur a donné aux parties le pouvoir d'adapter par le contrat les règles en accord avec leurs destinataires. Deuxièmement, le marché a été utilisé pour ouvrir la concurrence et sur les marchés, à cette époque l'accord est devenu un instrument naturel pour déterminer la relation entre l'investisseur et l'investissement. Depuis lors, ces secteurs ont été définis sur la base de contrats et non exclusivement sur la base de la régulation du marché.

La relation entre la réglementation et le contrat peut être analysée de point de vue de l'impact de la réglementation sur le droit des contrats, en particulier sur les modifications apportées à la théorie générale des contrats par toutes les réglementations faisant référence à des nouvelles formes de réglementation. Toutefois, cette

43 Sur l'influence du droit international et comparé sur la conception des instruments financiers v. Michał Mariański, *Wpływ prawa międzynarodowego na ewolucję koncepcji instrumentu finansowego w wybranych państwach Unii Europejskiej* [L'influence du droit international sur l'évolution de la conception de l'instrument financier dans certains les pays de l'UE], Olsztyn 2014.

analyse se limite aux instruments réglementaires, ce qui nous a permis d'analyser les contrats uniquement en termes d'instruments de régulation au sens général par rapport aux marchés financiers, laissant de côté les conséquences générales de la réglementation sur les contrats plus classiques conclus entre les parties.

Bibliographie

- CHŁOPECKI, Aleksander, *Opcje i transakcje terminowe. Zagadnienia prawne* [Les options et les transactions à terme, questions juridiques], Warszawa 2001.
- JASTRZĘBSKI, Jacek, *Pojęcie papieru wartościowego wobec dematerializacji* [La notion de la valeur mobilière face à la dématérialisation], Warszawa 2009.
- KOMOSA, Tadeusz, « Papiery wartościowe » [Valeurs mobilières], *PPH*, n° 4, 1995, p. 1–23.
- KRUCZALAK, Kazimierz, *Problematyka prawna papierów wartościowych* [Les questions juridiques des valeurs mobilières], Gdańsk 1996.
- LEMONNIER, Mariola, *Europejskie modele instrumentów finansowych* [Les modèles européens des instruments financiers], Wolters Kluwer, Warszawa, 2017.
- MARIAŃSKI, Michał, *Wpływ prawa międzynarodowego na ewolucję koncepcji instrumentu finansowego w wybranych państwach Unii Europejskiej* [L'influence du droit international sur l'évolution de la conception de l'instrument financier dans certains les pays de l'UE], Olsztyn 2014.
- OHANOWICZ, Alfred, GÓRSKI, Józef, *Zarys prawa zobowiązań* [L'essentiel en droit des obligations], Warszawa 1970.
- PIETRZYKOWSKI, Krzysztof, *Kodeks cywilny. Komentarz* [Code civil. Commentaire], t. 2, Warszawa 2015.
- RADWAŃSKI, Zbigniew, *Zobowiązania* [Droit des obligations], Warszawa 1986.
- RADWAŃSKI, Zbigniew, PANOWICZ-LIPSKA, Janina, *Zobowiązania – część szczegółowa* [Les obligations – partie détaillée du code], Warszawa 2004.
- ROMANOWSKI, Michał, « Zagadnienia ogólne papierów wartościowych » [L'essentiel en droit des valeurs mobilières], dans Andrzej SZUMAŃSKI (dir.), *System Prawa Prywatnego* [Système du droit privé], t 18: *Prawo papierów wartościowych* [Droit des valeurs mobilières], Warszawa 2010.
- SÓJKA, Tomasz (dir.), « Kodeks cywilny » [Code civil], t. 2: « Komentarz do art. 921-6 » [Commentaire art. 921-6], dans Maciej GUTOWSKI, Michał ROMANOWSKI (dir.), *System Prawa Prywatnego* [Système du droit privé], Warszawa 2016.
- SÓJKA, Tomasz (dir.), *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz* [Droit de marché des capitaux. Commentaire], Warszawa 2015.
- SZPUNAR, Adam, « O powstaniu zobowiązania wekslowego » [Sur la création de l'obligation d'une traite], *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* 1992, n° 1, p. 1–6.

- SZPUNAR, Adam, « Podstawowe problemy papierów wartościowych » [Les éléments essentiels des valeurs mobilières], *PIP* 1991, n° 2, p. 13–25.
- TERESZKIEWICZ, Piotr, « Instrumenty pochodne » [Les instruments dérivés], dans Mirosław Stec (dir.), *Prawo instrumentów finansowych. System prawa handlowego* [Droit des instruments financiers. Système du droit commercial], t. 4, Warszawa 2016.
- WIERZBOWSKI, Marek, SOBOLEWSKI, Ludwik et WAJDA, Paweł (dir.), *Prawo rynku kapitałowego* [Droit du marché des capitaux], Warszawa 2018.
- ZOLL, Fryderyk, *Klauzule dokumentowe* [Clauses documentaires], Warszawa 2004.

Le contrat de garantie à la lumière du droit civil polonais – dilemmes de construction

Jacek Krauss*

I. Questions introductives

Cet article vise uniquement à présenter le problème et à rechercher dans la doctrine du droit civil une formule uniforme de la relation juridique de garantie. Jusqu'à présent, ces recherches n'apportaient pas de résultats satisfaisants. Néanmoins, de nombreuses déclarations scientifiques semblent déterminer avec précision certaines caractéristiques d'une telle relation de garantie, ou du moins la possibilité d'en exprimer les types.

Au début, il convient de noter que les considérations suivantes ne concernent pas la garantie de qualité, c'est-à-dire la déclaration du vendeur/fabricant faisant référence aux caractéristiques de qualité des biens vendus (ou des biens fabriqués). Cette institution est bien connue du droit polonais et est présente dans la réglementation d'autres pays, en particulier elle résulte des directives de l'Union Européenne.

Il n'y a aucun doute sur le contrat de garantie, dont le but est d'assurer l'exécution d'une prestation dans le cadre d'une relation juridique de base sécurisée. Cette restriction est-elle éligible ? Il semble que le contrat de garantie prenne et peut éventuellement prendre en charge le risque d'échec de divers événements, et pas seulement ceux résultant d'une relation de droit civil.

Dans cette partie introductive, on peut immédiatement affirmer qu'un tel contrat n'est pas réglementé en tant que relation juridique distincte, mais il est possible de distinguer différentes formes normatives d'un contrat de garantie en tant que garantie d'exécution d'une autre relation juridique.

D'autre part, la recherche scientifique va plus loin et concerne la construction d'un contrat de garantie ne faisant pas référence à la garantie de la réalisation d'une prestation provenant d'une autre relation juridique, mais se rapportant à un événement – un comportement qui n'est pas une prestation au sens du droit civil.

* Professeur à l'École Supérieure d'Administration Publique d'Ostrołęka, Maître de conférences à la faculté de droit et d'administration de l'Université de Varsovie.

La présentation de ces questions semble suffisamment intéressante pour l'approcher, même si elle soulève des doutes quant au concept d'un contrat de garantie unique et séparé.

II. Contrats de garantie garantissant la réalisation des prestations de la relation de base déterminée

1. Le premier cas d'obligation de garantie régie par le Code civil (bien qu'il ne porte pas le nom normatif) est un contrat de prestation par un tiers (art. 391 C. civ. pol.). Selon cette structure, « Si le contrat stipule qu'un tiers contractera un engagement spécifique ou réalisera certaines prestations, la personne qui a contracté cet engagement est responsable des dommages que l'autre partie subit par le fait qu'un tiers agit en refusant de contracter un engagement ou en omettant d'exécuter la prestation. Toutefois, il peut être dispensé de l'obligation de réparer le préjudice en remplissant les prestations promises ».

L'interprétation de cette disposition soulève au moins deux lignes de raisonnement. La première : la partie qui promet doit s'efforcer de s'assurer que la tierce partie a réalisé la prestation ou a pris un engagement (la nature de l'obligation du garant peut être communiquée au contrat dans le cadre de la disponibilité de la disposition). La seconde : qui est devenue dominante et affecte la pratique de l'utilisation de cette institution et repose sur la reconnaissance du fait que la garantie vise à garantir la réalisation du résultat escompté et non sur la promesse d'un effort déterminé de la part du garant. Ce raisonnement attribue au contrat de garantie de l'art. 391 C. civ. pol. les caractéristiques suivantes. Cela crée un engagement indépendant du débiteur-garant. L'obligation du débiteur s'exprime uniquement par le versement d'une indemnité et non par des efforts pour que le tiers agisse en conséquence. Ainsi, la responsabilité du débiteur-garant repose sur le principe du risque (et non-culpabilité) et son obligation est l'obligation de résultat. L'obligation du débiteur-garant est de causalité – il est attribué à la *causa cavendi*, c'est-à-dire que la raison d'être de la garantie est soit l'exécution d'une autre obligation, soit sa création (on peut également le voir ici aussi *causa solvendi*). Le contrat de garantie n'est pas accessoire à la créance garantie, ce qui signifie l'irrecevabilité de soulever des allégations à partir du contenu de la relation sécurisée.¹

1 Ewa Łętowska, *Contrat déclaration par un tiers* [Umowa o świadczenie przez osobę trzecią], Warszawa, Wydawnictwo Prawnicze, 1970, p. 12.

Ce problème (le caractère accessoire) semble assez complexe. On suppose que le caractère accessoire est exprimé par le fait que l'obligation de couverture dépend de l'existence de la créance qu'elle garantit, ce qui est vrai, mais le degré de dépendance et sa relation peuvent varier. En particulier, il existe une certaine confusion quant à la distinction entre causalité et caractère accessoire. La négation de la causalité – c'est-à-dire de caractère abstrait – est attribuée à l'incapacité de soulever des allégations à partir de la relation de garantie (de base), ce qui n'exclut toutefois pas la possibilité d'invoquer la non-existence d'une relation sécurisée en général. La causalité est possible en l'absence de caractère accessoire (contrat de garantie en vertu de l'art. 391 C. civ. pol.). On peut supposer qu'il existe des cas où la causalité et le caractère accessoire sont simultanés (comme dans le cas d'une caution). La question se pose alors de savoir ce qu'est le caractère accessoire.

Le caractère accessoire exprime la dépendance vis-à-vis la relation sécurisée, mais répond au mode de connexion avec la relation juridique sécurisée. Le caractère accessoire est le résultat d'un état dans lequel la même prestation fait l'objet de relations juridiques différentes. En d'autres termes, cette prestation est un « lien » entre des relations contractuelles distinctes, déterminant le caractère accessoire de ces relations. De façon contraire, A. Szpunar,² constate le caractère accessoire dans l'identité du contenu des engagements. Comme il semble maintenant, cette position doit être considérée comme non pertinente. Le caractère accessoire permet de soulever les objections par le débiteur dans le cadre d'une relation avec le créancier, auxquelles il a droit de la part d'une autre relation juridique. Une telle interprétation est admissible en vertu d'un contrat de caution (art. 863 C. civ. pol.), car, bien que la caution repose sur l'existence de deux obligations différentes et donc de dettes différentes, elle repose sur l'identité de la prestation. Cela semble déterminer le caractère accessoire de la responsabilité du garant.

Dans le domaine des relations obligatoires, on peut admettre que le caractère accessoire repose précisément sur le « connecteur » de deux relations obligatoires – l'identité de la prestation (sinon la question du caractère accessoire se manifeste dans le droit de propriété, où l'identité de la prestation n'existe pas – nantissement, hypothèque).

L'analyse de cette question ne devrait donc pas être prise en compte dans les considérations relatives à la garantie.

En conséquence, le manque de caractère accessoire du contrat de garantie affecte de manière significative la forme de la structure. Le contrat de garantie garantit l'exécution d'une autre obligation (ou sa création) en supportant le risque pour le garant de ne pas obtenir un résultat dans une relation juridique sécurisée, mais la responsabilité de la partie qui promet est compensatoire, ce qui signifie que le garant est en fait responsable du préjudice subi par le créancier.³

2 Adam Szpunar, *Garantie personnelle de créances* [Zabezpieczenia osobiste wierzytelności], Sopot, Wydawnictwo Prawnicze, 1997, p. 82.

3 Wojciech Popiołek, « Przepisy ogólne o zobowiązaniach umownych. Komentarz do art. 1-449¹⁰ » [Les dispositions générales sur les obligations contractuelles. Commentaire

2. Un autre cas d'obligation de garantie régie par le Code civil est le contrat d'exemption de l'obligation de fournir une prestation. Selon art. 392 C. civ. pol. « Si un tiers s'engage, par contrat avec le débiteur, à le libérer de l'obligation de fournir la prestation, il est responsable envers le débiteur pour le fait que le créancier ne lui demandera pas de fournir la prestation ». La littérature suppose qu'un tiers (garant) contracte une obligation de garantie envers le débiteur (c'est-à-dire essentiellement son créancier). Ce contrat est causal, aléatoire et non de caractère accessoire. Selon la responsabilité du garant, elle est généralement considérée comme une responsabilité objective du même effet, elle s'applique à l'état dans lequel le créancier demande au débiteur de fournir la prestation. Toutefois, on peut faire valoir que cette responsabilité constitue une responsabilité pour dommages et intérêts et que la responsabilité incombe à un tiers (garant) de s'acquitter d'une obligation en vertu de l'art. 392 C. civ. pol. ».⁴ On suppose en même temps – je pense que c'est juste – que la responsabilité du garant ne naît que lorsque le débiteur tire prestation du créancier, car ce n'est qu'à ce moment-là que le dommage sera causé au débiteur.⁵ Cependant, certains admettent que cette responsabilité existe déjà lorsque le créancier réclame une prestation du débiteur.⁶

Un contrat de garantie de l'art. 392 C. civ. pol. peut exister en tant que contrat de garantie indépendant ou à la suite de la conversion de la prise en charge de la dette, dans laquelle le créancier du locataire de la dette a refusé d'accepter la dette. Dans ce cas, le locataire éventuel de la dette devient redevable au débiteur pour le fait que le créancier ne demandera pas l'exécution de la prestation (art. 521 § 2 C. civ. pol.). Il ne fait aucun doute dans la littérature qu'il n'y a qu'une prise de contrôle de dette avec les effets indiqués à l'art. 392 C. civ. pol.

Ainsi, la controverse ne se pose que sur la nature de la prestation du garant. Il convient de se référer ici à la définition d'une prestation légale de droit civil (art. 353 C. civ. pol.). L'obligation est que le créancier puisse exiger du débiteur des prestations, et le débiteur doit réaliser la prestation. La prestation peut consister en une action ou en un abandon. La conclusion est qu'il n'y a pas de prestation en dehors de la relation contractuelle. De plus, le créancier peut exiger le comportement déterminé du débiteur. Cependant – si l'on admet que le comportement du débiteur-garant consisterait à entreprendre divers efforts préventifs, pour que le créancier n'exige pas l'exécution de la prestation du débiteur (p. ex., exécuter la prestation à la place du débiteur, solliciter de libérer le débiteur par le créancier

Art. 1–449¹⁰], dans Krzysztof Pietrzykowski (dir.), *Kodeks cywilny. Komentarz* [Code civil. Commentaire], Vol. 1, Edition 9, Warszawa, Wydawnictwo C.H. Beck, 2018, p. 1342.

4 Piotr Machnikowski, « Umowa o świadczenie przez osobę trzecią (art. 391 k.c.). Komentarz » [Le contrat de déclaration par un tiers (art. 391 C. civ.). Commentaire], dans Edward Gniewek et Piotr Machnikowski (dir.), *Kodeks cywilny. Komentarz* [Code civil. Commentaire], Edition 7, Warszawa, Wydawnictwo C.H. Beck, 2016, p. 737.

5 *Ibidem*.

6 Wojciech Popiołek, « Przepisy ogólne o zobowiązaniach umownych. Komentarz do art. 1–449¹⁰ », *op. cit.*, p. 1347.

de la dette), ce comportement potentiel du garant peut être reconnu comme une prestation. D'autre part, si le contenu de la prestation d'un garant ne porte que sur des dommages-intérêts, et non sur les efforts du garant, la responsabilité pour dommages-intérêts est une prestation ultérieure et non principale, ce qui signifierait que l'incapacité à identifier le comportement initial du débiteur (garant) pourrait être considérée comme une prestation. Ce dilemme de responsabilité au titre de la garantie reviendra encore plus loin dans l'analyse du problème.

3. Le dernier cas de reconnaissance normative d'un contrat de garantie est une garantie bancaire régie par la loi du 29 août 1997 sur la loi bancaire (Dz.U. 2017, point 1876 – texte consolidé). Selon l'art. 81 de la loi sur les banques – « Une garantie bancaire est un engagement unilatéral d'un garant bancaire qui, après que l'entité autorisée (bénéficiaire de la garantie) a spécifié les conditions de paiement pouvant être confirmées par les documents du bénéficiaire annexés à la demande de paiement dans le formulaire indiqué, versera au bénéficiaire de la garantie une prestation en espèces, directement ou par l'intermédiaire d'une autre banque, permettant le transfert des créances d'une garantie bancaire avec le transfert d'une créance garantie par une garantie » (art. 82 de la loi sur les banques). Cette construction est controversée dans la littérature, mais ses caractéristiques bien établies peuvent être soulignées. Tout d'abord, une garantie bancaire sert à garantir une créance désignée, c'est-à-dire qu'elle fait référence à une relation de base (sécurisée) déjà existante. Deuxièmement, la garantie, selon la position dominante de la littérature, est reconnue comme une garantie autonome et non comme une variante du contrat de prestation par un tiers (art. 391 C. civ. pol.). La disposition de l'art. 81 de la loi sur les banques est considérée comme une disposition déterminante. Par conséquent, les parties, dans le cadre de la liberté contractuelle (art. 353¹ C. civ. pol.), peuvent définir le contenu de cette garantie selon leur volonté. La garantie bancaire est traitée comme un contrat et non comme un acte juridique unilatéral – une indication qu'il s'agit d'une obligation unilatérale de la banque garante fait référence à la nature du contrat – le contrat de garantie est un contrat unilatéralement contraignant. La prestation du garant doit être de nature monétaire, mais la loi ne le spécifie pas à titre de compensation. La jurisprudence reconnaît assez uniformément cette prestation en espèces en tant que garantie. Cela signifie que le versement du montant de la garantie peut être intéressant sous la forme d'un ajustement pour perte, mais son calcul ne correspond pas nécessairement à la dégradation potentielle des biens du bénéficiaire de la garantie. Dans le même temps, la garantie bancaire n'est pas une variante de l'art. 391 C. civ. pol. cette prestation du garant n'est pas et ne peut pas être compensatoire. Ainsi, le bénéficiaire est libéré de démontrer l'état de dommage. Cela indique – en principe – le caractère autonome de la prestation en numéraire du garant.

La garantie bancaire n'a pas un caractère accessoire. Cela signifie l'inadmissibilité de soulever des charges d'une relation sécurisée. D'autre part, la causalité d'une garantie bancaire est discutable dans une certaine mesure. J'exprime l'opi-

nion que cette garantie est de nature abstraite. Le cadre de cet article ne permet pas une présentation plus large des réserves quant à la nature abstraite spécifique d'une garantie bancaire. Les considérations dans ce domaine appellent des réserves supplémentaires. Tout d'abord, la liberté de définir le contenu du contrat de garantie permet de responsabiliser le garant en introduisant des clauses « irrévocables et inconditionnelles » et « à la première demande ». Ils signifient une obligation absolue de payer le montant de la garantie et l'interdiction de faire appel aux allégations de la relation de base (liant le bénéficiaire de la garantie avec le commandant de la garantie⁷). En d'autres termes, le garant peut faire appel uniquement aux allégations de la relation de garantie liant au bénéficiaire et d'éventuelles allégations de relations personnelles. Toutefois, la jurisprudence souligne que la mise en œuvre de la garantie « contraire à l'objectif de la garantie », même en l'absence d'une relation fondamentale (quand elle n'a pas été créée, est devenue invalide) permet de porter l'accusation d'abus de la garantie (abus de droit subjectif – art. 5 C. civ. pol.)⁸. Cependant, le caractère abstrait de la garantie bancaire est caractérisé par le fait que même si le garant soulevait l'accusation d'abus de garantie, cela pouvait se produire après le paiement du montant de la garantie et non par l'allégation de refus de paiement du montant. Le recours à l'existence de la relation de base – via l'allégation d'abus de garantie – met à jour la question sur le lien de causalité de la garantie bancaire. Les considérations à cet égard dépasseraient le cadre de cette publication.

Il ne fait aucun doute que les parties – en formant le contenu de la garantie bancaire conformément à la liberté contractuelle, peuvent établir la relation de la garantie et la relation de base comme causale ; elles peuvent aussi indiquer que le versement de la garantie se fasse indépendamment de l'existence et de la validité de la relation de base (caractère abstrait complet de la garantie).

III. La question des caractéristiques communes des contrats de garantie normatifs et leur relation avec d'autres garanties

Les contrats de garantie sont sans aucun doute une forme de garantie d'exécution ou de conclusion d'autres relations contractuelles. Ils relèvent donc du domaine des garanties. Présentent-ils des caractéristiques communes permettant

7 P. ex. largement sur cette question dans la Résolution de la Cour suprême entière de la Chambre civile du 28 avril III CZP 166/94 publication OSNC 1995, cahier 10, position 135.

8 *Ibidem*.

de considérer la garantie comme distincte des autres sécurités ? Il semble que la révision actuelle des formes normatives de la garantie permette d'indiquer à la fois l'individualité des contrats de garantie et d'autres actes de sécurité, ainsi que leurs caractéristiques communes. Les autres sûretés reposent sur des institutions du droit de la propriété (nantissement, hypothèque) ou sur des règles fiduciaires conditionnelles (transfert de la propriété en garantie, cession de créances à titre de garantie), ou à la demande d'une institution solidaire qui impose une obligation, une prestation et une dette communes, notamment : l'adhésion cumulée à la dette. En particulier, l'institution de solidarité des débiteurs, quelle que soit sa source, renforce la position du créancier de telle sorte qu'il obtienne une extension d'entité du côté de la dette tout en maintenant l'identité de la prestation. De même, une caution, constituant à elle seule un caractère accessoire, ne crée pas une nouvelle prestation.

Cependant, les contrats de garantie sous leur forme normative doivent simultanément : sécuriser d'autres relations contractuelles, y compris la réalisation des prestations découlant de telles relations, conserver leur caractère non accessoire par rapport à ces relations (ils ne peuvent pas combiner l'identité des prestations entre elles) et inclure leur propre prestation, qu'elle soit compensatoire ou un montant spécifié d'argent (somme de garantie). L'obligation du garant est toujours une obligation de résultat, fondée sur le principe du risque et qui est causale. Ces caractéristiques communes n'excluent pas la modification de certaines relations de garantie (garantie bancaire) conduisant à leur donner un caractère abstrait.

Il semble bien évident que de telles structures de garantie de forme normative ne suffisent pas à couvrir tous les événements dont le risque de survenue pourrait être pris en charge et garanti par le garant.

IV. Admissibilité de la garantie de sécuriser d'autres événements que la prestation et l'absence de tiers en tant que garant

1. La jurisprudence et la littérature acceptent pleinement des assurances qui protègent contre le risque d'événements spécifiques qui ne prennent pas la forme d'une prestation et sont donc liées à l'existence d'une relation de droit civil. L'arrêt de la Cour suprême du 9 novembre 2006⁹ dans lequel la Cour avait déclaré qu'« un contrat de garantie couvrant un risque autre que l'inexécution ou la

9 Décision de la Cour suprême du 9.11.2006, IV CSK 208 /06. OSNC 2007, cahier 7-8, pos. 122.

mauvaise exécution des obligations » est important, mais que les limites de ce risque doivent être spécifiées dans le contrat (art. 353¹ C. civ. pol.). Cet arrêt se réfère à juste titre à la liberté contractuelle (art. 353¹ C. civ. pol.) et stipule qu'il ne s'agit pas d'un contrat de garantie destiné à garantir la créance du réclamant (bénéficiaire de la garantie), mais d'une garantie visant à le mettre à la disposition du bénéficiaire en augmentation de l'actif déterminé dans les termes spécifiés dans le contrat. (En réalité, l'affaire visait à garantir que la société paierait un certain montant à un membre du conseil de direction, même si la société ne réalisait pas de profit ou subissait une perte). Cela signifie que le contrat de garantie conclu entre les parties spécifiait le risque (dit « risque de garantie ») que le garant encourrait, le risque n'incluant pas l'état de non-exécution ou d'exécution non conforme des obligations du débiteur, mais ayant une portée beaucoup plus large. Selon la Cour, la spécification des conditions pour une demande de garantie dans le contrat est indispensable. Il s'agit de la survenue d'événements (dits accidents de garantie) plus précisément définis dans le contrat de garantie.

Dans cette position appropriée de la Cour suprême, on attire l'attention sur l'indépendance de la structure de garantie de l'art. 391 C. civ. pol., qui fait référence à la liberté contractuelle en tant que base acceptable des contrats de garantie et à l'admissibilité de la conception d'une garantie comme relation bilatérale en ce sens que le débiteur de la relation de base ne participe pas dans la construction de garantie, car la relation de base n'a aucune incidence sur l'existence d'une garantie. Il convient de noter que même l'autonomie d'une garantie bancaire, dans la mesure où elle vise à garantir une créance désignée, implique la relation de l'ordre entre le débiteur et la banque, de sorte que la banque fournit une garantie au bénéficiaire – créancier.

Cependant, la jurisprudence n'est pas toujours cohérente. La Cour suprême dans son arrêt du 9 octobre 2014,¹⁰ a estimé que « la fourniture de la prestation (au titre de l'art. 391 C. civ. pol.) est de satisfaire l'obligation découlant de la dette, mais il n'y aura aucun comportement qui ne résulte pas de la relation juridique existante ». Dans ce cas, le vendeur des actions a assuré que pendant une période déterminée, ni lui ni son conjoint, ni leurs descendants ni les entités dans lesquelles ils détiennent des actions ne mèneront une activité concurrentielle désignée. Dans ce cas, la Cour suprême a évalué le contrat à travers le prisme de la norme art. 391 C. civ. pol. en renonçant à l'évaluation du contrat de garantie sur la base de la liberté contractuelle pour la conclusion des contrats de garantie, lorsque le risque de l'événement désigné ne comprendra pas la prestation mais aussi le comportement en cas de non-exécution. En outre, le tribunal a déclaré que, dans les limites de la liberté contractuelle, il n'y a pas d'acceptation de la responsabilité de la garantie pour le comportement de tiers sans l'existence d'une relation entre ces personnes et le garant et le créancier. Cette position erronée du

10 Décision de la C.s. du 9.10.2014, IV CSK 29/14. LEX n° 1544570.

tribunal, qui a la possibilité d'évaluer différemment en se référant précisément à la jurisprudence antérieure faisant référence à l'approbation de contrats de garantie, non exprimée dans leurs normes normatives, fondée sur la liberté contractuelle (art. 353¹ C. civ. pol.), a été largement critiquée.¹¹

Le cas suivant de jurisprudence semble également très intéressant. Le verdict de la Cour suprême concernait la question complexe et à multiples facettes de l'octroi d'une garantie dans le contrat préliminaire afin de conclure un contrat promis,¹² car les faits de la cause ainsi que les questions liées au contrat préliminaire seront omis. Ces questions ont été discutées plus en détail dans les gloses sur la décision de la Cour suprême.¹³

L'essentiel de la question est que l'acheteur éventuel (le requérant) a donné au vendeur une garantie irrévocable d'un certain montant, en vertu duquel il garantissait au vendeur que le plan d'aménagement du territoire serait approuvé dans les délais impartis, le montant de la garantie étant égal au paiement d'avance versé ; en cas de non-respect de la condition couverte par la garantie, le vendeur devait conserver l'avance sur le montant de la garantie fixé.

La Cour suprême, en abrogeant le verdict du tribunal de deuxième instance, a déclaré que la relation de garantie reposait essentiellement sur la participation d'un tiers aux relations avec les parties au contrat de base, c'est-à-dire le garant. Entre-temps, l'identité des entités entre le garant et le débiteur principal (promettant d'acheter) a eu lieu dans l'affaire résolue. En outre, la Cour suprême a attiré l'attention sur le manque d'expression de la relation de base (« la dette de la relation de base n'a pas été précisée »). Elle s'est également prononcée en faveur d'une sanction

11 P. ex. Jacek Jastrzębski, « O klauzulach indemnifikacyjnych i pojęciu umowy gwarancyjnej » [Sur les clauses d'indemnisation et la notion du contrat de garantie, *Revue du Droit Commercial*], *PPH* 2018, n° 3, p. 19–26 ; Jacek Krauss, « Niedopuszczalność stosowania przepisów oświadczenie przez osobę trzecią (art. 391 k.c.) do zachowania niewynikającego z istniejącego stosunku prawnego, polegającego na powstrzymaniu się od działalności konkurencyjnej – glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 9.10.2014 r. (IV CSK 29/14) » [Inadmissibilité d'application des dispositions du contrat de déclaration par un tiers (art. 391 c. civ.) au comportement ne résultant pas de la relation juridique existante consistant à s'abstenir de cette activité concurrentielle, glose à la Décision de la Cour Suprême, du 9.10.2014 (IV CSK 29/14)], *Glosa* 2015, n° 3, p. 47–54.

12 Décision de la C.s. du 6.03.2015, III CSK 155/14 OSNC 2016, cahier 3, pos. 33.

13 Plus largement sur cette question Jacek Jastrzębski, « Klauzula gwarancyjna w umowie przedwstępnej, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 6.03.2015 r. (III CSK 155/14) » [Clause de garantie dans un avant-contrat, glose à la Décision de la Cour Suprême, du 6.03.2015 (III CSK 155/14)], *Glosa* 2017, n° 2, p. 39–49 ; aussi Andrzej Szlęzak, « Brak przyczyny prawnej umowy przedwstępnej powoduje niepowstanie (ustanie) obowiązku wynikającego z gwarancji zawarcia umowy przyrzeczonej, glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 6.03.2015 r. » [Le manque de clause juridique de l'avant-contrat cause la non-formation (la cessation) du devoir résultant de la garantie de la conclusion du contrat promis Glose à la décision C.s. du 6.03.2015], III CSK 155/14, *Jurisprudence des Tribunaux Polonais* 2016, cahier 11, pos. 108, p. 1556–1570.

sous forme d'indemnisation, bien que le contrat de garantie prévoit le versement d'un montant déterminé. Il convient de souligner que bien sûr – en l'absence de précision de la sanction, il s'agit d'une indemnisation, mais les parties sont libres de la spécifier et le contrat l'indique précisément comme le paiement de la somme indiquée. Enfin, la Cour suprême a déclaré que, pour lier la garantie au paiement anticipé (retenue de l'acompte), il fallait examiner s'il y avait eu violation des limites de la liberté contractuelle en contournant les limitations légales des contrats de garantie.

Ces objections de la Cour peuvent être considérées comme incorrectes. À cet égard, la littérature a parlé sans ambiguïté et de manière critique. On ne peut pas accuser le non-respect des limites de la liberté contractuelle si les limites ne sont pas précisées et c'est justement l'attribution contractuelle du risque de non-respect de la condition de l'acheteur et l'assurance à cet égard pour le vendeur d'un montant approprié qui reflètent pleinement l'essence de la promesse de garantie.¹⁴

Je partage par ailleurs l'opinion selon laquelle il est indispensable de rechercher une relation de base du sécurisé, car la garantie prend en charge le risque économique d'un événement donné, c'est-à-dire le non-respect de la condition, qui n'exprime l'existence d'aucune relation fondamentale.¹⁵ Enfin, les doutes de la Cour suprême doivent être considérés comme non fondés s'ils se produisent sans la participation d'un tiers. La Cour semble avoir réduit la construction de la garantie aux normes normatives tripartites (par exemple, l'art. 391 C. civ. pol.), qui avait été critiquée¹⁶ à juste titre comme la Cour suprême dans une décision¹⁷ antérieure citant la liberté des contrats, a reconnu l'acceptabilité des contrats de garantie sans la participation d'un tiers, qui passe des contrats au-delà des normes normatives des relations tripartites. Je partage cette position de la doctrine de droit civil.

2. Une tentative de généralisation est nécessaire ici. Peut-on trouver des caractéristiques communes dans les contrats de garantie qui se placent dans la sphère de la liberté contractuelle, ainsi que des caractéristiques qui lieraient ces contrats à leurs normes normatives ?

Il semble que les formes de contrats de garantie conclus sur la base de la liberté contractuelle ne soient pas liées à l'existence d'une relation de base (sécurisée),

14 Très convaincant Jacek Jastrzębski, « Klauzula gwarancyjna w umowie przedwstępnej, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 6.03.2015 r. (III CSK 155/14) », *op. cit.*, p. 47.

15 *Ibidem*, p. 46.

16 Andrzej Szlęzak, « Brak przyczyny prawnej umowy przedwstępnej powoduje niepowstanie (ustanie) obowiązku wynikającego z gwarancji zawarcia umowy przyrzeczonej, glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 6.03.2015 r. (III CSK 155/14) », *op. cit.*, p. 1567 ; Jacek Jastrzębski, « Klauzula gwarancyjna w umowie przedwstępnej, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 6.03.2015 r. (III CSK 155/14) », *op. cit.*, p. 45.

17 Décision C.s. du 9.11.2006, IV CSK 208/06, *op. cit.*

elles sont au moins dénuées de pertinence pour l'existence de tels contrats de garantie. Cela signifie également l'admissibilité d'une relation « à deux côtés », sans la participation nécessaire d'un tiers. Il n'est pas possible non plus d'attribuer de tels contrats ou un caractère accessoire (ce qui est évident, car le caractère accessoire exclut, à mon avis, la reconnaissance du contrat en tant que garantie). Cependant, on peut supposer que ces contrats sont causaux. Les contrats de garantie fondés sur la liberté contractuelle sont de nature aléatoire. La responsabilité du garant est la responsabilité de l'effet – elle est liée à la survenue d'un événement spécifique et peut donc être définie comme basée sur le principe de risque.

La caractéristique de ces contrats de garantie est la disposition définie d'un garant ou d'une indemnité ou d'une prestation en espèces (on peut les appeler un montant de garantie) ; en l'absence de désignation de la prestation dans le contrat, il faut supposer qu'il s'agit d'une prestation d'indemnisation.

Cependant, la recherche de caractéristiques communes aux contrats de garantie normatifs et à ceux créés sur la base de la liberté contractuelle est plus complexe. Ces caractéristiques communes peuvent sembler évidentes : responsabilité à base de risque pour un résultat désigné – la survenance d'un événement désigné (selon des schémas normatifs – comportement désigné du débiteur, inexécution), et la responsabilité du garant (ou l'obligation de payer un montant désigné). Des différences peuvent être indiquées, les contrats de garantie construits sur la base de normes normatives doivent garantir la relation de base déterminée et donc exiger la participation de tiers. D'une part, on peut limiter la normalisation d'une autre construction contractuelle en vertu de laquelle le garant oblige le bénéficiaire à payer si un événement de garantie désigné survient – dommages-intérêts soit le montant convenu.

Cependant, il existe un risque de chevauchement, même partiel, entre les étendues et les définitions de ces constructions contractuelles. En conséquence, on peut tenter, même théoriquement, de construire une structure unique de contrat de garantie couvrant toutes les formes de contrats de garantie. La clé de la construction de cette structure semble être de déterminer la prestation du garant.

V. Concepts théoriques de la saisie uniforme d'un contrat de garantie

Le concept de prestation de garantie est un problème clé qui nécessite une solution et qui pourrait constituer un obstacle à la construction d'un contrat de garantie uniforme. Au début, on peut déjà constater que la reconnaissance de la prestation du garant en tant que compensation est correcte (il ne peut y avoir d'obligation

sans une prestation fixée), mais cela indique que c'est une prestation suivie, sanctionnée. Par conséquent, il y a une question sur la principale prestation à laquelle le garant s'obligerait. Il est bien indiqué dans la littérature qu'une telle prestation fait défaut. Comme le souligne fort justement J. Jastrzębski, « l'intérêt économique servi par la conclusion du contrat ne peut être qualifié de prestation technique et juridique définie et, par conséquent, ne peut pas faire l'objet d'une obligation (art. 353 C. civ. pol.). Par conséquent, un tel intérêt ne peut pas être directement couvert par l'exécution de la prestation... La satisfaction de l'intérêt du créancier ne peut donc être réalisée qu'indirectement en lui fournissant une prestation de garantie ». ¹⁸ Cette position est également le choix d'un concept en relation avec l'appréciation de la nature du contrat d'assurance que la prestation de l'assureur ait pour objet de supporter le risque (couverture d'assurance) et, le cas échéant, le versement d'une indemnité (ou d'une somme d'argent), ou que cette prestation constitue le versement « immédiat » d'une indemnité ou d'une certaine somme en cas d'accident d'assurance, ce qui signifie que l'assureur est chargé d'une obligation de prestation en vertu du droit des obligations. Par conséquent le choix du concept de « risque encouru » conduit à la conclusion (juste) que le fait de supporter le risque est peut-être une « prestation au sens économique », mais pas au sens du droit technique et droit civil. Il est juste de noter qu'on ne peut pas remplir la prestation de prise de risque, de la protection et de l'exécution judiciaire d'une telle prestation. ¹⁹ Cependant la notion de prise en charge du risque en tant que « prestation » du garant dans les contrats de garantie, y compris du contrat d'assurance, conduit J. Jastrzębski à conclure que « la caractéristique commune des contrats de garantie est qu'ils servent à réaliser un intérêt qui ne peut pas être directement couvert par quelque chose qui peut être considéré comme une prestation au sens technico-juridique de ce mot ». ²⁰ Cette idée conduit à la même évaluation (« dénominateur commun ») des deux contrats de garantie normatifs (contrats avec l'art. 391 C. civ. pol. et l'art. 392 C. civ. pol. de la garantie bancaire), autres contrats de garantie et contrats d'assurance (dans chacun de ces cas, le garant ne peut s'engager à faire en sorte que le résultat souhaité soit obtenu). Ce terme général du contrat de garantie couvre donc tous les types de contrats, y compris le contrat de caution. ²¹

En conséquence, J. Jastrzębski présente la notion théorique de contrat de garantie, ²² qui, selon l'auteur, vise à satisfaire de manière indirecte – par le biais

18 Jacek Jastrzębski, « O klauzulach indemnifikacyjnych i pojęciu umowy gwarancyjnej » [Sur les clauses d'indemnisation et la notion du contrat de garantie], *Przegląd Prawa Handlowego* 2018, n° 3, p. 21.

19 *Ibidem*.

20 *Ibidem*.

21 *Ibidem*, p. 22.

22 Jacek Jastrzębski, « Nieubezpieczeniowe umowy gwarancyjne » [Contrats de garantie n'étant pas d'assurances], *PPH* 2018, n° 7, p. 6.

création d'une obligation du garant – un tel intérêt du créancier, auquel le comportement du débiteur ne peut pas directement satisfaire, quelles seraient les caractéristiques d'une prestation traditionnellement comprise.²³ En conséquence, « La prise contractuelle par une personne (garant) de risques qui, en l'absence d'un tel contrat, seraient supporté par une autre personne (le bénéficiaire de la garantie, le créancier au titre de la garantie) fait partie de la définition du contrat de garantie. À cet égard, il n'y a donc aucune différence entre le contrat d'assurance et les autres contrats de garantie ».²⁴

Cependant, à travers une vision large de « prise de risque », ce concept unifie inévitablement toutes les structures de garantie en éliminant les différences du contrat d'assurance. D'où la recherche de critères permettant de démontrer la construction et le caractère distinctif normatif du contrat d'assurance par rapport à d'autres contrats de garantie, voire à un contrat de garantie uniforme. La proposition de l'auteur est de reconnaître comme contrat d'assurance un contrat dans lequel l'assureur supporte le risque (communauté de risque) conjointement avec le preneur d'assurance, moyennant un paiement basé sur une cotisation.²⁵

Il convient d'ajouter ici la qualification spéciale évidente de l'assureur, mais cela n'affecte pas l'évaluation de la conception du contenu.

VI. Evaluation de la recherche théorique proposée

Je suis fondamentalement d'accord avec la tentative théorique d'expliquer la construction des contrats de garantie. Cette caractéristique commune – la prise de risque – ne peut pas être incluse dans la catégorie des prestations du droit des obligations (art. 353 C. civ.). Néanmoins, une utilisation large et exclusive de la catégorie comportant des risques peut conduire à l'absorption de diverses structures de « garantie » par un modèle de garantie uniforme. Dans ce cas, toute garantie de réclamation pourrait constituer une « garantie » dans l'approche présentée. Cela inclurait une hypothèque et un gage. (Après tout, un débiteur hypothécaire qui n'est pas un débiteur personnel assume également le risque d'un incident – aucun remboursement de la dette sur lequel il n'a aucune influence). À son tour – contrairement à la position de l'auteur – la caution ne peut en aucun cas être considérée comme un contrat de garantie, car le garant encourt sa propre obligation et supporte le risque, mais son obligation est

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*, p. 7.

²⁵ *Ibidem*, p. 12.

de verser la prestation garantie. La solidarité des débiteurs, bien qu'elle puisse avoir une valeur de sécurité, n'est pas de nature garantie, car l'exécution d'un débiteur solidaire constitue sa propre dette et sa propre prestation pour lesquels il « a le pouvoir de payer ».

D'autre part, une approche large du risque supporté oblige l'auteur – nonobstant l'identification de caractéristiques de garantie – à rechercher l'identité du contrat d'assurance, ce qui implique de le laisser sous une forme normative. Si le concept de l'auteur était structuré de manière uniforme, son champ d'application absorberait les normes de garantie normatives existantes (après la garantie prévue à l'art. 392 C. civ. pol., sa variante consistant à faire en sorte que le garant s'efforce de servir le créancier à la prestation du créancier ne saurait être exclue ; les clauses de garantie appropriées nécessitent une découverte normative).

Par conséquent, en approuvant l'explication théorique et novatrice de la construction du contrat de garantie, je serais contre l'élimination normative des modèles existants des contrats de garantie. Cependant, la question ouverte est de rechercher des ressources supplémentaires de la garantie, qui permettraient de reconnaître comme garantie les événements n'étant pas les prestations d'une relation de base (sécurisée), sans toutefois créer de confusion avec des structures de garantie déjà réglementées.

Bibliographie

- JASTRZĘBSKI, Jerzy, « Klauzula gwarancyjna w umowie przedwstępnej, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 6.03.2015 r. (III CSK 155/14) » [Clause de garantie dans un avant-contrat, glose à la Décision de la Cour Suprême, du 6.03.2015 (III CSK 155/14)], *Glosa* 2017, n° 2, p. 39–49.
- JASTRZĘBSKI, Jerzy, « Nieubezpieczeniowe umowy gwarancyjne » [Contrats de garantie n'étant pas d'assurances], *PPH* 2018, n° 7, p. 4–15.
- JASTRZĘBSKI, Jerzy, « O klauzulach indemnifikacyjnych i pojęciu umowy gwarancyjnej » [Sur les clauses d'indemnisation et la notion du contrat de garantie, Revue du Droit Commercial], *PPH* 2018, n° 3, p. 19–26.
- JASTRZĘBSKI, Jerzy, « Swoboda zawierania i kształtowania umów gwarancyjnych – glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 9.10.2014 r. (IV CSK 29/14) » [La liberté de conclure et formuler les contrats de garantie, glose à la Décision de la Cour Suprême, du 9.10.2014 (IV CSK 29/14)], *Glosa* 2015, n° 2, p. 16–26.
- KRAUSS, Jacek, « Niedopuszczalność stosowania przepisów oświadczenie przez osobę trzecią (art. 391 k.c.) do zachowania niewynikającego z istniejącego stosunku prawnego, polegającego na powstrzymaniu się od działalności konkurencyjnej – glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 9.10.2014 r. (IV CSK 29/14) » [Inadmissibilité d'application des dispositions

du contrat de déclaration par un tiers (art. 391 c. civ.) au comportement ne résultant pas de la relation juridique existante consistant à s'abstenir de cette activité concurrentielle, glose à la Décision de la Cour Suprême, du 9.10.2014 (IV CSK 29/14)], *Glosa* 2015, n° 3, p. 47–54.

ŁĘTOWSKA, Ewa, *Umowa oświadczenie przez osobę trzecią* [Contrat de déclaration par un tiers], Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1970.

MACHNIKOWSKI, Piotr, « Umowa o świadczenie przez osobę trzecią (art. 391 k.c.), Komentarz » [Le contrat de déclaration par un tiers (art. 391 c. civ.), Commentaire], dans Edward Gniewek, Piotr Machnikowski (dir.), *Kodeks cywilny, Komentarz* [Code civil, Commentaire], 7^{ème} éd., Warszawa, Wydawnictwo C.H. Beck, 2016, p. 3–737.

POPIOŁEK, Wojciech, « Przepisy ogólne o zobowiązaniach umownych. Komentarz » [Les dispositions générales sur les obligations contractuelles, commentaire], dans Krzysztof Pietrzykowski (dir.), *Kodeks cywilny, t. 1 : Komentarz, art. 1-449¹⁰* [Code civile, t. 1 : Commentaire, art. 1-449¹⁰], 9^{ème} éd., Warszawa, Wydawnictwo C.H. Beck, 2018, s. 1342–1347.

SZLĘZAK, Andrzej, « Brak przyczyny prawnej umowy przedwstępnej powoduje niepowstanie (ustanie) obowiązku wynikającego z gwarancji zawarcia umowy przyrzeczonej, glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 6.03.2015 r. (III CSK 155/14) » [Le manque de la cause juridique de l'avant-contrat cause non formation (la cessation) du devoir résultant de la garantie de la conclusion du contrat promis, glose à la Décision de la Cour Suprême, du 6.03.2015 (III CSK 155/14)], *Orzecznictwo Sądów Polskich* 2016, n° 11, pos. 108, p. 1556–1570.

SZPUNAR, Adam, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności* [Garantie personnelle de créances], Wydawnictwo Prawnicze, Sopot 1997.

