

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 renégociation 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. n° 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 Bonnet, *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/UPICC 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'abstenir 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 (rapp. 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 Rapp. art. 5:101 al. 3 PDEC/PECL 1999 ; art. 4.1 al. 2 PU/UPICC 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'écarter 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 dominante 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 Schwenzer, *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 Rappr. Heinrich Lehmann (supra note 122) et p. ex. Jürgen Prölss 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. Otfinger, « 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. Otfinger (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 Auvorny-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-là 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 Jaufret-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 posées 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 Etienne 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.
- REVEL, 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.