

Université Paris II Panthéon – ASSAS
Institut de Droit Comparé
Master 2 recherche de droit européen comparé
2012-2013

**Le déséquilibre contractuel dû au changement
imprévisible
des circonstances et ses remèdes**
Étude de droit comparé : Espagne – Pologne – France

Mémoire rédigé sous la direction du
Professeur Laurent CONVERT

Dagmara PLANUTIS

Séjours de recherche à l'Université Adam Mickiewicz de Poznań et à
l'Université Complutense de Madrid

L'auteur autorise la publication et la mise en ligne de ce mémoire et de son résumé sur
la page internet idc.u-paris2.fr

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises
dans les mémoires, ces opinions doivent être considérées comme propres à leur
auteur.

PARIS 2013

Résumé

Depuis l'époque des grandes codifications du XIX^{ème} siècle, la théorie de l'imprévision, qui fut alors écartée, suscite de vifs débats. En droit français, le fameux arrêt *Canal de Craponne* s'opposa fermement à toute possibilité de révision des contrats déséquilibrés par la survenance de circonstances imprévisibles. Cependant, au milieu du XX^{ème} siècle, le droit espagnol, dont le code civil s'inspirait du code français, a assoupli le principe d'intangibilité du contrat en reconnaissant l'imprévision par le biais de la jurisprudence. En outre, une autre approche est présentée par les nouveaux codes civils, comme le code polonais au sein duquel l'imprévision est incluse.

Si la jurisprudence *Craponne* n'a pendant longtemps pas été contestée par les tribunaux français, les dernières évolutions jurisprudentielles ainsi que les projets de réforme du droit des contrats laissent penser qu'il y a à présent un climat favorable à l'acceptation de l'imprévision. Mais, s'agit-il bien de l'acceptation de la même théorie que celle dont parlaient Planiol et Ripert ? Il semble bien que son concept a beaucoup changé depuis le début du siècle dernier. En outre, le droit français n'est pas le seul système juridique à rouvrir le débat non seulement vis-à-vis de l'acceptation de l'imprévision, mais aussi par rapport aux conditions de son applicabilité et aux remèdes qu'elle apporte aux contrats déséquilibrés par la survenance de circonstances imprévisibles. Actuellement, les droits espagnol et polonais portent sur cette théorie un regard nouveau, et y apportent des solutions originales.

Le débat est aussi alimenté par les Principes d'Unidroit et les PEDC qui constituent une source d'inspiration pour les droits nationaux. Pourtant, même si les solutions élaborées par la pratique contractuelle internationale paraissent séduisantes, l'imprévision au sein des droits espagnol, français et polonais revêt des caractéristiques propres à chacun de ces trois systèmes juridiques. In fine, si l'étude du droit comparé peut apporter un nouvel élan aux débats nationaux sur l'imprévision, l'acceptation de cette dernière et ses caractéristiques sont encore profondément marquées par les cultures juridiques de chacun des pays.

Table des matières

Abbreviations.....	4
Introduction.....	5
1. Les origines de la théorie de l'imprévision.....	7
A. Le droit romain et les textes médiévaux : la naissance du concept.....	7
B. Du droit naturel aux grandes codifications, le triomphe de la force obligatoire du contrat.....	9
2. L'imprévision dans le débat doctrinal et jurisprudentiel : les nouvelles théories.....	12
A. Théorie de l'imprévision.....	13
B. Le droit allemand et les théories de la <i>Voraussetzung</i> et du <i>Geschäftsgrundlage</i>	16
C. L' <i>eccessiva onerosità sopravvenuta</i> et <i>presupposizione</i> en droit italien.....	19
D. <i>Frustration of contract</i> en droit anglais.....	21
Chapitre I : La reconnaissance de l'imprévision au sein des systèmes juridiques.....	25
1. L'intégration au sein des droits nationaux.....	25
A. Le principe jurisprudentiel.....	25
B. La normalisation législative.....	32
2. L'imprévision dans les stipulations contractuelles.....	37
A. Les clauses de hardship.....	38
B. Le nominalisme et les clauses de valorisation.....	41
Chapitre II : Les conditions de l'imprévision.....	46
1. Le contrat en tant qu'une source de l'obligation.....	46
A. Les obligations ou les obligations contractuelles.....	46
B. Les types des contrats.....	47
C. Les parties du contrat.....	48
2. Le changement des circonstances.....	50
A. Le caractère extraordinaire ou fondamental du changement.....	50
B. La condition d'imprévisibilité.....	52
C. Le risque contractuel.....	57
D. La faute contractuelle.....	59
3. L'exécution de la prestation devenue excessivement onéreuse.....	61
A. Le déséquilibre des prestations.....	61
B. Le fondement contractuel.....	63
Chapitre III : Les remèdes au déséquilibre imprévu.....	67
1. Les mécanismes d'adaptation du contrat déséquilibré.....	67
2. L'adaptation judiciaire.....	72
A. La modification des obligations.....	72
B. La résolution du contrat.....	76
3. La renégociation.....	79
Conclusion.....	85
Bibliographie.....	91
Annexes.....	101

Abréviations

C.civ.fr. - Code Civil français

C.civ.es. - Code Civil espagnol

C.civ.it. - Code Civil italien

BGB - Bürgerliches Gesetzbuch

KC – Kodeks cywilny (Code Civil polonais)

KZ – Kodeks zobowiązań (Code des Obligations polonais)

Cass. - Cour de Cassation

TS – Tribunal Supremo (Tribunal Suprême espagnol)

SN – Sąd Najwyższy (Cour Suprême polonaise)

D.- Dalloz

Dz.U. - Dziennik Ustaw (Journal Officiel polonais)

BOE – Boletín Oficial (Journal Officiel espagnol)

PDEC – Principes de droit européen des contrats

RJ – Repertorio de Jurisprudencia (répertoire de jurisprudence espagnol)

OSP – Orzecznictwo Sądów Polskich (répertoire de jurisprudence polonais)

OSNCP - Orzecznictwo Sądu Najwyższego — Izba Cywilna/Pracy (répertoire de jurisprudence polonais)

Introduction

Il y a presque cinq ans que la banque de Lehman Brothers a fait faillite. Les effets de cet événement, certainement symbolique, du début de la crise financière sont toujours perceptibles tant au niveau macroéconomique que microéconomique. Était-ce un événement imprévisible ? Il semble impossible qu'à l'automne 2008, un citoyen moyen puisse s'attendre à un tel krach, et encore moins en prédire les conséquences pour les contrats qu'il avait conclus.

Au cœur du droit administratif se trouve une loi. C'est elle qui attribue ses compétences à l'organe de l'administration, lui permettant ainsi de rendre les décisions. Une relation administrative est donc par principe une relation d'inégalité puisque celui qui est sujet à une décision administrative n'influence pas son énoncé. Tel n'est pas le cas d'une relation contractuelle dont le contenu n'est défini que par les parties du contrat, et par elles seules. Et a priori, l'intégralité des stipulations de leur accord sont valables tant qu'elles ne vont pas à l'encontre de la loi. Ne serait-il donc pas vrai d'affirmer qu'un contrat est comme une loi pour ses parties ? Si nous répondons à cette question par l'affirmative, nous devons par la suite admettre qu'un juge, quelles que soient les circonstances, ne pourra et ne devra jamais remettre en cause la moindre des stipulations du contrat. Mais imaginons le cas d'un petit agriculteur qui conclut un contrat de livraison de ses fruits et légumes à une grande centrale d'achat. Entre temps, une sécheresse intervient et détruit une partie de sa récolte. Même si l'exécution de ce contrat est toujours possible, elle est extrêmement difficile pour le petit producteur qui a non seulement perdu une partie de sa récolte et donc le gain espéré, et qui pourra également être reconnu responsable de la non-exécution du contrat. Allons encore plus loin, la grande centrale d'achat ne manque pas de fournisseurs qui sont prêts à remplacer notre petit agriculteur. Celui-ci n'aura que très peu de chances de trouver un nouveau cocontractant si la centrale refuse de signer un nouveau contrat avec lui l'année suivante. Il peut bien évidemment tenter de négocier avec son partenaire, mais celui-ci n'a aucune obligation de trouver un

compromis, ni même de participer à la tentative de négociation. L'affaire finirait donc devant le juge, où la responsabilité contractuelle de l'agriculteur serait engagée. Mais à ce moment, ce n'est pas seulement le lien contractuel qui serait détruit, c'est une relation économique qui trouverait sa fin. Nous nous trouvons donc face à deux questions. La première est de nature morale, est-ce juste que quelqu'un soit responsable du changement des circonstances qu'il n'aurait pas pu raisonnablement prévoir et auquel il n'a pas contribué? La deuxième est de nature économique : ne serait-il pas plus utile de préserver une relation économique, quitte à modifier les stipulations du contrat ou à obliger les parties de les renégocier ? L'objectif du présent mémoire, consacré à l'étude comparée des droits polonais, français et espagnol, est d'essayer de répondre à ces deux questions.

Nous avons choisi ces trois systèmes juridiques puisqu'ils présentent des approches différentes face à la théorie de l'imprévision qui est ici sous-entendue. Le droit civil français est le plus hostile à la révision judiciaire du contrat, bien que celle-ci soit admise sur le terrain du droit administratif¹. En outre, les derniers arrêts de la Cour de Cassation² et les projets de réforme du droit des obligations³ apportent des solutions innovantes. Le droit espagnol, quant à lui, admet l'imprévision, quoi que de manière très timide et restreinte. Ce principe y reste jusqu'à ce jour d'origine jurisprudentielle, même si déjà dans les années précédant la reconnaissance judiciaire, certains auteurs postulaient son introduction au C.civ.es⁴. Il convient encore de remarquer qu'en Espagne, le débat juridique et doctrinal autour de l'imprévision est alimenté par celui qui concerne la cause. Enfin, le droit polonais reconnaît entièrement l'imprévision. Cette reconnaissance date des années 1930, puisque l'imprévision était déjà présente dans les dispositions du Code des obligations polonais de 1933. Pourtant, elle disparut suite à l'élaboration de la première version du Code civil polonais de 1964, pour ne réapparaître qu'en 1990, à l'occasion de l'une des premières réformes du KC après la chute du communisme⁵.

¹ CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, *Recueil Lebon*, p. 125 - S. 1916, 3, p. 17, concl. Chardenet, note Hauriou.

² Cass. Com. 3 nov. 1992, *Huard*, RTD civ. 1993.124 ; Cass. Com. 24 nov. 1998, *Chevassus-Marche* RTD civ. 1999.98 ; Cass. Civ. 1^{re}, 16 mars 2004, *Les repas parisiens*, n° 01-15.804.

³ L'art. 136 du projet de la Chancellerie, l'art. 92 du projet de l'Académie des sciences morales et politiques, les art. 1135-1 à 1135-3 du projet Catala ; voir Annexe A.

⁴ Voir, Candil F., *La cláusula rebus sic stantibus*, Madrid, 1946, p. 143.

⁵ Loi de 28 juillet 1990, JO 1990, n° 55.321. Les références des lois étrangères en version originale se

Avant de nous consacrer à l'analyse comparative, nous allons présenter les origines de la théorie de l'imprévision jusqu'à son rejet par les grandes codifications du XIX^{ème} siècle. Ensuite, nous allons présenter brièvement différentes théories, d'origine doctrinale et jurisprudentielle, créées afin de permettre une révision judiciaire des contrats déséquilibrés par la survenance de circonstances imprévisibles. Le présent mémoire sera divisé en trois chapitres. Le premier sera consacré à la reconnaissance de l'imprévision. Nous allons non seulement présenter de quelle façon et sous quelles conditions les systèmes juridiques analysés permettent la révision pour l'imprévision, mais encore comment l'imprévision peut être reconnue au sein des contrats par le biais de la clause de « hardship » et des clauses de valorisation. Dans le deuxième chapitre, nous allons analyser précisément les conditions de l'imprévision. Nous allons donc montrer quels types de contrats et quels actes juridiques sont susceptibles d'être concernés par la révision pour l'imprévision. Dans ce même chapitre, nous allons également analyser la condition d'imprévisibilité et nous le concluons en nous intéressant à la notion de prestation excessivement onéreuse. Le dernier chapitre sera consacré aux remèdes apportés aux contrats déséquilibrés, proposés non seulement par les systèmes juridiques analysés, mais aussi par certains textes internationaux en la matière. Plus précisément, nous nous concentrerons sur la renégociation, la révision judiciaire et la résiliation.

1. Les origines de la théorie de l'imprévision.

A. Le droit romain et les textes médiévaux : la naissance du concept.

« Toutes les circonstances doivent être les mêmes qu'elles étaient lorsque je promettais pour que tu aies un droit acquis sur ma promesse »⁶ constatait Sénèque au début de notre ère, dans son œuvre intitulée *Les Bienfaits*. Philosophe, poète et grand

trouvent dans les notes bibliographiques.

⁶ Sénèque, *De beneficiis*, Lib. IV, XXXV, 3 : « Omnia esse debent eadem, quae fuerunt, cum promitterem, ut promittentis fidem teneas... »

écrivain, certes, mais pas tout à fait juriste. Pourtant, c'est à lui que l'on doit cette première remarque, cette première exception potentielle au grand principe du droit civil *pacta sunt servanda*, les promesses doivent être tenues.

Il est vain de chercher des règles dans la très élaborée casuistique romaine. Sauf quelques exceptions, comme celle du droit du bailleur de demander la restitution de la chose quand celle-ci lui est devenue nécessaire (C. 4, 65, 3)⁷ ou bien la possibilité de récupérer la don après la naissance de l'enfant (C. 8, 56, 4-8)⁸, le droit romain ne connaissait pas de concepts permettant au débiteur de ne pas tenir sa parole suite à la survenance de circonstances imprévisibles au cours de l'exécution de son contrat. Même le fameux adage *impossibilium nulla obligatio est* ne se référait, semble-t-il, qu'à l'impossibilité *ab initio* et sa liaison avec le *casus fortuitus* n'a opéré qu'à l'époque de la réception du droit romain en Europe⁹. En plus, il n'est pas démontré, qu'en droit romain classique, cet adage ait acquis le statut d'une règle juridique. Il s'agissait d'une règle de raison, d'une déclaration de rationalisme plutôt que d'une véritable règle de droit¹⁰. Même si les sources romaines permet de trouver une genèse de la *vis maior*, il reste muet au sujet de la clause *rebus sic stantibus*. Sur quel texte ont bien pu s'appuyer les glossateurs afin de forger une théorie que le Code Justinien ne connaissait pas?

Aux côtés de la proposition de Sénèque, un court fragment de *De Officiis* sous la plume de Cicéron stipulait : « Si quelqu'un sain d'esprit, vient et te donne une épée en garde, et s'il souhaite la reprendre, alors qu'il est devenu fou, mieux vaut la garder. »¹¹. Ces deux textes, loin de créer une vraie théorie juridique, forment une base éthique qui paraît tout à fait conforme à la morale chrétienne. Ce n'est donc pas tout à fait par hasard qu'il est possible de les retrouver au sein des écritures de Saint

⁷ C. 4, 65, 3 : « Diaetae, quam te conductam habere dicis, si pensionem domino insulae solvis, invitum te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominus esse necessariam eam probaverit aut corrigere domum maluerit aut tu male in re locata versatus es. »

⁸ C. 8, 56, 4-8 : « (...)Sed ita res procedat, ut, si quinque testibus praesentibus vel in scriptis vel sine litterarum suppositione aliquis voluerit mortis causa donationem facere, et sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate v allata et nullam calumniam accipiat neque propter hoc, quod gesta ei non accesserunt, inefficax esse atque inutilis videatur et omnes effectus sortiatur, quos ultimae habent liberalitates, nec ex quacumque parte absimiles esse intellegantur. »

⁹ Voir, Dajczak W., Giaro T., Longchamps de Bérier F., *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Éd. 1, PWN, Varsovie, 2009, p. 471.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Cicéron Marcus Tullus, *De officiis*, Lib. III, XXV : « Si gladium quis apud te sana mente deposuerit, repctat insaniens, reddere peccatum sit, officium non reddere. »

Augustin qui nourrirent par la suite le *Decretum Gratiani*¹². Enfin, une glose de Johannes Teutonicus, par son canon 22, finalise la venue dans le droit de cette nouvelle théorie¹³.

Confirmée par Saint Thomas d'Aquin, elle fut très bien accueillie dans les travaux des commentateurs qui la développèrent de manière significative. Ainsi Barthole de Sassoferato, expliquant l'acte de renonciation, fera reposer la *rebus sic stantibus* sur la conception de clause implicite, ce qui ne sera contesté qu'au XIX^{ème} siècle. Pourtant, celui qui introduira cette doctrine au sein du droit civil et qui la généralisera à toutes les promesses sera Baludus degli Ubaldi¹⁴. À partir du XV^{ème} siècle, toutes sortes d'obligations incluaient une condition résolutoire en cas de changement imprévisible des circonstances¹⁵. Ainsi, sans aucune base dans les textes romains si on ne considère que les textes de droit, s'est forgée une nouvelle théorie qui marquera profondément différents systèmes juridiques dans les siècles à venir.

B. Du droit naturel aux grandes codifications, le triomphe de la force obligatoire du contrat.

Dans la doctrine juridique, la *rebus sic stantibus* est généralement opposée au principe de la force obligatoire du contrat, énoncé parfois en mots latins comme *pacta sunt servanda*, ce qui d'ailleurs ne correspond pas tout à fait au sens exact de l'adage. Rappelons qu'en droit romain, seuls les contrats conclus sous une certaine forme donnaient droit à une action en justice. *Ex nudo pacto actio non nascitur*, affirmait Ulpien. Ce n'est qu'à l'époque de George IX que l'obligation de tenir ses promesses est devenue contraignante pour tous les contrats¹⁶. Néanmoins, c'est surtout l'école du droit naturel qui en a fait un principe inviolable, essentiel et immanent, propre au

¹² Voir, Zimmermann R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Éd.1, Cape Town – Johannesburg, Juta&Co, LTD, 1990, p. 580.

¹³ Johannes Teutonicus gl. Furens, ad C 22, q. 2, c. 14 : « (...) semper subintellegitur haec conditio, si res in eodem statu manserit. »

¹⁴ Cf., Gordley J., *Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances*, *American Journal of Comparative Law* [en ligne], 52, 2004, p. 513-530, consulté le 21 février 2013, URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gordley1.html>, p. 525; voir aussi, Baldus de Ubaldis, *Commentaria Corpus iuris civilis* au D. 12.4.8.

¹⁵ Zimmermann R., *op.cit.*, p. 580.

¹⁶ Zimmermann R., *op.cit.*, p. 542-543.

genre humain. Vu les éloges que Grotius et Pufendorf font à l'égard de l'adage *pacta sunt servanda*¹⁷, il est d'autant plus curieux que ces mêmes auteurs admettent sans aucune difficulté la possibilité de ne pas tenir une promesse si les circonstances ne restent pas les mêmes. En plus, leurs observations ne s'éloignent pas beaucoup de la pensée des commentateurs. Ainsi, Grotius, bien qu'il affirme que les promesses ne renferment pas cette condition tacite, rectifie tout de suite en déclarant qu'elle est néanmoins présente quand on peut déduire « de la dernière évidence de cette raison « (...)qui a seule déterminé à s'engager » une liaison nécessaire avec « l'état présent des choses »¹⁸. Deux paragraphes plus loin, il ajoute que cette condition peut être présumée dès lors qu'à la lecture stricte du contrat, il résulte que :

(...) non pas à la vérité illicite en soi et à tous égards, mais qui , à en juger équitablement, ferait trop dur et insupportable, soit eu égard à la constitution de la Nature Humaine en général, soit en comparant la personne et la chose, dont il s'agit, avec le but même de l'engagement.¹⁹

Pufendorf précise à ce sujet que l'on n'est pas tenu de respecter une promesse si celle-ci reposait sur un fait, ou un état de choses, sans lequel on n'aurait pas consenti²⁰.

Cet attachement à la doctrine *rebus sic stantibus*, malgré la reconnaissance du principe de la force obligatoire, peut être expliqué par les circonstances historiques qui ont sans doute pu influencer les observations de Grotius et de Pufendorf²¹. La guerre de trente ans (1608-1638) eut notamment des répercussions significatives dans tous les États européens. Néanmoins, il ne faut pas oublier que cette époque est survenue avant celle des philosophes des Lumières. D'une part, l'impact du droit canonique et de la pensée chrétienne y était encore important²². D'autre part, l'économie restait encore largement féodale, les capitalismes français et anglais n'étant alors qu'à leur tout début.

L'avènement de la nouvelle conception du contrat et la primauté de la volonté

¹⁷ Voir, Grotius H., *Le droit de la guerre et du paix, T : 1*, Amsterdam, 1724, L. II, Ch. XI ; Pufendorf S., *Le Droit de la Nature et des gens, T : 1*, Amsterdam, 1706, L.III, Ch. IV.

¹⁸ Grotius H., *op.cit.*, L. II, Ch. XVI, § 25.2.

¹⁹ *Ibid.*, L. II, Ch. XVI, § 27.1.

²⁰ Pufendorf S., *op.cit.*, L. III, Ch. VI, § 6.

²¹ Dajczak W., *op.cit.*, p. 471.

²² Cf., Martin S., Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois, *Les Cahiers de droit*, vol. 34, 2, 1993, p. 606-607.

individuelle sur ce qui est juste et équitable ne s'opéra donc qu'au XVIII^{ème} siècle. Avec les idées de Kant et de Rousseau, le contrat et la volonté de l'individu qui y est exprimée devinrent une pierre angulaire de la nouvelle société bourgeoise²³, qui avait pour but d'assurer la sécurité juridique des transactions. Les prémices de cette nouvelle vision se trouvaient déjà dans les œuvres de Jean Domat, et ont été approfondies dans le traité de Robert – Joseph Pothier. Dans *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Domat écarte presque toute possibilité de non-exécution du contrat. Ainsi, la perte demeure là où elle est survenue. Puisque tous les contrats offrent une possibilité de gain ou de perte selon « la diversité des éléments », celui qui profite du gain doit souffrir de la perte à moins qu'elle résulte de la faute d'autrui²⁴. La seule possibilité d'anéantir un contrat valablement formé peut se faire par le biais du consentement mutuel des deux parties²⁵. Le même raisonnement sera propre à Pothier qui, hormis quelques observations à l'égard de la force majeure²⁶, ne permet pas de porter une quelconque atteinte à la force obligatoire du contrat.

Ce sacro-saint principe triompha finalement lors des travaux préparatoires des grandes codifications européennes au cours du XIX^{ème} siècle. Les consultations qui accompagnaient l'adoption des codes civils ont exclu de leurs champs d'intérêt toute mention de la clause *rebus sic stantibus*, qui ne survivra désormais que dans le droit international public. Dans les recueils des travaux préparatoires du Code Civil français, l'article 31 du projet de la partie III du futur Code, devenu ensuite l'article 1134, qui énonce le principe de l'intangibilité du contrat, a été adopté sans le moindre débat sur son contenu²⁷. Le principe sera le même pour les codes espagnol de 1889, italien de 1865 et allemand entrés en vigueur un siècle après le code civil français²⁸. Hormis quelques exceptions expressément prévues²⁹, la doctrine *rebus sic stantibus* fut donc complètement écartée de ces codifications.

Le libéralisme économique, dont le monde entier a eu besoin à l'époque de la

²³ *Ibid.*, p. 607.

²⁴ Domat J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1697, L. I, Tit. I, Sect. III, 10, dans *Oeuvres complètes de J. Domat, T : 1*, éd. Remy J., Firmin Didot père et fils, Paris, 1828.

²⁵ *Ibid.*, L. I, Tit. II, Sect. I, 3.

²⁶ Pothier R.J., *Traité des obligations selon les règles tant de for que de la conscience, que du for de l'extérieur*, T. 1, Paris-Orléans, 1764, P.1, Ch. II, Art.I, §II, n° 149.

²⁷ Voir, Fenet P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, T : 13*, Imprimerie d'Hippolyte Tillard, Paris, 1836, p. 54; p. 319-320.

²⁸ Zimmermann R., *op.cit.*, p. 581.

²⁹ Tels par exemple les articles 1184 et 1613 du CC français ou le §321 du BGB.

révolution industrielle, a donc évincé du droit civil toutes les règles d'équité instaurées par le biais de la morale chrétienne³⁰. Désormais, toute justice n'avait qu'une source - le contrat, « qui dit contractuel, dit juste » affirma A. Fouillée. Or, cette justice contractuelle si chère aux entrepreneurs bourgeois conduira, au XIX^{ème} siècle notamment, à des tensions sociales qui n'avaient jamais eu lieu auparavant. Néanmoins, il fallut attendre la première guerre mondiale pour que la jurisprudence fasse les premières brèches dans le principe d'intangibilité du contrat consacré par les codes. Le fruit de ce procès sera la réintroduction au sein du droit civil de la théorie de l'imprévision. Comme B. Windscheid remarqua à ce propos, ce qui a été chassé par la porte, revient toujours par la fenêtre³¹.

2. L'imprévision dans le débat doctrinal et jurisprudentiel : les nouvelles théories.

Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, la question de l'imprévision est revenue dans le débat doctrinal vers la fin du XIX^{ème} et le début du XX^{ème} siècle suite aux grands événements historiques qui ont déstabilisé la vie économique et sociale. Cependant, il n'est pas totalement correct d'affirmer que les tribunaux de fond se sont empressés d'écarter complètement la possibilité de révision pour l'imprévision. Dans la jurisprudence du XIX^{ème} siècle, nous pouvons en effet retrouver des signes de l'ancien concept médiéval de la clause *rebus sic stantibus*³². Il a fallu attendre un rejet catégorique de la part des cours suprêmes pour en finir avec cette pratique et rouvrir la voie du débat doctrinal. Pourtant, ce retour de l'imprévision n'était pas tout à fait le retour à la conception des glossateurs. Non seulement parce que l'existence d'une telle clause tacite n'était pas forcément compatible avec le principe de l'autonomie de volonté, prôné par les nouveaux codes, mais encore parce que ces codifications nationales avaient eu pour résultat la disparition du *ius commune*. L'élaboration d'une nouvelle théorie, qui permette au juge de réviser le contrat, se heurtait donc aux dispositions des textes qui par ailleurs n'en parlaient pas. A la même époque curieusement, en dépit des théories continentales, le droit anglais se pencha sur la

³⁰ Martin S., *op.cit.*, p. 607.

³¹ Cité par Zimmermann R., *op.cit.*, p. 581.

³² Voir notes 34,35.

question de l'imprévision pour établir la *frustration of contract*.

Le bilan de ce débat n'est pas sans importance pour les systèmes juridiques analysés dans ce mémoire. Avant de passer à l'analyse de ceux-ci, il faut donc présenter les théories les plus connues en matière d'imprévision : la théorie de l'imprévision française, les théories de la *Voraussetzung* et du *Geschäftsgrundlage* issues du droit allemand, *l'eccessiva onerosità sopravvenuta* et *presupposizione* en droit italien et la *frustration of contract* de la *Common Law* anglaise.

A. Théorie de l'imprévision.

Au milieu du XIX^{ème} siècle, Larombière admettait que « Les obligations s'éteignent encore par la survenance de circonstances telles que les parties n'auraient pas contracté, si elles les avaient prévues »³³, même si l'art. 1134 du C.civ.fr., en vigueur depuis à peine cinquante ans à l'époque, stipulât clairement dans son alinéa premier que « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Ce qu'évoquait Larombière n'était ni plus ni moins que la clause *rebus sic stantibus*. Il n'était pas le seul à l'admettre. Certains tribunaux de fond, face aux guerres dans lesquelles la France s'était engagée au XIX^{ème} siècle et aux bouleversements socio-économiques qu'elles avaient occasionnés, ont en effet admis l'existence d'une telle clause afin de pouvoir libérer les parties d'un contrat injuste³⁴. Or, même si ce concept moyenâgeux bénéficiait d'une estime importante grâce à son ancienneté, il n'était pas exempté de critiques. Principalement, eu regard à la liberté contractuelle sur laquelle reposait le code, on ne pouvait pas forcément admettre que si les parties avaient prévu le bouleversement de leur contrat, elles auraient inséré une telle clause dans celui-ci. Cela serait contraire à la théorie de l'autonomie de la volonté. C'est pourquoi certains tribunaux ont dégagé une autre solution. Celle-ci consistait à assouplir les conditions de la force majeure, en acceptant qu'une simple impossibilité relative à l'exécution du contrat constituait un cas de force majeure³⁵.

³³ Larombière M.L., *Théorie et pratique des obligations, ou Commentaire aux titres III et IV du Code Napoléon*, art. 1101 à 1386, T. III, Éd.1., Paris, 1858, art.1234, n°4.

³⁴ CA Rouen, 9 févr. 1844, DP 1845.2.4, CA Bordeaux, 18 mai 1852, DP 1853.2.105.

³⁵ CA Douai, 3 mai 1851, DP 1854.2.130 ; CA Grenoble, 18 août 1854, DP 1855.2.78; T. com.

Mais ce n'était pas non plus une solution satisfaisante, puisqu'il suffisait seulement que le coût de la prestation devienne excessif pour le débiteur pour qu'il puisse demander l'annulation du contrat³⁶.

C'est la Cour de Cassation qui a mis fin à cette pratique florissante de révision des contrats par les tribunaux de fond, par le biais du fameux arrêt *Canal de Craponne*³⁷, par lequel la Cour affirma clairement 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 la convention des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants(...)³⁸.

Cette jurisprudence fut confirmée par les arrêts suivants³⁹, de sorte que toute possibilité d'application de l'imprévision en droit civil français semblait abandonnée. Pourtant, la position de la doctrine au sujet de l'imprévision était loin d'être homogène, surtout après les deux guerres mondiales. Leur impact sur la vie économique du pays fut tel que le législateur (pas uniquement français) s'est senti obligé de promulguer plusieurs lois moratoires⁴⁰, permettant en effet la révision de certains types de contrats. Néanmoins, la position de la Cour de Cassation est restée très stricte même si à la même époque, le Conseil d'État consacra une nouvelle théorie en matière de révision des contrats – la théorie de l'imprévision⁴¹.

Cette nouvelle théorie fut appréciée par les civilistes français qui souhaitaient son introduction au sein du droit civil. Face au silence du code, G. Ripert et M. Planiol, les deux principaux partisans de la doctrine, postulaient que les prévisions du Code permettaient de déduire l'existence d'un mécanisme de révision du contrat. Les deux auteurs voyaient donc dans la révision pour imprévision un moyen par lequel le juge pouvait assurer la justice et l'équité du contrat. L'idée de l'imprévision pouvait

Toulouse, 1er juin 1915, DP 1916.2.112, S. 1916.2.29 ; T. com. Rouen, 18 déc. 1919, DP 1920.2.33, et autres.

³⁶ Mouralis J.L., *L'imprévision*, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2003, n°28.

³⁷ Cass. civ. 6 mars 1876, DP 1876.1.193, S. 1876.1.161.

³⁸ Arrêt précité.

³⁹ Voir notamment: Cass. civ. 4 août 1915, DP 1916.1.22, Cass. civ. 6 juin 1921, S. 1921.1. 193, Cass. com. 18 janv. 1950, D. 1950.227.

⁴⁰ Comme la loi Faillot, loi du 21 janvier 1918, DP 1918.4.261.

⁴¹ Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux c/ Ville de Bordeaux, arrêt précité.

donc être retrouvée dans l'art. 1134§3 (l'exécution en bonne foi), dans l'art. 1244 (terme de grâce), dans l'art. 1150 par lequel le juge peut mitiger les dommages-intérêts au cas d'inexécution du contrat⁴² ou encore dans la notion de la cause⁴³. Ripert proposera encore une autre solution. D'après lui, l'imprévision « ne se rattache pas à la technique juridique du droit des obligations, elle heurte la logique de cette technique »⁴⁴. Par cette phrase, il sous-entendait l'abus de droit. Le créancier qui contraint son cocontractant à l'exécution d'un contrat déséquilibré abuse de son droit et s'enrichit injustement⁴⁵.

L'application de cette nouvelle théorie n'était pas laissée au pouvoir discrétionnaire du juge. Elle était soumise à l'accomplissement de certaines conditions. Tout d'abord, il fallait que le contrat porte sur les prestations futures. Par la notion de prestations futures, Planiol et Ripert comprenaient non seulement les obligations à exécution successive, mais aussi les prestations à exécution différée. De celles-ci, il fallait cependant exclure les contrats qui portaient sur l'acceptation d'un aléa. Étaient donc exclus tous les contrats aléatoires (comme les contrats d'assurance par exemple), et aussi tous les autres contrats purement spéculatifs⁴⁶. Ensuite, le déséquilibre entre les prestations devait « dépasser de beaucoup » les prévisions qui pouvaient être raisonnablement faites au moment de la conclusion du contrat⁴⁷. Ce n'est donc pas n'importe quel déséquilibre qui peut être pris en compte, mais seulement un déséquilibre qualifié. En effet, il était question d'un déséquilibre grave et imprévisible, de sorte que l'exécution du contrat dans sa forme originale devenait injuste. Il s'ensuit que de légères variations ne pouvaient pas être prises en compte puisqu'elles n'étaient pas susceptibles de déstabiliser l'économie du contrat, mais simplement de créer un déséquilibre dont la survenance était prévisible. C'est pourquoi toutes les lois moratoires de la période d'après guerre ne prenaient en compte que les contrats conclus avant la guerre, mais pas ceux contractés pendant. Pourtant, comme l'a ajouté Ripert, ce n'est pas le caractère imprévisible d'un

⁴² Voir, Planiol M., Ripert G., *Traité de droit civil français*, T. 6, par Esmein, Éd. 2, LGDJ, Paris, 1952-1962, n°396.

⁴³ Voir, Ripert G., *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 1949, n° 83.

⁴⁴ *Ibid.*, n°86.

⁴⁵ *Ibid.*, n°87, « Cet abus commence quand le déséquilibre des prestations est tel que le contractant ne pouvait normalement prévoir qu'il allait retirer de ce contrat un tel avantage ».

⁴⁶ Planiol M., Ripert G., *op.cit.*, n°397.

⁴⁷ *Ibid.*

événement qui est constitutif, mais l'impossibilité de prévoir les conséquences que l'événement en question aura sur le contrat⁴⁸. La guerre en soi pouvait donc ne pas constituer un cas d'imprévision si les parties avaient pu raisonnablement s'attendre à la survenance des conséquences qu'elle aurait sur le contrat. Enfin, il ne fallait pas confondre l'imprévision avec la force majeure. Si les caractéristiques des circonstances dans ces deux cas paraissent semblables, la différence entre elles reste marquante. Si la force majeure rend l'exécution du contrat impossible, l'imprévision la rend seulement plus difficile pour le débiteur.

La théorie de l'imprévision à la française se place donc quelque part à mi-chemin entre les deux anciennes solutions des tribunaux de fond. Il n'est donc plus question d'une clause tacite comme la *rebus sic stantibus*, ni d'assouplir les conditions de la force majeure. Il s'agit d'un moyen judiciaire permettant de remédier à l'injustice qui peut être occasionnée par l'exécution d'un contrat dont l'équilibre a été bouleversé par la survenance de circonstances imprévisibles.

B. Le droit allemand et les théories de la *Voraussetzung* et du *Geschäftsgrundlage*.

À l'époque des travaux préparatoires du BGB, l'école Pandectiste s'est montrée hostile au concept médiéval de *rebus sic stantibus* et conséquemment écarta l'imprévision du texte final du code. Pourtant, ce rejet ne s'est pas opéré sans hésitations doctrinales et parmi les défenseurs les plus connus de l'imprévision il faut mentionner Windscheid, l'un des auteurs du premier projet du BGB de 1887.

La théorie proposée par Windscheid, connue sous le nom de la *Voraussetzung*⁴⁹, pourrait être traduite en français comme « la présupposition ». Quoiqu'elle s'inspire du droit commun, elle rejeta, contrairement à celui-ci, le concept de l'existence d'une clause tacite, de la même façon que la théorie française de l'imprévision. Windscheid rattacha la problématique de la révision pour l'imprévision à l'interprétation de la volonté des parties. Il plaça la *Voraussetzung* aux côtés de la

⁴⁸ Ripert G., *op.cit.*, n° 87.

⁴⁹ Windscheid B., *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850.

déclaration de volonté, très proche de la condition et du terme⁵⁰. Sauf que contrairement à ces derniers, la présupposition était censée reposer sur une situation de fait ou de droit que les parties croyaient certaine au moment de leur déclaration de volonté. C'est pourquoi la présupposition ne doit pas forcément être indiquée expressément dans les clauses du contrat. En plus, les effets qu'elle produit ne sont pas les mêmes que ceux de la condition. Tandis que la condition suspend les effets du contrat (ou bien le résout s'il s'agit d'une condition résolutoire), la présupposition rend le contrat complètement dépourvu de sens, puisque dans les nouvelles circonstances, les parties (ou l'une des parties) n'auraient pas donné son accord.

Le problème principal de la théorie de Windscheid réside dans la définition des circonstances qui permettent le jeu de la présupposition. Windscheid précise qu'il ne s'agit pas de toutes les circonstances imprévisibles, mais seulement de celles qui sont indissociablement liées au but du contrat, et que les parties auraient pu considérer comme étant remarquables au moment de la conclusion du contrat. La présupposition ne doit pas forcément être commune, il suffit que l'autre partie soit consciente de l'importance des circonstances en question pour son cocontractant, même si elles n'étaient pas primordiales pour elle-même. C'est ainsi que l'on se heurte à la notion des motifs et à ce qui représente le point faible de la doctrine de Windscheid⁵¹. D'après la critique de Lenel, il devient possible, par le biais des motifs, que l'une ou l'autre des parties du contrat, dès lors qu'elles ne se sentent pas pleinement satisfaite du déroulement de la relation contractuelle, invoque la présupposition, ce qui menace gravement la sécurité des transactions⁵². En plus, le problème d'attribution des risques contractuels se pose également, puisqu'une partie pourrait se voir libérée de l'obligation dont elle avait assumé la charge, en invoquant une présupposition tacite que son cocontractant aurait pu reconnaître.

Malgré ses défauts et la critique de la part des Pandectistes, la théorie de Windscheid ne fut pas entièrement enterrée, et comme il l'avait prévu en 1850, expulsée par la porte elle est revenue par la fenêtre⁵³. Avant la première guerre

⁵⁰ Voir, Martínez Velencoso L.M., La doctrina de la base del negocio en el Derecho alemán: antecedentes y nueva regulación en el 313 BGB, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 681, 2004, p. 291.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*, p. 292-293.

⁵³ Voir note n° 31.

mondiale encore, P. Oertmann, disciple de Windscheid, défendit et développa la doctrine de son maître, connue désormais sous le nom du *Störung der Geschäftsgrundlage*⁵⁴ que l'on pourrait traduire en français comme « la perturbation du fondement contractuel ».

Tout en admettant l'importance des considérations des parties du contrat, Oertmann précisera que ce ne sont pas les motivations intrinsèques des parties qu'il faut prendre en compte, mais la cause commune, la finalité d'un contrat bilatéral, ce qu'il nomma *Geschäftsgrundlage*⁵⁵. En outre, c'est le but du contrat dans son ensemble qu'il faut examiner, et non pas les buts individuels des parties.

Contrairement à la *Voraussetzung*, le *Geschäftsgrundlage* n'est pas une expression de la volonté des parties, elle n'est donc pas une stipulation expresse ni tacite du contrat. C'est tout simplement le fondement, la base du contrat qui dépend des représentations des parties. Mais la prise en compte de ces représentations diffère aussi chez Oertmann. Il admet bien évidemment la présupposition commune, qui d'ailleurs ne posait pas de problèmes dans la doctrine de Windscheid. Pourtant, la simple connaissance de la représentation de l'autre partie ne suffit plus, il faut que le cocontractant la connaisse, ou soit susceptible de la connaître, et qu'il ne la contredise pas⁵⁶.

Le *Geschäftsgrundlage* constitue donc un élément objectif et extérieur au contrat. Mais Oertmann ajoute encore une limite à sa théorie, liée au risque contractuel. Dès lors que le contrat attribue le risque du changement imprévisible des circonstances à l'une des parties, le jeu du principe est inadmissible, de même dans le cas où le changement des circonstances est dû au comportement du cocontractant⁵⁷.

La doctrine d'Oertmann fut accueillie par le Reichsgericht dans les années 1920⁵⁸. Les tribunaux allemands l'ont acceptée en s'appuyant sur le § 242 BGB, donc sur la bonne foi, comme Oertmann avait proposé. Pourtant, il a fallu attendre longtemps pour que sa théorie soit expressément reconnue au sein du code civil

⁵⁴ Oertmann P., *Die Geschäftsgrundlage: Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921.

⁵⁵ Martínez Velencoso L.M., La doctrina de la base del negocio en el Derecho alemán: antecedentes y nueva regulación en el 313 BGB, *op.cit.*, p. 292.

⁵⁶ Voir, Ancel P., Wintgen P., La théorie du « fondement contractuel » (*Geschäftsgrundlage*) et son intérêt pour le droit français, *Revue des contrats*, 3, 2006, n°1.

⁵⁷ Martínez Velencoso L.M., La doctrina de la base del negocio en el Derecho alemán: antecedentes y nueva regulación en el 313 BGB, *op.cit.*, p. 293.

⁵⁸ RG 3 févr. 1922, RGZ 103,128.

allemand⁵⁹.

C. L' *excessiva onerosità sopravvenuta* et *presupposizione* en droit italien.

Le premier code civil italien de 1865, inspiré largement par le code français, rejeta également la possibilité de révision du contrat pour l'imprévision. Pourtant, suivant l'exemple de différents pays, le législateur italien, en 1915 déjà, introduisit une loi moratoire afin de remédier à une grande quantité de contrats déséquilibrés par la guerre. En effet, le décret – loi du 27 mai 1915 stipulait dans son premier article que la guerre est non seulement une circonstance de force majeure, prévue par l'art. 1226 du C.C.It (1865), quand elle entraîne l'impossibilité de la prestation, mais qu'elle doit également être considérée comme telle lorsqu'elle rend la prestation excessivement onéreuse⁶⁰. L'instabilité de la période d'entre deux guerres n'a fait que faciliter l'accueil de l'imprévision au sein du nouveau Code civil italien de 1942. Malgré la méfiance de la doctrine italienne, l'imprévision a réussi à s'enraciner dans la tradition juridique italienne⁶¹, et pas uniquement sous la forme prévue au départ par le code.

La régulation, telle qu'elle fut proposée dans le C.civ.it. de 1942, s'inspire de la théorie de l'imprévision à la française. Les articles 1467, 1468, 1469, situés dans la partie du code consacrée à l'exécution du contrat, prévoient que seuls les contrats à exécution successive sont susceptibles d'une résolution ou d'une modification selon l'équité, à raison de la survenance de circonstances imprévisibles qui rendent l'exécution du contrat « excessivement onéreuse » (l'art. 1467, al. 1). Bien évidemment, si les risques étaient répartis par le contrat, la révision n'était pas possible. De même, les contrats aléatoires, dont l'objet même constitue un risque, sont privés de cette possibilité (l'art. 1469). Ce qui est intéressant dans la codification italienne, ce sont avant tout les remèdes qu'elle propose. Le pouvoir de juge consiste

⁵⁹ §313 BGB introduit en 2002; voir; Ancel P., Wintgen P., *op.cit.*, n°1; voir aussi Annexe B.

⁶⁰ Art.1 Decreto Luogotenenziale de 27 mai 1915, n° 739 : « a tutti gli effetti dell'art.1226 c.c. la guerra è considerata come caso di fuerza maggiore, non solo quando renda impossibile la prestazione, ma anche quando la renda eccessivamente onerosa, purché l'obbligazione sia stata assunta prima della data di mobilitazione generale. »

⁶¹ Casella G., *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, UTET, Turin, 2001, p.1 et suiv.

à prononcer la résolution du contrat avec les mêmes effets que la résolution pour inexécution⁶². Dans le seul cas d'un contrat unilatéral, la partie qui a assumé les obligations peut demander la révision selon l'équité. Pourtant, dans l'alinéa 3 de l'art. 1457 du C.civ.it., la partie à l'encontre de laquelle la résolution est demandée peut l'éviter en offrant une modification équitable du contrat. La modification, dans ce cas, survient en cours de procédure de résolution du contrat et elle peut provenir seulement de la part de l'une des parties du contrat.

Pourtant, la régulation des art. 1467 – 1469 du C.civ.it., n'est pas la seule trace de l'imprévision dans le droit italien. Sous l'emprise des théories d'Oertmann et de Windscheid, la doctrine et la jurisprudence italienne développèrent un nouveau concept qui fut celui de la *presupposizione*.

Issue de la *Voraussetzung* et du *Geschäftsgrundlage* allemands, la *presupposizione* repose sur l'existence d'une modalité ou d'une condition, non exprimée expressément dans le contrat, qu'une ou les deux parties ont considérée déterminante pour la conclusion du contrat⁶³. D'après la Cour de cassation italienne, la *presupposizione* est « une situation de fait, commune aux parties et indépendante de leur volonté, dont les parties ont tenu compte au cours de la formation du contrat, bien qu'elles n'y aient pas fait référence dans le contrat même »⁶⁴. Pour que son application soit mise en œuvre, la doctrine italienne exige l'existence commune de plusieurs conditions. Tout d'abord, la *presupposizione* doit être commune aux parties du contrat. Ensuite, elle doit être certaine et objective, elle doit donc se réaliser indépendamment de la volonté des parties⁶⁵. Il s'agit des cas où les circonstances imprévisibles ont tellement changé l'équilibre entre les prestations qu'elles ont complètement privé le contrat de son sens. Autrement dit, si les parties avaient pu prévoir les circonstances à venir, elles n'auraient pas contracté. Une association à la cause, à l'objet du contrat ou à l'erreur est dans ce cas sous-jacente. Pourtant, la Cour de cassation italienne rejeta récemment toutes ces qualifications et affirma que la *presupposizione* est une notion complexe et indépendante qui se distingue nettement non seulement de *l'eccessiva*

⁶² Voir, Courtois H., « Rapport italien », dans Rodière R. (dir.), *Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles*, Pedone, Paris, 1986, p. 101.

⁶³ Courtois H., *op.cit.*, p. 104.

⁶⁴ Corte di Cass. 3 octobre 1972, n° 2828.

⁶⁵ Corte di Cass., 31 octobre 1989, n° 4554 ; Corte di Cass. 21 novembre 2001, n° 14629.

onerosità sopravvenuta, mais aussi des vices de consentement⁶⁶. La *presupposizione* est donc un élément sans lequel le contrat ne serait ni valable ni efficace.

Le droit italien propose donc une régulation très complexe de la question de l'imprévision. D'un côté, le code classe les art. 1467 et suiv. parmi les différentes manières d'extinction des contrats, ce qui fait approcher l'*excessiva onerosità sopravvenuta* de la doctrine française. De l'autre, la *presupposizione*, qui n'a pas été prévue par le code, est une notion large, à mi-chemin entre les vices de consentement et les articles 1167 et suivants⁶⁷. Le rapport entre ces deux éléments de la théorie de l'imprévision italienne reste ambiguë. On pourrait en fait concevoir la *presupposizione* comme l'application particulière de l'art. 1467 du C.civ.it, ou comme l'application extensive dudit article⁶⁸.

D. Frustration of contract en droit anglais.

Le droit anglais présente une particularité intéressante en matière d'imprévision par rapport aux droits continentaux. Contrairement à ceux-ci, qui séparent l'imprévision de la force majeure, le droit anglais en fait une seule problématique. Au départ, la *frustration* ne concernait que les cas de force majeure. Dans le premier arrêt en la matière, *Taylor v. Caldwell*⁶⁹, il était question d'un contrat de location d'une salle de concert qui avait brûlé après la conclusion du contrat mais avant les spectacles prévus. La Cour, tout en affirmant le principe de la responsabilité stricte pour les dettes contractuelles, a cependant réduit son champ d'application aux contrats « positifs » et « absolus ». Pour les autres contrats, la résolution suite à la survenance de circonstances imprévisibles pouvait donc être permise puisqu'ils prévoyaient une condition résolutoire expresse ou tacite. Ceci est notamment le cas quand les parties, dit la Cour, pouvaient savoir dès le début du contrat qu'il ne pourrait être exécuté qu'à condition qu'au moment de l'exécution, la chose continue

⁶⁶ Corte di Cass., 25 mai 2007, n° 12235.

⁶⁷ Voir, Ancel P., Wintgen P., *op.cit.*, n°14c.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Taylor v. Caldwell*, 1863, 2 B. & S. 826, 122 ER 309.

d'exister⁷⁰. Et la plupart des contrats étaient dotés d'une telle clause. Cet arrêt visait les cas qui sur le continent étaient nuls pour cause de l'impossibilité postérieure.

L'arrivée de l'imprévision en droit anglais sera notamment le fruit d'une série de cas concernant la couronnement du roi Édouard VII⁷¹. Il s'agissait de contrats de location d'appartements dont le seul but était d'assister à la parade du couronnement du roi prévue pour le 26 et le 27 juin 1902. Le roi étant tombé malade, le couronnement fut reporté à une autre date, mais le contrat de bail était toujours valable. Face à ce problème, les cours ont admis la résolution du contrat quand les circonstances survenues l'avaient détourné d'une telle manière que son exécution avait perdu tout sens⁷². Il s'agit donc de la cessation de la finalité du contrat. Pourtant, cette finalité est appréciée par le droit anglais de manière très restreinte. Déjà dans *Krell v. Henry*, Lord Vaughan Williams a précisé que la résolution peut être admise uniquement parce que le contrat de location n'avait aucun autre but que celui de voir la parade et que cette condition était propre autant au locataire qu'au bailleur. C'est donc la finalité du contrat dans son ensemble qui a été prise en compte et non pas les motifs particuliers. Dans le cas de l'arrêt *Blackburn Bobbin v. T.W. Allen*⁷³, survenu une quinzaine d'années plus tard et qui concernait le contrat de vente et de livraison de bois finlandais, dont l'exécution était devenue très difficile suite au blocage des ports pendant la guerre, la Cour n'a pas permis de libérer le débiteur au motif que le transport du bois par voie maritime n'était pas une condition fondamentale du contrat à défaut d'une stipulation expresse dans le contrat. Le risque de non-exécution a donc été assumé par le vendeur.

Tout en ayant une vision restreinte de ce qu'était la *frustration*, le test de la condition implicite, élaboré par la jurisprudence *Taylor v. Caldwell*, présentait plusieurs

⁷⁰ *Ibid.*, « (...)But the rule is only applicable when the contract is positive and absolute, and not subject to any condition either express or implied: and where from the nature of the contract, it appears that the parties must from the beginning have known that it could not be fulfilled unless when the time for the fulfilment of the contract arrived some particular specified thing continued to exist, so that, when entering into the contract. »

⁷¹ Voir notamment : *Chandler v. Webster*, 1904, 1 K.B. 493.; *Krell v. Henry*, 1903, 2 K.B. 740.

⁷² *Krell v. Henry*, 1903, 2 K.B. 740 : « (...)the English law applies the principle (...)to cases where the event which renders the contract incapable of performance is the cessation or non-existence of an express condition or state of things, going to the root of the contract, and essential to its performance. ».

⁷³ *Blackburn Bobbin v. T.W. Allen*, 1918, 2KB 467, voir aussi *Lebeauvin v. Crispin*, 1920, 2 K.B. 714, comparer avec *Société Cooperative Suisse des Céréales et Matières Fourragères v. La Plata Cereal Company S.A.*, 1946, 80 Ll. Rep. 530.

inconvenients. Ceux-ci sont tout à fait similaires à ceux que présentait l'ancienne doctrine de la *rebus sic stantibus*, qui était également basée sur l'idée d'une clause tacite. Tout d'abord, l'hypothèse de l'existence d'une clause tacite de résolution pour l'imprévision est artificielle⁷⁴ puisqu'on ne peut pas considérer formellement que les parties, tenant compte des circonstances en cause, seraient d'accord pour l'insérer dans le contrat. Si elles avaient prévu l'émergence de telles circonstances, elles auraient attribué le risque de manière expresse ou elles auraient inséré une clause de hardship. Puis, il y aurait toujours le risque qu'une telle clause permette à chaque cocontractant qui ne serait pas satisfait de son affaire de se délier du contrat.

Un nouveau test fut donc élaboré par les cours anglaises. Dans l'affaire *Davies Contractors, Ltd. v. Fareham Urban District Council*⁷⁵, Lord Radcliffe a indiqué qu'il y a *frustration* quand l'obligation consacrée par le contrat est devenue impossible puisqu'elle s'avère complètement différente de celle qui a été promise à cause des circonstances dans lesquelles elle doit être exécutée⁷⁶. Il ne s'agit donc pas d'un changement radical des circonstances, mais d'un changement de l'obligation suite aux circonstances dont aucune des deux parties n'est responsable. La *frustration* permet donc de mettre un terme au contrat quand :

(...)quelque chose arrive après la conclusion du contrat qui rend son exécution physiquement ou commercialement impossible, ou qui transforme l'obligation à exécuter en une obligation radicalement différente de celle qui a été promise au moment de la conclusion du contrat.⁷⁷

Le test du changement radical de l'obligation est désormais objectif. Il n'est plus question d'intentions des parties ou du but qu'elles ont envisagé par le contrat puisque la *frustration* a lieu à chaque fois que l'obligation s'avère différente de celle

⁷⁴ Voir, Beale H.G., *Chitty on Contracts*, Vol. 1, Éd. 31, Sweet and Maxwell, Londres, 2012, 23-011, p. 1641,

⁷⁵ *Davies Contractors, Ltd. v. Fareham Urban District Council*, 1956, A.C. 696.

⁷⁶ *Ibid.*, « (...)frustration occurs whenever the law recognizes that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract. *Non haec in foedera veni*. It was not what I promised to do. »

⁷⁷ Beale H.G., *Chitty on Contracts*, *op.cit.*, 23-001, p. 1635, ang. « (...)something occurs after the formation of the contract which renders it physically or commercially impossible to fulfill the contract or transforms the obligation to perform into a radically different obligation from that undertaken at the moment of the entry into the contract. »

qui a été promise. Cette règle s'applique aussi, dans une certaine mesure, même si les parties ont prévu les circonstances survenues. En plus, la *frustration* opère de manière automatique et rend le contrat nul. Contrairement aux droits continentaux, les cours anglaises ne peuvent que constater la *frustration*. Elles ne se sont pas reconnues ni le droit de remédier au contrat, ni celui de permettre la poursuite d'un contrat frustré.

Ainsi, on pourrait résumer la doctrine de frustration en droit anglais par quelques principes. Ceux-ci furent systématisés par Lord Bingham dans l'affaire *J. Lauritzen A.S. v. Wijsmuller B.V. (The Super Servant Two)* en cinq points cités ci-dessous :

1. La *frustration* atténue la rigueur avec laquelle la *common law* insiste sur l'exécution littérale des promesses;
2. La doctrine intervient pour mettre fin au contrat et décharger les parties de leurs responsabilités selon les termes de celui-ci;
3. La *frustration* met fin au contrat « sur-le-champ, sans plus et automatiquement »;
4. La *frustration* ne devra pas résulter d'un acte ou d'un choix de la partie qui veut s'en prévaloir. Il faut alors qu'il y ait « un événement extérieur ou un changement étranger de la circonstance »;
5. L'événement de *frustration* doit arriver sans faute de la partie, il ne peut pas être induit par une telle faute⁷⁸;

⁷⁸ J. Lauritzen A.S. v. Wijsmuller B.V., 1990 (The Superservant Two), 1 Lloyd's Rep. 10 ang. « 1. Frustration mitigates the rigor of the common law's insistence on literal performance of absolute promises; 2. The doctrine operates to kill the contract and discharge parties from further liability under it; 3. Frustration brings a contract to an end "forthwith, without more and automatically"; 4. It should not be due to the act or election of the party seeking to rely on it, so that there must be some "outside event or extraneous change in the situation"; 5. A frustrating event must take place without a party's fault, i.e. it cannot be self-induced. »

Chapitre I : La reconnaissance de l'imprévision au sein des systèmes juridiques

1. L'intégration au sein des droits nationaux.

A. Le principe jurisprudentiel

Comme nous l'avons déjà mentionné, les codes civils espagnol et français, qui sacralisent la règle *pacta sunt servanda*, n'ont pas intégré l'imprévision au sein de leurs dispositions. Ce rejet se justifie par des facteurs historiques. Les codes espagnol et français, qui datent du XIX^{ème} siècle, étaient destinés à consacrer les principes du libéralisme et celui de la sécurité des transactions dont le monde, à l'époque de la révolution industrielle, avait besoin. La reconnaissance de l'imprévision irait donc à l'encontre de ces objectifs. Pourtant, bien qu'on ne trouve pas une notion générale de l'imprévision au cœur de ces codes, certains articles prévoient la possibilité de tenir compte du changement des circonstances survenu après la conclusion du contrat. C'est notamment le cas de l'art. 1184 du C.civ.fr. qui permet d'accorder au débiteur un délai de grâce et son équivalent espagnol, l'art. 1129 du C.civ.es., qui décrit plus précisément les situations où le débiteur peut être privé de ce droit. Il ne faut pas cependant accorder une portée trop large à ces dispositions. Loin d'instaurer un régime général d'imprévision, ils trouvent leur application seulement dans des cas spécifiques et précis⁷⁹. Ce n'est qu'après la première guerre mondiale que les législateurs de ces deux pays ont commencé à promulguer des lois spéciales prévoyant une révision des stipulations contractuelles. Tel est par exemple le cas de la loi Faillot⁸⁰. Mais à côté de ces lois « d'urgence », d'autres textes législatifs ont été créés afin de contourner la rigueur des codes. Nous pouvons citer à titre d'exemple les lois sur la révision

⁷⁹ Autres exceptions d'imprévision se trouvent dans l'art. 1467, 1503, 1575, 1558(3), 1736 C.civ.es. Il faut remarquer que l'imprévision a été codifiée dans le C.civ. de Navarre (l'art. 493(3)) qui est l'un des systèmes régionaux du droit civil en Espagne. Dans le code français d'autres prévisions d'imprévision se trouvent dans l'art. 1152 al.2 et l'art. 1769.

⁸⁰ Loi du 21 janvier 1918, DP 1918.4.261.

périodique des rentes viagères ou sur la révision de certains loyers⁸¹. Nonobstant, ces quelques prévisions des codes espagnol et français, et les lois spéciales de plus en plus nombreuses en la matière, restent des mesures d'exception. À ce jour, ni le code espagnol ni le code français ne reconnaissent l'imprévision. Pourtant, elle est l'objet d'un vif débat doctrinal et jurisprudentiel.

En effet, la réflexion sur le principe d'intangibilité du contrat a été provoquée par les bouleversements économiques et sociaux du XIX^{ème} et du XX^{ème} siècle. En Espagne, le Tribunal Suprême, pendant la 2^{ème} guerre mondiale, a fait ses premières remarques quant à une possibilité potentielle de révision pour imprévision. Bien qu'il ait confirmé, dans la sentence de 14 décembre 1940, que l'imprévision n'était pas expressément exprimée dans le C.civ.es., il n'a pas exclu la possibilité de trouver certaines « lueurs » et « applications isolées » de cette théorie qui, à son avis, devraient être prises en compte⁸². En l'espèce, il était question d'un contrat de livraison de fer. Entre la conclusion et l'exécution du contrat, le prix du minéral avait changé. Le défendeur a plaidé l'imprévision. Le Tribunal a rejeté cette argumentation au motif que l'altération des circonstances n'avait pas changé de manière suffisante l'équilibre des prestations. C'est donc *obiter dictum* que le Tribunal Suprême avait fait une allusion à une application possible dans le futur de l'imprévision.

On pourrait songer que cet arrêt constitue un pas historique vers la reconnaissance de l'imprévision, qu'il franchit la lourdeur des dispositions du C.civ.es. et l'hostilité de la doctrine face à la révision judiciaire du contrat. Mais dans la réalité, l'imprévision n'était pas une chose qui préoccupait beaucoup la doctrine espagnole et jusqu'à présent, peu de juristes espagnols la mettent d'ailleurs au centre de leurs études. Dans les temps d'après guerre, durant lesquels le climat y était favorable, certains auteurs postulaient l'introduction de l'imprévision au sein du droit civil, mais

⁸¹ Voir : pour les rentes viagère : L. n° 48-777 du 4 mai 1948 et n° 48-957 du 9 juin 1948, D. 1948.184 et 218 (publiques), L. n° 49-420 du 25 mars 1949, D. 1949.203, rect. 258 (privées) ; la révision des loyers : l'art. L. 145-33 et L. 145-34 du code de commerce introduit par le décret n° 53-960 du 30 septembre 1953.(D. 1953.393, rect. 440 et 525.

⁸² STS, 14 décembre 1940, RJ 1940, 1135 : « (...)Que la teoría jurídica, tan equitativa como necesitada de aplicación cautelosa, que supone implícita en los contratos la cláusula rebus sic stantibus...no está admitida hasta el presente como norma general y bien perfilada en el Derecho español, siquiera puedan registrarse en el Código mismo y en la legislación del nuevo Estado, con relación a determinados casos, algunos atisbos y aplicaciones aisladas de ella ; y aun cuando cupiera tenerla en principio por admisible y eficaz, carecería de base suficiente en el caso actual (...) »

ces postulats n'ont toujours pas été réalisés⁸³. Le discours des auteurs d'après guerre ne s'éloignait pas beaucoup des idées déjà exprimées par Ripert et Planiol. Ainsi, c'était la nécessité de prendre en compte la règle morale qui justifiait l'imprévision⁸⁴. Comme dans les propositions de la doctrine française, les juristes espagnols préconisaient la possibilité de déduire l'imprévision des éléments déjà existants dans le code, tels que la bonne foi, la cause, l'enrichissement sans cause...En résumé, étaient concernés tous les éléments du code de portée suffisamment large qui exprimaient la notion générale de la justice, dans laquelle se trouvait le fondement de la théorie de l'imprévision. Et ce n'est pas par hasard si le Tribunal Suprême, dans la sentence de 17 mai 1957 par laquelle l'imprévision a finalement été reconnue, justifie son introduction par le besoin d'« humaniser le jugement » en réduisant le formalisme juridique⁸⁵. Curieusement, la jurisprudence espagnole n'a pas fait un grand effort pour donner une justification légale à cette grande nouveauté dans le droit des obligations. Malgré le fait qu'à l'époque, plusieurs théories en matière d'imprévision avaient été élaborées, la jurisprudence espagnole s'est appuyée sur l'ancien concept médiéval qui préconisait l'existence d'une clause tacite, dont la cohérence laisse à désirer⁸⁶. Même si, dans les années suivantes, les tribunaux espagnols ont fait référence à d'autres doctrines, notamment à la doctrine italienne d'*eccessiva onerosità* (STS, 23 avril 1991, RJ 1991, 3023) et à la doctrine allemande du *Geschäftsgrundlage* (STS 15 mars 1994, RJ 1994, 1784), la plupart des sentences se référaient toujours à l'existence de la clause *rebus sic stantibus*. Et bien que l'imprévision soit présente en droit espagnol depuis plus de 50 ans, on ne trouve pas une solution ou une doctrine « espagnole » de cette théorie. Les conditions de l'applicabilité de l'imprévision s'inspirent donc largement de *ius commune* et se présentent ainsi :

1. Seuls les contrats à exécution successive peuvent faire l'objet de la révision pour l'imprévision. Les contrats instantanés ne peuvent en bénéficier que si leur exécution a été différée dans le temps.
2. Une altération du fondement contractuel doit survenir. Celle-ci a lieu quand la relation

⁸³ Candil F., *op.cit.*, p. 143.

⁸⁴ Cf., Terraza Martorell J., *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución: Teoría de la cláusula rebus sic stantibus*, Bosch casa editorial, Barcelone, 1951, ;Candil F., précité.

⁸⁵ STS, 17 mai 1957, RJ 1957, 2164.

⁸⁶ Voir, Introduction Sec.2.A.

d'équivalence des prestations se détruit, ou bien quand le but commun de l'accord devient inabordable.

3. La disparition du fondement contractuel doit être considérée comme extraordinaire et imprévisible au moment de la célébration du contrat. La théorie ne peut pas être appliquée quand le risque constitue l'élément du contrat ou quand l'altération survenue forme partie du risque assumé par l'une des parties du contrat en question.
4. L'altération survenue suite aux circonstances ne peut pas être attribuée aux parties du contrat⁸⁷.

Ce manque d'une approche moderne vis-à-vis de l'imprévision s'explique peut-être par le fait que, malgré la reconnaissance jurisprudentielle, les tribunaux espagnols sont restés prudents à son égard. Bien qu'on trouve beaucoup de sentences qui s'y réfèrent *obiter dictum*, très peu l'admettent dans *ratio decidendi*⁸⁸. Il s'agit en effet, en citant les propres mots du Tribunal Suprême, « d'une théorie dangereuse qui devrait être appliquée avec précaution »⁸⁹. Les juristes espagnols suivent ce conseil du Tribunal Suprême de manière exemplaire, même si l'art. 1213 du projet de réforme du droit des obligations de 2009 semble apporter un regard nouveau sur la théorie de l'imprévision en droit espagnol⁹⁰.

Le débat français relatif à l'imprévision est beaucoup plus controversé. À l'occasion de la présentation de la théorie de l'imprévision telle qu'élaborée par Planiol et Ripert, nous avons mentionné que, jusqu'au fameux arrêt de *Canal de Craponne*, la jurisprudence française accordait parfois la révision pour imprévision⁹¹. Il est vrai qu'après cet arrêt, cette pratique a prit fin. D'autant plus que la Cour de Cassation n'hésita pas à confirmer à plusieurs reprises l'énoncé de la décision de 1876⁹², malgré la popularité des opinions de Ripert et Planiol. Curieusement, au moment où la Cour de Cassation rejette fermement toute possibilité de révision pour l'imprévision, le

⁸⁷ Cité après Martínez Velencoso L.M., La doctrina de la cláusula « rebus sic stantibus » en la jurisprudencia española, *op.cit.*, p. 370.

⁸⁸ Cf., Martínez Velencoso L.M., La doctrina de la cláusula « rebus sic stantibus » en la jurisprudencia española, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 11, 2003, p. 370.

⁸⁹ STS, 17 mai 1957, précité : « Que es una cláusula peligrosa y , en su caso, debe admitirse cautelosamente (...) »

⁹⁰ Voir Annexe A ; voir aussi Salvador Coderch P., Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, *Indret*, 4, 2009, consulté le 21 février 2013, URL : http://www.indret.com/pdf/687_es.pdf

⁹¹ Voir notes 34,35.

⁹² Cass. civ. 4 août 1915, DP 1916.1.22, Cass. civ. 6 juin 1921, S. 1921.1.193, Cass. civ. 15 nov. 1933, Gaz. Pal. 1934.1.68 et autres.

Conseil d'État l'admet, mais les raisons pour lesquelles la juridiction administrative accepte de réviser les contrats se distinguent nettement de celles qui servent de fondement pour l'imprévision en droit civil.

Dans la note située au pied du fameux arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Hauriou explique que la différence fondamentale entre le droit administratif et le droit civil se trouve dans l'ampleur du risque imprévisible pris en compte lors de la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle⁹³. Si le droit civil exige que les cocontractants prévoient toutes les circonstances pouvant survenir après la conclusion du contrat, le droit administratif ne peut pas exiger que les parties pensent aux circonstances qui dépassent « les éventualités habituelles », ce qui laisse une marge pour l'imprévision. Cette limitation des risques supportés par les cocontractants de l'Administration se justifie par la spécificité des conséquences de l'inexécution de ces contrats. Dans l'affaire précitée, la compagnie d'éclairage demandait que la ville de Bordeaux prenne en charge le surcoût résultant de l'augmentation considérable du prix du charbon suite à la guerre. A défaut du versement d'une indemnité à la compagnie d'éclairage, la ville de Bordeaux risquait de perdre le cocontractant et de ne pas en trouver un autre. Par la suite, elle ne pourrait pas pendant un certain temps assurer le service public. Or, celui-ci était le seul but du contrat conclu entre la ville de Bordeaux et la compagnie d'éclairage. Il n'était donc pas tout à fait question de rétablir l'équilibre contractuel du contrat de livraison d'électricité, il s'agissait plutôt de la continuité du service public⁹⁴. Les remèdes ne visaient donc pas à préserver le contrat pour le bénéfice des parties. L'imprévision dans cette optique est davantage « un mécanisme compensateur »⁹⁵ ou « une rémunération spéciale »⁹⁶ dont profitent avant tout les administrés. Au final donc les cocontractants de l'Administration n'en ont tiré le bénéfice que par l'effet de ricochet. C'est donc la nécessité d'assurer la bonne marche des services publics et l'idée de garantie qui a déterminé l'introduction de l'imprévision au sein du droit administratif français⁹⁷.

⁹³ Arrêt précité.

⁹⁴ Voir, Dufau V., *Les Sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif: l'administration sous la contrainte*, L'Hartmann, Paris, 2000.

⁹⁵ Note Hauriou, *op.cit.*

⁹⁶ Dufau V., *op.cit.*, p. 308.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 309.

Même si l'imprévision en droit administratif est devenu largement reconnue, le droit civil est resté pendant longtemps imperméable aux concepts de la doctrine administrative. Ce n'est qu'à partir des années 1990. que le débat doctrinal et la réflexion jurisprudentielle a semblé revenir petit à petit vers l'ancienne jurisprudence de *Canal de Craponne*. Mais il ne sera pas tout à fait question de reconnaître la théorie de Planiol et Ripert. La jurisprudence se tournera plutôt vers les solutions élaborées par le droit international.

La première sentence qui rouvrit le débat sur l'imprévision en droit civil français fut celle de la Chambre Commerciale du 3 novembre 1992 (*Société française des pétroles BP c/ Michel Huard*)⁹⁸. Il était question d'un contrat d'approvisionnement exclusif de pétrole conclu par un distributeur en 1970. En 1982 les pouvoirs publics décidèrent de libérer les prix de vente en détail et d'autoriser les distributeurs à consentir à des rabais. Aussitôt, une guerre des prix commença. M. Huard, contraint par les dispositions de son contrat avec la Société BP, ne put pas la supporter. En rejetant la proposition de devenir le mandataire de la Société BP, M. Huard s'est vite vu ruiné. Il assignera donc son cocontractant au motif du non respect du principe d'exécution en bonne foi, exprimé par l'art. 1134 al.3, et la Chambre Commerciale lui donna raison. D'après celle-ci, la Société BP «en privant M. Huard des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, [la société BP] n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi ». En outre, le refus de renégocier le contrat à la survenance des circonstances imprévisibles qui altèrent l'équilibre contractuel de manière considérable, constitue un manquement à la bonne foi et donne droit à des dommages-intérêts. Bien évidemment, il y avait des circonstances très particulières d'exécution de ce contrat. M. Huard a dû faire des dépenses considérables pour adapter sa station-service aux exigences de BP, le contrat étant en vie depuis plus de 15 ans... Certains juristes se sont méfiés de la portée de cet arrêt. Ils proposaient de qualifier cette obligation de renégociation comme une faute contractuelle⁹⁹. En effet, l'obligation de renégocier ne serait donc rien de plus qu'une « sanction » pour le cocontractant malveillant qui ne voulait pas aider son partenaire en difficulté à cause de lui¹⁰⁰. Pour

⁹⁸ Arrêt *Huard* précité.

⁹⁹ Cf., Flour J., Aubert J.-L. et Savaux E., *Les obligations*, T : I, L'acte juridique, Armand Colin, 10^e éd., 2000, n° 405, p. 307.

¹⁰⁰ Mazeaud D., Du nouveau sur l'obligation de renégocier, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1754, 8.

les autres, l'arrêt *Huard* a ouvert la voie d'imprévision¹⁰¹. L'arrêt *Chevassus-Marche* de 1999 et encore plus l'arrêt *Les repas parisiens* de 2004 (arrêts précités) trancheront ce débat en faveur de l'imprévision. Dans ce dernier arrêt, il était question d'une rupture abusive d'un contrat conclu entre la société gestionnaire d'un restaurant à caractère social et une association qui lui sous-louait le local. Le motif de la rupture étaient les prix que la société de restauration était censée pratiquer et qui se sont avérés trop bas pour assurer la rentabilité. La 1^{ère} Chambre Civile rejeta le pourvoi en qualifiant les fait comme lésion, *obiter dictum*, elle admit l'existence de l'obligation de renégociation¹⁰².

Mais l'obligation de renégociation n'est pas le seul point par lequel la jurisprudence française se rapproche à l'acceptation de l'imprévision. Dans un autre arrêt, la CA de Nancy¹⁰³ a contraint les parties, avant de dire le droit, à reprendre les négociations qui portaient sur le partage du profit de la vente d'un excédent de quotas d'émission de gaz à effet de serre suite au changement du système des quotas. Plus loin est allé l'arrêt de la Chambre Commerciale de 29 juin 2010¹⁰⁴ qui procède à la résolution du contrat au motif de l'imprévision, en s'appuyant sur la cause. Pourtant, il n'a pas été publié au bulletin et pour l'instant il n'a pas été confirmé dans d'autres arrêts. Néanmoins, la doctrine française semble ne pas accepter cette solution de la Cour de Cassation¹⁰⁵. La portée de ces arrêts est donc difficile à juger. Certains auteurs y voient une politique « à petits pas » dans laquelle la Cour de Cassation s'est engagée dans le but de reconnaître peu à peu l'imprévision¹⁰⁶. D'autres pensent que la Cour n'ira pas plus loin, puisque la reconnaissance jurisprudentielle d'une mesure aussi controversée et contraire à l'esprit du code civil n'est plus une interprétation du droit, mais sa création¹⁰⁷. Cependant, nous constatons que ce jeu de cache-cache entre

¹⁰¹ Cf., Mestre J., Une bonne foi franchement conquérante ... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat !, *RTD Civ.*, 1993, p. 128 : « (...) en admettant que le refus de renégocier les prix, librement fixés au moment de la conclusion du contrat, par l'un des cocontractants constitue un manquement à la bonne foi(...) »

¹⁰² Arrêt précité : « et non le refus injustifié de la commune et de l'AJFT de prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques et ainsi de renégocier les modalités du sous-traité au mépris de leur obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi ».

¹⁰³ CA Nancy, 2^{ème} Ch. Comm., 26 septembre 2007, n° 2073/07, D. 2010, 2481.

¹⁰⁴ Cass. Com. 29 juin 2010, n°09-67.369.

¹⁰⁵ Voir, Genicon T., Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance?, *Recueil Dalloz*, 2010, 2485 et suiv.

¹⁰⁶ Voir, Choné A.-S., Vers la consécration de la théorie de l'imprévision ? La Cour de cassation engagée dans une politique des petits pas, *Petites affiches*, 256,2010, p.7, PA n° 201025604.

¹⁰⁷ Voir, Savaux E., L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport

les tribunaux et la doctrine française continue avec des résultats bien douteux pour la sécurité juridique et pour l'apprentissage du droit civil. L'action du législateur serait donc souhaitable voire nécessaire si au moins les rédacteurs des projets de réforme du droit des contrats pouvaient se mettre d'accord pour déterminer la solution que le droit français doit adopter¹⁰⁸.

B. La normalisation législative.

Des trois systèmes juridiques analysés dans le présent mémoire, seul le droit polonais s'est décidé à codifier l'imprévision. La codification polonaise est d'autant plus intéressante que l'introduction de l'art. 357¹ au KC en 1990 n'était pas la première introduction de la notion de l'imprévision au sein du droit polonais. Le Code des obligations polonais de 1933 stipulait déjà dans son art. 269 que :

Si à cause des circonstances exceptionnelles telles que : guerres, épidémies, mauvaise récolte ou autres catastrophes élémentaires, la prestation entraînait des difficultés excessives ou menaçait une partie d'une perte exorbitante, ce que les parties n'avaient pas pu prévoir au moment de la conclusion du contrat, le tribunal peut, s'il le croit nécessaire au regard des règles de bonne foi, ayant examiné les intérêts de deux parties, déterminer la façon d'exécution, la hauteur de la prestation ou même dissoudre le contrat.¹⁰⁹

L'introduction de l'imprévision dans un code des années 1930. fut sans doute un mouvement étonnant. Pourtant, contrairement aux hésitations des doctrines française et espagnole, la doctrine polonaise n'y voyait pas de danger. Au contraire, l'argument crucial en faveur de l'imprévision codifiée fut celui de la sécurité des transactions. D'après R. Longchamps de Bériar :

(...)Une norme claire qui détermine les conditions et contient les indications pour rendre la décision juridique, est plus avantageuse pour la sécurité des transactions que l'absence de règle qui

français, *Revue des contrats*, 3, 2010, p. 1057, RDCO2010-3-049, n° II B.

¹⁰⁸ Sur les projets de réforme du droit des contrats et les articles relatifs à l'imprévision voir chapitre III.

¹⁰⁹ Pour la version polonaise voir Annexe C.

offre un vide juridique à remplir par différentes théories qui mènent à des solutions contradictoires(...) ¹¹⁰

L'argument de Longchamps de Bérier semble difficile à contester. En effet, la stabilité des conventions est un élément indispensable pour le développement des relations économiques, et on ne peut pas douter du fait que l'imprévision menace cette stabilité par principe puisqu'elle permet de changer ultérieurement les stipulations d'un contrat et même de le dissoudre. Mais, il est absurde d'affirmer que le seul but d'un droit civil codifié est celui d'assurer la sécurité des transactions. Ce droit a avant tout pour vocation d'assurer la justice, et comme a remarqué Ripert, la règle morale ne se détache pas des obligations contractuelles. Si on regarde la pratique des tribunaux français, espagnols, polonais ou autres, on peut constater que les juges, face à une situation de déséquilibre ou d'injustice manifeste, vont toujours chercher à y remédier au moyen d'un instrument juridique. Et c'est cette pratique qui, d'après R. Longchamps de Bérier, rédacteur en chef du code des obligations de 1933, génère plus d'insécurité que l'imprévision. Dans les motifs législatifs relatifs au futur article 269 KZ, nous lisons que son introduction avait avant tout pour but de « légaliser » la pratique des tribunaux qui face aux bouleversements économiques et sociaux après la 1^{ère} GM et la Grande Dépression des années 1930., essayaient de réinstaurer par tous les moyens possibles l'équilibre dans les contrats bouleversés¹¹¹. Si nous ajoutons à cela les difficultés interprétatives que posent les différentes théories en matière d'imprévision, leur opacité, leur ambiguïté et les difficultés de compréhension qu'elles peuvent poser à un étudiant en droit, nous voyons bien que la codification sert autant à la sécurité des transactions qu'à la clarté du droit. Longchamps de Bérier n'était pas le seul à partager cet avis¹¹².

L'utilité de la clause d'imprévision au sein du code a été très vite testée. La 2^{ème} GM, aux conséquences tragiques pour la Pologne, et l'arrivée au pouvoir des communistes ont eu pour effet la déstabilisation totale de l'économie du pays. Le

¹¹⁰ Voir, Longchamps de Bérier R., *Zobowiązania*, Éd. 2, Lviv, 1939, éd. anastatique, Ars boni et aequi, Poznań, 1999., p. 407.

¹¹¹ Motifs législatifs à l'art. 195 du projet de la partie générale, cités par Korzonek J., Rosenblüth J., *Kodeks zobowiązań, przepisy wprowadzające, wyciągi z motywów ustawodawczych, ustawy dodatkowe*, Księgarnia Powszechna, Cracovie, 1934, p. 584-585.

¹¹² Voir p.ex., Namitkiewicz J., *Kodeks zobowiązań, komentarz dla praktyki*, T : 1, Kolumna, Łódź, 1949, p. 441,

déséquilibre des prestations des contrats conclus avant et pendant la guerre était un phénomène massif. Ce n'est donc guère étonnant que la jurisprudence, durant cette période, fut très abondante. Les arrêts concernant la dévaluation monétaire¹¹³, surtout, étaient très nombreux. L'art. 269 KZ s'est donc avéré un *vademecum* indispensable pour les juges polonais et si ça n'avait pas été pour des motifs idéologiques, la clause d'imprévision n'aurait jamais été supprimée du droit polonais¹¹⁴.

Le nouvel État communiste avait une vision différente de l'économie. L'économie socialiste, centralisée et planifiée, devait être prévisible contrairement à l'économie capitaliste, qui était considérée comme étant soumise au jeu du marché et aux intrigues des « méchants bourgeois ». L'insertion d'une clause d'imprévision était donc inutile, puisque désormais, aucun bouleversement n'était censé arriver. Pourtant, les juristes polonais étaient tellement en faveur de la clause d'imprévision que cette dernière n'avait été supprimé par vote qu'à une voix près¹¹⁵.

La certitude que la notion d'imprévision était inutile dans l'économie socialiste s'est très vite avérée fausse, si bien qu'avant même la chute du bloc de l'est, certains codes socialistes l'ont réintroduit. Dans la pratique également, les tribunaux polonais n'écartaient pas complètement la possibilité de révision pour imprévision. En s'appuyant sur la théorie allemande de l'impossibilité économique de prestation déduite à partir de l'art. 475§ 1 KC qui traitait en général de l'impossibilité de prestation¹¹⁶, les tribunaux polonais ont admis la résolution des contrats qui étaient devenus déséquilibrés à cause de l'imprévision. Il s'agissait bien évidemment d'une solution par défaut et les postulats de réintroduction de la clause *rebus sic stantibus* au sein du code civil étaient très nombreux. En plus, la théorie de l'impossibilité économique ne résolvait pas tous les problèmes de l'imprévision, et les solutions auxquelles on aboutissait n'étaient pas tout à fait satisfaisantes pour les juristes polonais. L'objet de la critique était notamment l'impossibilité de réviser les stipulations contractuelles, ce que les juges français et espagnol n'oseraient pas forcément revendiquer. S'appuyant sur l'art. 475 KC et sur les règles de convivialité

¹¹³ P.ex. : SN, 3 décembre 1945, C II 990/45 ; SN, 9 décembre 1945, C II 849/45, SN, 15 mai 1946, C II 578/45, SN, 31 décembre 1947, C II 1277/47 et autres.

¹¹⁴ Voir, Gawlik Z., W sprawie klauzuli rebus sic stantibus w kodeksie cywilnym, *PiP*, 3, 1990, p. 79.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ Voir, Lewaszkiwicz-Petrykowska B., *Niemożliwość świadczenia następcza*, dans : *Studia Prawno-Ekonomiczne*, T : 4, Łódź, 1970, p. 78.

sociale (pl. *zasady współżycia społecznego*) exprimées dans l'art.353¹ KC, le juge pouvait soit déclarer la nullité du contrat soit l'épargner. Ce manque de souplesse, conjugué à une interprétation excessive de l'art 475 KC, constituait pour la doctrine polonaise une pratique dangereuse et contraire à la lettre et à l'esprit, beaucoup plus socialiste, du code polonais. Finalement la clause fut réintroduite en 1990, par l'une des premières lois portant sur la réforme du code civil après la Table Ronde¹¹⁷. La version actuelle de l'art. 357¹ se présente ainsi :

Si pour cause de changement imprévisible des circonstances, l'exécution de l'obligation exposait l'une des parties à des difficultés excessives ou la menaçait d'une perte exorbitante, ce que les parties n'avaient pas pu prévoir au moment de la conclusion du contrat, la cour peut, après avoir considéré les intérêts des parties, en accord avec les règles de cohabitation sociale, déterminer la façon d'exécution de l'obligation, le montant de la prestation ou même déclarer la dissolution du contrat. En résiliant le contrat, la cour peut, se guidant par les règles énoncées dans la phrase précédente, selon le besoin, juger sur les compensations entre les parties. ¹¹⁸

Tout d'abord il faut remarquer que l'art. 357¹ KC n'a pas pour but de libérer la partie concernée d'exécuter le contrat conformément à ses dispositions. Son objectif est plutôt de redéfinir le contenu dudit contrat. La doctrine polonaise soulève souvent son caractère exceptionnel. C'est une « sortie de secours »¹¹⁹, une exception pour contrebalancer les restrictions posées par la règle *pacta sunt servanda*. Certains auteurs vont encore plus loin en admettant que le rôle de l'art. 357¹ est de compléter la règle *pacta sunt servanda*, afin de déterminer la vraie volonté des parties. Puisque le contrat est toujours conclu dans certaines circonstances, si celles-ci changent, le contrat devrait s'adapter conformément à la volonté des parties¹²⁰.

Outre son caractère exceptionnel, l'art.357¹ a aussi un caractère subjectif. Chaque partie du contrat a le droit de demander sa révision. Ce droit expire au moment de l'exécution du contrat. Étant donné son caractère subjectif, les droits qui

¹¹⁷ Loi précitée.

¹¹⁸ Pour la version polonaise voir Annexe C.

¹¹⁹ Rzetecka-Gil A., *Komentarz do art. 357¹ kodeksu cywilnego*, dans : *Kodeks cywilny, Komentarz, Zobowiązania - część ogólna*, LEX/el., 2011, n° 117155, p. 3.

¹²⁰ *Ibid.* ; Il existe encore une troisième interprétation de l'art 357¹ au vu de laquelle, ledit article est « une circonstance atténuante » la rigueur de la *pacta sunt servanda* ; voir aussi Radwański Z., Olejniczak A., *Zobowiązania - część ogólna*, éd. 9, C.H.Beck, Varsovie, 2010, p.233.

en découlent ne peuvent pas faire l'objet d'une prescription. Ils doivent être invoqués par le biais d'une action en justice ou par une demande reconventionnelle¹²¹, mais ils ne peuvent aucunement être pris en compte directement ni en tant qu'un grief¹²². Si le juge ne peut réviser le contrat qu'à la suite d'une demande d'une ou des parties, il n'est pas lié par cette demande. Il peut donc librement réviser ou résilier le contrat¹²³ ou bien rejeter la demande et confirmer le contrat. Ajoutons encore que l'art.357¹ est un *ius dispositivum*, c'est-à-dire que les parties peuvent y déroger ou le modifier par stipulations contractuelles.

La réforme en matière d'imprévision survenue en 1990 ne portait pas seulement sur l'introduction de l'art. 357¹. À côté de la « grande » clause *rebus sic stantibus*, le législateur polonais s'est décidé d'introduire également une « petite » clause *rebus sic stantibus*, exprimée dans l'art. art. 358¹ § 3 et 4¹²⁴. Celle-ci règle séparément la question de la valorisation. On pourrait supposer que la règle de l'art. 358¹ KC constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 357¹, donc qu'elle exclut l'applicabilité de l'art. 357¹. Or, ceci n'est pas tout à fait vrai¹²⁵. Tout d'abord, il faut remarquer que l'art. 358¹ concerne seulement la valorisation des obligations pécuniaires *sensu stricto*. Donc, l'art. 357¹ peut toujours être appliqué pour valoriser une prestation qui ne revêt pas ce caractère dès le début. Tel sera le cas notamment d'une indemnité ou du remboursement dans le cadre de l'enrichissement sans cause. En plus, le champ d'application de l'art. 358¹ KC est restreint aux situations de changement significatif de la valeur de la monnaie d'échange. Donc, comme l'a confirmé la jurisprudence¹²⁶, l'art. 357¹ ne peut être appliqué que quand l'obligation est à la fois une obligation pécuniaire *sensu stricto* et qu'elle est due au changement de la valeur de la monnaie d'échange. Par conséquent, les deux règles se complètent plutôt qu'elles ne s'excluent mutuellement.

Comme nous l'avons vu, l'imprévision en droit polonais est un instrument juridique bien enraciné. Même à l'époque où elle est disparue des textes législatifs, les

¹²¹ Arrêté SN de 27 mars 2001, III CZP 54/00, OSNC 2001, n° 10.145

¹²² SN, 13 janvier, 2000, II CKN 644/98 LEX n° 51053. ; SN 6 octobre 2004, I CK 156/04LEX n° 52481.

¹²³ SN, 14 janvier 2009, IV CSK, 385/06, inéd.

¹²⁴ Voir Annexe C.

¹²⁵ Voir., Stykowski P., Szlacheta E., Klauzule *rebus sic stantibus* w Kodeksie cywilnym jako podstawa wzruszenia umów opcji walutowych, *Monitor Prawniczy*, 18, 2009, p. 990.

¹²⁶ SN, 26 nov. 1992, III CZP 144/92, OSP II/1993, n° 215; SA Warszawa, 11 mars 2004, I ACa 1181/2003, „Wokanda”, 7-8, 2005, p. 75.

juristes polonais n'excluaient pas toute possibilité de révision pour l'imprévision. Ceci est sans doute le fruit de l'histoire. La rédaction du premier code polonais en matière civile est survenue au moment des grands bouleversements économiques et sociaux. Mais il semble que ce rattachement à l'imprévision codifiée par les juristes polonais résulte aussi de la spécificité de la culture juridique polonaise, dans laquelle la place du juge civil est différente de celle qu'il occupe en France ou en Espagne. Si à cela nous rajoutons l'attachement des juristes polonais au positivisme juridique, l'estime dont jouit l'art. 357¹ KC est tout à fait compréhensible.

2.L'imprévision dans les stipulations contractuelles.

Le monde des affaires a contraint les parties des contrats internationaux à prendre en compte le changement imprévisible des circonstances. L'économie, qui encore au XIX^{ème} siècle était stable et prévisible, est devenue au fur et à mesure du progrès de la mondialisation beaucoup plus instable et imprévisible. À ce jour, les conséquences d'une crise économique, où qu'elle se produise initialement, peuvent être ressenties à l'autre bout du monde, comme le prouve bien l'expérience de la dernière crise financière. La dimension « sinusoïdale » de l'économie libre de marché et les périodes de baisse sont des phénomènes inévitables. « Il faut se réconcilier avec l'inflation » affirmait déjà en 1989 le professeur Stelmachowski¹²⁷. En effet, les années à suivre correspondent à la période de plus grande inflation que la Pologne ait jamais vécue. La fragilité de l'économie mondiale et le nombre grandissant des acteurs qui y prennent part demandent donc un encadrement juridique approprié. D'autant plus que l'imprévision n'est pas un instrument juridique reconnu par tous les droits nationaux. Par conséquent, les parties d'un contrat international risquent de ne pas pouvoir bénéficier des avantages de la révision de leur contrat, s'il s'avère que le droit applicable ne prévoit pas une telle possibilité. C'est pourquoi le plus souvent, les parties d'un contrat international ont recours à une clause qui règle les conséquences de l'imprévisible. Celle-ci est connue sous le nom d'une clause d'adaptation.

Cette pratique internationale s'est forgée indépendamment de la

¹²⁷ Stelmachowski A., *Polityka*, 26, 1 juillet 1989.

reconnaissance de l'imprévision par les systèmes juridiques¹²⁸. Son succès est dû principalement au fait qu'elle offre aux parties du contrat la stabilité et la sécurité dont elles ont besoin. Les contrats internationaux sont souvent des contrats à long terme et à exécution successive. C'est la raison pour laquelle ils sont tellement exposés à l'influence des circonstances imprévisibles. En plus, il est rare qu'un contrat international ne soit pas lié à d'autres contrats, souvent établis entre les mêmes parties, étant donné que la relation contractuelle encadre classiquement une relation économique, très complexe et embrouillée. Par conséquent, l'échec de la relation contractuelle risque de détourner complètement la relation économique, très souvent avec des conséquences catastrophiques pour les entreprises cocontractantes. Et c'est grâce à la clause d'adaptation qu'une relation commerciale peut être sauvée. En outre, un contrat convention-loi, tel que conçu par les codes du XIX^{ème} siècle, ne répond plus aux besoins du monde actuel, suite aux grands changements économiques, sociaux et politiques¹²⁹.

Mais il serait réducteur de parler d'un seul type de clause d'adaptation. Dans la pratique, plusieurs variantes de clauses d'adaptation peuvent être insérées au contrat. Les plus connues sont les clauses de hardship et les clauses de valorisation. Si le principe de l'autonomie de volonté laisse, a priori, aux contractants la liberté de former leur relation contractuelle à leur guise, d'autres directives du système juridique peuvent néanmoins la restreindre. Tel est parfois le cas de certaines clauses d'adaptation que nous allons analyser ci-dessous.

A. Les clauses de hardship.

La clause de hardship est une clause d'adaptation du contrat qui prévoit une possibilité de révision des stipulations contractuelles lorsque l'équilibre de celui-ci a été déstabilisé par la survenance de circonstances imprévisibles. Cette définition est assez générale, pourtant la rédaction des clauses de hardship est loin d'être homogène. Certainement, on pourrait consacrer un mémoire entier à l'analyse des différents types

¹²⁸ Rajski J., Klauzule hardship w kontraktach zawieranych w międzynarodowym obrocie gospodarczym, *PPH*, mars, 1999, p. 1.

¹²⁹ *Ibid.*, p.5.

de clauses de hardship. Pour les besoins du présent travail, nous allons nous limiter à la présentation de leur structure et à leur place dans les systèmes juridiques et dans la pratique contractuelle internationale.

En général, une clause de hardship se compose de deux parties. Dans la première partie, elle énonce ses conditions d'application. Autrement dit, elle définit la notion de hardship. Ceci peut être fait soit de façon générale (on se réfère seulement à un changement imprévisible des circonstances) ou bien plus précisément. Les parties peuvent notamment donner des exemples des circonstances qui seront considérées comme hardship, comme par exemple le changement de la législation, les grèves, l'augmentation du prix des matières premières, etc. Mais, la seule détermination des circonstances imprévisibles ne suffit pas pour que la clause de hardship soit mise en vigueur. Il faut encore que les circonstances en question déstabilisent l'équilibre contractuel. C'est surtout l'appréciation de ce déséquilibre qui pose le plus de difficultés. Parfois, les clauses essaient de rétrécir la notion de déséquilibre, par exemple en indiquant qu'il doit être substantiel ou fondamental. Souvent, elles vont encore plus loin en se référant à la bonne foi et à l'équité selon lesquelles il serait injuste de faire peser les conséquences de l'imprévision sur l'un des cocontractants. Mais quelle que soit la technique de rédaction, la solution la plus simple pour sortir de cette impasse est celle qui consiste à céder l'appréciation des faits à un tiers¹³⁰. En tout cas, c'est toujours à la partie qui se prévaut du hardship qu'il appartient de prouver son existence. Ceci est d'autant plus simple et incontestable si la discordance sur l'application de la clause de hardship est arbitrée par une personne extérieure au contrat, surtout au regard de ses effets que l'on définit ci-après.

La régulation des effets de la survenance du hardship se divise elle aussi en deux phases. Tout d'abord, les parties se voient soumises à l'obligation de renégociation en bonne foi, en respectant l'obligation de loyauté. Très souvent, la seule renégociation suffit pour remédier à un contrat déséquilibré. Son succès n'est pas seulement dû au fait que les parties qui avaient signé le contrat sont dans une meilleure position pour pouvoir y porter remède. Ce qui force les parties à renégocier et à arriver à un consensus est surtout leur crainte d'arriver à la caducité du contrat¹³¹. En effet, à l'échec des négociations deux solutions peuvent être envisagées. Soit le

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Rajski J., *Klauzule hardship...*, *op.cit.*, p. 4.

contrat est soumis à la révision judiciaire ou arbitrale dont l'étendue n'est jamais certaine. Soit il trouve sa fin et tout le projet économique se voit annihilé. C'est la crainte de cette dissolution immédiate qui incite fortement les parties à chercher la solution la plus convenable pour tous, et la plupart des litiges s'arrête d'ailleurs à ce moment¹³².

La popularité des clauses de hardship dans les contrats internationaux a fait que les rédacteurs des Principes d'Unidroit, en 1994 déjà, ont inclus la problématique de hardship dans leur projet. Celle-ci fut répétée dans les Principes de 2004 et ceux de 2010. Les Principes lui consacrent notamment trois articles l'art. 6.2.1., l'art. 6.2.2. et 6.2.3 que nous allons analyser plus précisément dans les chapitres suivants. Quant aux droits nationaux analysés dans le présent mémoire, on ne peut que constater que la validité d'une clause de hardship ne pose pas de problèmes. L'insertion d'une clause de hardship à un contrat découle justement du principe de l'autonomie de volonté.

Or, si les clauses de hardship sont un élément quasiment indispensable dans les contrats internationaux et que leur validité n'est pas contestable, les pratiques contractuelles au sein des trois cultures juridiques considérées ici diffèrent considérablement. Les auteurs polonais, qui ont introduit les articles relatifs à l'imprévision dans l'ordre juridique polonais, ont bien remarqué que si l'imprévision judiciaire est un élément enraciné dans la culture juridique polonaise, les clauses de hardship sont étrangères à la pratique contractuelle polonaise¹³³. C'est pourquoi, il était d'autant plus urgent de donner un moyen juridique aux juges, submergés à l'époque par de nombreuses demandes de révision de contrats. Et puis, il ne faut pas oublier que le code polonais, socialiste dans ses principes, diffère beaucoup des codes français et espagnol qui sont en quelque sorte les échos du libéralisme. En plus, la France et l'Espagne, contrairement à la Pologne, prennent part à la mondialisation et à l'économie du marché depuis bien plus longtemps. C'est pourquoi leurs pratiques contractuelles ont pu s'adapter aux standards et aux problèmes que rencontrent les contrats commerciaux, tandis qu'en Pologne, ce n'est que maintenant que les juristes s'aperçoivent de l'utilité d'une clause de hardship au sein des contrats¹³⁴.

¹³² *Ibid.*

¹³³ Czachórski W. réd., *Zobowiązania, zarys wykładu*, Éd. 11, Lexisnexis, Varsovie, 2009, p. 320.

¹³⁴ Rajski J., *Z problematyki funkcjonowania zasady pacta sunt servanda i klauzuli rebus sic stantibus we współczesnym klimacie gospodarczym*, *PPH*, 3, 2010, p. 5.

B. Le nominalisme et les clauses de valorisation.

Le nominalisme monétaire et la valorisation sont deux principes opposés. Le premier suppose que le paiement de la dette est fait par le versement de la somme correspondante à la valeur nominale de la monnaie. Celle-ci est déterminée par les règles de la politique monétaire de l'État qui l'a émise. Par conséquent, le débiteur est libéré dès lors qu'il paie la somme stipulée dans l'obligation, quelle que soit sa valeur réelle. Le principe de valorisation prévoit exactement le contraire. Il s'agit de rééquilibrer la valeur des prestations monétaires, suite à la baisse de la force acquisitive de la monnaie. Dans la plupart des ordres juridiques mondiaux, y compris les ordres juridiques analysés, le nominalisme reste le principe de base. Néanmoins, il est atténué par de nombreuses possibilités de valorisation.

Il convient de remarquer que le nominalisme n'est pas forcément une question de droit civil. Il relève avant tout du droit public puisqu'il s'agit d'un élément de la politique monétaire de l'État. Quoiqu'il paraisse inapproprié, le droit civil intervient quand-même en la matière, le principe de nominalisme étant énoncé dans les codes civils polonais (l'art. 358¹ KC), espagnol (l'art. 1.170 C.civ.es.) et français (l'art.1895 C.civ.fr). Même si son utilité est aujourd'hui contestée¹³⁵, le nominalisme est une mesure beaucoup plus simple et beaucoup plus facile à mettre en vigueur pour l'ensemble du système juridique que la valorisation. Ceci est dû au fait qu'il n'y pas de mécanismes suffisamment efficaces qui assureraient l'application automatique de la valorisation. En plus, une valorisation complète et automatique pourrait avoir des conséquences néfastes pour l'économie¹³⁶. C'est pourquoi la valorisation reste une mesure d'exception, permettant de nuancer la rigueur du nominalisme. On peut distinguer trois types de valorisation : légale, judiciaire et contractuelle. Pour les besoins du présent mémoire, nous allons nous concentrer avant tout sur cette dernière qui se manifeste sous la forme de clauses de valorisation insérées dans le contrat.

Les clauses de valorisation constituent un autre type de clause d'adaptation du contrat. Leur portée est beaucoup plus précise que celle des clauses de hardship, puisqu'elles visent à faire évoluer la créance en fonction d'un élément de référence.

¹³⁵ Il faut remarquer que les États possèdent à ce jour d'autres moyens beaucoup plus efficaces pour gérer la politique financière, notamment le contrôle de la politique de crédit, le contrôle des prix, des fluctuations des capitaux etc., voir aussi Czachórski W., *op.cit.*, p. 76.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 77.

Cet élément peut être soit une autre monnaie que celle dans laquelle est exprimée la créance (clauses monétaires), soit une indexation (clauses indexées) sur le prix de certains biens comme l'or, le blé, le pétrole... Les clauses peuvent prévoir que l'élément de référence servira soit comme unité de paiement, soit comme unité de compte. Dans le premier cas, le paiement de la créance s'effectuera dans une monnaie différente (ou dans des biens différents) de la monnaie légale. Dans le deuxième cas, le paiement sera effectué dans la monnaie légale, mais la valeur de la dette sera calculée en fonction de la valeur de cette monnaie par rapport à l'élément de référence. Si ces dernières ne contredisent pas a priori le principe du nominalisme, tel n'est pas forcément le cas des clauses qui prévoient un autre moyen de paiement.

En Pologne, la valorisation fut écartée et strictement interdite tout au long de la période communiste¹³⁷. Après le changement de système, elle a été réintroduite par les dispositions de l'art 358¹ KC, dénommé, comme nous l'avons déjà mentionné ci-dessus, « la petite clause *rebus sic stantibus* ». Ce même article, dans son premier alinéa, exprime également le principe du nominalisme. Remarquons qu'il se réfère non seulement aux obligations pécuniaires dans la monnaie polonaise (le zloty), mais aussi dans toute autre monnaie étrangère. Cette dernière faculté fut introduite par la loi de 2009¹³⁸ qui a modifié l'art. 358 KC¹³⁹. Auparavant, le débiteur d'une obligation exprimée dans une monnaie étrangère était obligé de l'exécuter en versant le montant correspondant en zlotys. Or, cette règle n'était pas tout à fait respectée d'autant moins que la jurisprudence de la Cour Suprême semblait confirmer cette pratique¹⁴⁰. L'art. 358 et l'art. 358¹ KC offrent donc une grande liberté en matière de clauses de valorisation. Elles peuvent être introduites à tous les types de contrats et les parties peuvent choisir librement les éléments de référence. Après la réforme de 2009, il n'y a plus d'obstacles quant à la validité de clauses de valorisation qui désignent une autre

¹³⁷ Le Code des obligations polonais de 1934 exprimait dans son art. 210 le principe de nominalisme. Nonobstant suite à l'inflation et l'instabilité monétaire pendant la 2^{ème} GM et la première décennie après la guerre, les tribunaux admettaient la valorisation *ad aequo et bono* en prenant appui sur l'art. 269 KZ. Cette pratique n'était pas tout à fait nouvelle dans la jurisprudence polonaise puisqu'on trouve également des jugements de valorisation *ad aequo et bono* qui datent d'après la 1^{ère} GM ; voir aussi Namitkiewicz J., *op.cit.*, p. 447 et suiv. ; La valorisation fut cependant interdite suite à la réforme monétaire du nouveau régime communiste, par un décret de 27 juillet 1949, JO 1949, n° 45.332.

¹³⁸ Loi de 23 octobre 2008, JO 2008, n° 228. 1506.

¹³⁹ Voir Annexe C.

¹⁴⁰ Voir notamment : Arrêté SN, 3 octobre 1990, III CZP 48/90, OSNCP 1991, n° 4.46 ; SN, 20 mars 1992, III CZP 14/92, OSNCP 1992, n° 9.161 ; SN, 28 septembre 1993, I CKN 74/93, OSNCP 1994, n° 7-8.162.

unité de paiement que le zloty polonais. Pourtant, si les parties ont désigné la valeur de leur prestation dans une autre monnaie, l'obligation peut être accomplie soit par le versement de la somme due dans cette monnaie, soit de sa valeur en zlotys. Le débiteur peut donc choisir la monnaie de paiement. Une autre atténuation concerne la valorisation judiciaire. Si les parties ont inséré dans le contrat une clause de valorisation, quel que soit sa nature, elles ne peuvent plus bénéficier de la valorisation judiciaire. Outre ce deux remarques, toutes sortes de clauses de valorisation sont donc permises.

La validité de clauses de valorisation en droit français est une question beaucoup plus compliquée. Le C.civ.fr., contrairement au code polonais, ne dispose pas d'un article général qui exprime le principe du nominalisme. Celui-ci découle de la pratique jurisprudentielle qui l'a déduit de l'art. 1895 C.civ.fr., relatif au contrat de prêt. La jurisprudence française est allée très loin dans la consécration de ce principe, en qualifiant l'art. 1895 de *ius cogens*. De cette façon, toute possibilité de valorisation contractuelle fut écartée¹⁴¹. Ce n'est qu'en 1957 avec l'arrêt Guyot¹⁴² que la Cour de cassation a changé le statu de l'art 1895 à celui de *ius dispositivum*. La même année, le législateur français est intervenu. Les deux ordonnances de 1957 et 1958¹⁴³ créent une distinction entre les paiements internes et internationaux. Si ces derniers bénéficient d'un libéralisme considérable, tel n'est pas le cas des paiements internes. Ainsi, pour les paiements internationaux toute clause de valorisation est valable. La monnaie étrangère (ou bien une autre mesure de référence) peut être aussi bien la monnaie de paiement que l'unité de compte pour tout paiement international. Et le caractère international est attribué par la jurisprudence de manière assez souple, puisque toute opération de commerce international est considérée comme étant un paiement international¹⁴⁴. Quant aux paiements internes, le principe est tout à fait contraire. En vertu de l'art. L.-112 du code monétaire et financier, seules les clauses de valorisation

¹⁴¹ Voir, Benilsi S., Mathieu-Izorchen M.L, *Le paiement*, dans : Répertoire de droit civil, Dalloz, 2009, n°167.

¹⁴² Cass. Civ. Ire, 27 juin 1957, Bull. civ. I, no 302, D. 1957. 649, note G. Ripert. Il convient de remarquer qu'au départ la jurisprudence a rejeté toutes les clauses de valorisation (jurisprudence Matter). Ce n'est qu'après qu'une catégorie de celles-ci a été validée. Ainsi, on distinguait les clauses monétaires qui étaient totalement interdites de celles qui tendaient à remédier aux changements économiques, qui étaient valables. L'arrêt Guyot a mis fin à cette distinction.

¹⁴³ L'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958, JO 31 déc., D. 1959. 153, rect. 303, modifiée par l'ordonnance n° 59-246 du 4 février 1959, JO 8 févr., D. 1959. 308, rect. 443.

¹⁴⁴ Benilsi S., Mathieu-Izorchen M.L., *op.cit.*, n° 190.

sont valables lorsque l'indice qu'elles désignent est spécial, c'est-à-dire qu'il reste en relation directe avec l'objet du contrat ou l'activité des parties. Ces critères, contrairement à la jurisprudence antérieure, sont désormais objectifs, faisant abstraction des motivations des parties¹⁴⁵. Néanmoins, le SMIC ne peut pas être choisi comme index et les parties ne peuvent pas non plus se référer au niveau général des prix ou des salaires. Enfin, ces critères s'appliquent seulement aux clauses de valorisation qui désignent une unité de compte, les clauses qui désignent une autre unité de paiement ne sont toujours pas valables en droit français¹⁴⁶. Comment alors faudrait-il considérer les paiements à l'intérieur de la zone euro? Les ordonnances françaises des années 50. visaient essentiellement la protection de la monnaie nationale, le franc. Or, depuis 2002 avec l'introduction de l'euro, les compétences monétaires ont été transférées au Système européen des banques centrales et à la Banque centrale européenne. Si on admet que les règles posées par l'art. L - 112 du code monétaire et financier sont d'ordre public, il s'ensuit qu'elles sont contraires au droit communautaire puisque le législateur français n'est plus compétent dans cette matière¹⁴⁷. Or, faute de recours formulé à l'encontre de ces règles et par suite de l'inaction du législateur qui pendant 11 ans n'est toujours pas intervenu, ces règles à la légalité fort douteuse sont toujours en vigueur.

Si le C.civ.es, s'est inspiré du C.civ.fr., la solution que le droit espagnol a adoptée en matière de clauses de valorisation s'éloigne nettement des conceptions françaises en laissant beaucoup plus de liberté aux parties. À défaut d'une règle générale, le principe du nominalisme fut déduit par la jurisprudence espagnole de l'art. 1.170 du C.civ.es, qui comme l'art. 1875 du C.civ.fr. règle le contrat de prêt. Mais si le principe du nominalisme a une portée générale, il n'exclut pas la validité des clauses de valorisation. Le législateur espagnol, contrairement au législateur français, n'a pas réglé la question de la validité des clauses de valorisation dans un autre texte législatif. Faute de prohibition dans le texte du C.civ.es. et en accord avec son art. 1255, les parties sont libres d'élaborer des stipulations et clauses de leur contrat tant qu'elles ne vont pas à l'encontre de la loi et des bonnes mœurs. A priori, il n'y a donc aucun obstacle pour qu'une clauses de valorisation soit valable. Or, dans

¹⁴⁵ Voir note n° 142.

¹⁴⁶ Req. 17 févr. 1937, DH 1937. 234, S. 1938. 1. 140.

¹⁴⁷ Aymeric N.H., L'incidence de l'euro sur le traitement juridique des devises, *RTD com.*, 197, 2005.

les années 1940 encore, le Tribunal Suprême paraissait méfiant et indécis et ce n'est qu'à partir d'une sentence du 4 janvier 1951 qu'il s'est penché sur admissibilité des clauses de valorisation. Un retour en arrière sur cette jurisprudence ne semble plus du tout envisageable, d'autant moins que certains textes législatifs imposent parfois une obligation d'insérer dans le contrat une clause de valorisation¹⁴⁸. Enfin, il faut encore ajouter que le droit espagnol admet non seulement la validité des clauses de valorisation qui désignent une autre unité de compte, mais aussi celles qui désignent un autre moyen de paiement¹⁴⁹. Cette possibilité prévoit indirectement l'art.1.170 du C.civ.es., qui permet l'accomplissement de l'obligation par le paiement dans « l'espèce pactée » (es. « especie pactada »). Ainsi la monnaie étrangère en tant que moyen de paiement n'est rien d'autre qu'une marchandise échangée contre la prestation. Curieusement donc, la solution élaborée par le droit espagnol se rapproche de celle élaborée par le droit polonais, même s'il est vain de chercher des inspirations réciproques dans ces deux systèmes en cette matière.

Pour finir, il convient donc de remarquer qu'à ce jour, la validité des clauses de valorisation ne suscite pas de grands débats. D'autant moins que l'utilité de ces clauses est incontestable et leur impact sur la politique monétaire marginal. Le principe du nominalisme, à ce jour, a perdu son utilité tant pour le commerce que pour la politique financière de l'État. Il ne reste donc qu'une solution par défaut. Les clauses de hardship et les clauses de valorisation permettent d'assurer la possibilité de révision du contrat même si les droits nationaux ne prévoient pas une telle possibilité. C'est donc par le biais du principe d'autonomie de volonté que l'imprévision peut être reconnue, même si elle ne fait pas toujours partie du droit positif.

¹⁴⁸ Tel est par exemple le cas de la rente viagère agricole. En vertu de l'art 13 de la Ley 49/200 de Arrendamientos Rústicos, à défaut d'une stipulation contractuelle, la valorisation sera faite par rapport à l'indice des prix à la consommation.

¹⁴⁹ Voir, Díez-Picazo L., Gullón A., *Sistema de derecho civil*, Vol. : II, Éd. 9, Tecnos, Madrid, 2001,p. 249-251.

Chapitre II : Les conditions de l'imprévision

1. Le contrat en tant qu'une source de l'obligation.

A. Les obligations ou les obligations contractuelles.

Une interprétation de l'art. 357¹ du KC entraîne que seules les obligations qui créent des contrats peuvent en bénéficier. Quoique ledit article n'énonce pas expressément son champ d'application, il traite directement, dans ses alinéas, du changement des circonstances imprévisibles que les parties n'ont pas pu prévoir au moment de la conclusion du contrat, et aussi du pouvoir du juge de le résoudre. Si le fait que l'art. 357¹ KC s'applique aux obligations contractuelles n'est pas contestable, la doctrine polonaise semble plus hésitante quant à son applicabilité aux obligations non-contractuelles. Étant donné que la révision pour l'imprévision est une mesure d'exception et les exceptions *non sunt extendae*, il faudrait rejeter cette proposition. Or, il est vrai que lorsque le législateur polonais a introduit l'art. 357¹, il l'a inséré dans le titre I du livre III qui énonce les règles générales applicables à toutes les obligations, et non pas seulement aux contrats. On pourrait donc envisager une interprétation par analogie qui permettrait d'appliquer l'art. 357¹ KC également aux autres types d'obligations. Une telle solution semble confirmer les travaux préparatoires de la Commission de la Réforme du Droit Civil qui admettent l'application par analogie « étroite » de l'art. 357¹ à tous les types d'obligations¹⁵⁰. Et la Cour Suprême a admis cette solution dans sa jurisprudence relative aux obligations découlant du droit des successions, malgré les voix critiques de la part de la doctrine¹⁵¹.

Quant aux droits français et espagnol la question de l'applicabilité de l'imprévision aux autres types d'obligations n'est pas envisagée ni envisageable. En

¹⁵⁰ Voir., Brzozowski A., *Rozdział VI. Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania*, dans : Olejniczak A. (réd.), *System Prawa Prywatnego, T : 6, Prawo zobowiązań – część ogólna*, C.H. Beck, Varsovie, 2009, p. 975.

¹⁵¹ Décision SN, 26 nov. 1992, III CZP 144/92, OSP 11, 1993, p. 215 avec glose critique de E.Drozd.

droit espagnol, la révision pour l'imprévision n'a été que très peu admise pour les contrats et en droit français la question de son admissibilité est loin d'être tranchée. Les considérations doctrinales ne prennent donc en compte que les contrats et cette position semble confirmer les propositions de codification de l'imprévision au sein de ces deux systèmes juridiques¹⁵².

B. Les types des contrats.

L'art. 357¹ KC ne détermine pas les types de contrats qui sont susceptibles de bénéficier de la révision pour l'imprévision. Étant donné que l'article traite des contrats en général, la jurisprudence n'a pas posé d'autres obstacles et on considère d'un commun accord que l'art 357¹ peut s'appliquer à tout les types de contrats, qu'ils soient nommés, innommés, conclus entre deux ou plusieurs parties, à titre onéreux ou gratuit. En plus, il peut aussi bien s'agir d'un contrat à exécution successive que d'un contrat momentanée, à durée déterminée ou indéterminée¹⁵³. Ainsi, il n'est pas nécessaire qu'entre le moment de la conclusion et le moment de l'exécution du contrat, il se soit écoulé un certain temps pendant lequel est arrivé l'événement imprévisible qui déstabilise l'équilibre initial du contrat.

Le droit polonais a donc renoncé à la condition de décalage temporaire entre la conclusion et l'exécution du contrat, à laquelle le droit français et espagnol sont très attachés. Exceptionnellement, mis à part les contrats à exécution successive, les doctrines d'imprévision française et espagnole admettent la possibilité d'accorder la révision des contrats instantanés dont l'exécution a été différée dans le temps¹⁵⁴. Il est vrai que dans la pratique, la plupart des contrats déséquilibrés par des circonstances

¹⁵² Voir, pour le droit espagnol l'art. 1213 de la Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos ; pour le droit français l'art. 136 du projet de la Chancellerie et l'art 92 du Projet Terré.

¹⁵³ Il faut remarquer que, parfois, la résiliation d'un contrat peut donner les mêmes résultats que l'art. 357¹ KC. Or, la possibilité de résiliation n'est pas prévue pour tous les contrats. A priori, seuls les contrats à durée indéterminée en bénéficient. Pour les contrats à durée déterminée le KC prévoit parfois cette possibilité (voir l'art.673, 704 KC). Ainsi l'art. 357¹ est le seul remède dont ils disposent; Voir aussi Rajski J., *Dopuszczalność umownego zastrzeżenia możliwości wypowiedzenia umowy najmu lub dzierżawy zawartej na czas oznaczony*, *PPH*, 4, 1998, p. 1 et suiv.

¹⁵⁴ Voir, Martínez Velencoso L.M., *La alteración de las circunstancias contractuales: un análisis jurisprudencial*, Thomson civitas, Madrid, 2003, p. 89 et suiv. ; Mouralis J.L., *op.cit.*, n°2.

imprévisibles sont des contrats à exécution successive ou différée puisqu'ils sont beaucoup plus susceptibles de subir un changement défavorable de circonstances. Ceci est dû principalement au fait qu'ils encadrent le plus souvent un long projet économique (tels les contrats d'approvisionnement) et le décalage temporaire entre la signature du contrat et l'exécution de la dernière prestation augmente le risque que le contrat devienne déséquilibré par le seul écoulement du temps, exactement comme dans le cas de *Canal de Craponne*. Pourtant, on ne peut pas exclure que le fait qu'un contrat momentanément dont l'exécution n'a pas été décalée dans le temps puisse être déséquilibré par l'arrivée d'une circonstance imprévisible. Il suffit de penser à une chute de valeurs généralisée et imprévue en bourse, comme celle qui a eu lieu après les attentats de 11 septembre 2001. C'est pourquoi la condition de décalage temporaire entre la conclusion et l'exécution du contrat paraît quelque peu superflue.

C. Les parties du contrat.

Le but de l'article 357¹ KC était de protéger les consommateurs ou les parties faibles du contrat contre un déséquilibre survenu suite à des circonstances imprévisibles. C'est pourquoi, dans la version première dudit article, les entrepreneurs – parties du contrat ne pouvaient pas bénéficier de la révision pour l'imprévision. Les professionnels dont on exige un degré plus élevé de prudence et de diligence, étaient censés se protéger eux-mêmes contre l'arrivée de circonstances imprévisibles par le biais de stipulations contractuelles spéciales. Pourtant, cette solution, adoptée en 1990, s'est avérée très vite inadaptée aux besoins du marché. En plus, cette restriction ne trouvait pas de justification dans l'art 269 KZ qui servait d'exemple pour les rédacteurs de la réforme de 1990. C'est pourquoi, suite aux maintes critiques le législateur polonais a écarté cette restriction par une loi de 1996¹⁵⁵. Désormais, le code polonais ne prévoit pas de distinction par rapport aux parties du contrat. Elles ont toutes les deux le droit de former un recours devant le juge, quelque soit leur qualité.

¹⁵⁵ Loi de 28 décembre 1996, JO 1996, n° 114.542. Pourtant l'art. 358¹§3 qui prohibe aux entrepreneurs la valorisation judiciaire est toujours en vigueur. On explique cette différence par la facilité de rédaction et d'insertion des clauses de valorisation et le devoir de diligence qui pèse sur les entrepreneurs.

Les droits français et espagnol partagent cette solution. Pourtant, on peut observer que les juges, face aux contrats déséquilibrés par des circonstances imprévisibles, ont plutôt tendance à favoriser les parties faibles du contrat. Ceci est visible notamment dans la jurisprudence française. Dans l'arrêt *Huard* (précité) la partie qui demandait la révision du contrat était un propriétaire d'une station service. Son cocontractant était la société BP, une grande corporation pétrolière. L'arrêt suivant concernait M. Chevassus-Marche, un agent commercial qui avait assigné Danone pour comportement déloyal à son encontre. De nouveau donc, la Cour s'est montrée favorable à la demande de la partie faible. Le plus curieux paraît être la solution de l'arrêt de la Cour d'Appel de Nancy (précité). Selon une analyse économique¹⁵⁶, le cas en question présentait une situation de *hold-up*. En effet, la société demandeuse se trouvait sous la domination économique de son partenaire. Elle a engagé des dépenses considérables qui n'avaient de valeur qu'à l'égard de son cocontractant, ce que l'a mis dans une situation de faiblesse par rapport à celui-ci. Pour assurer la rentabilité du projet en question, elle a donc négocié un contrat à longue durée. L'arrêt de 2007 ne concernait pas tout à fait le déséquilibre des prestations, mais le partage des bénéfices de la société dominante auxquels la société dominée avait contribué. La Cour, de nouveau, s'est montrée favorable à la demande de la partie faible. Peut-on en déduire alors que seules les parties lésées peuvent présenter la demande de révision ? Telle est la tendance, mais on aurait du mal à admettre que seule la partie lésée puisse bénéficier des avantages de l'imprévision ou, plutôt, du devoir de négociation. En plus, il est tout à fait logique qu'en général, c'est la partie dominée et lésée par le déséquilibre imprévu qui demande la révision du contrat puisque c'est elle, et non pas son cocontractant, qui subit les conséquences néfastes de l'imprévision. D'autant plus que sa position de négociation par rapport à son cocontractant est affaiblie par la situation de domination dans laquelle elle se trouve.

¹⁵⁶ Deffains B., Ferey S., Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats, *RTD Civ.*, 2010, p. 719 et suiv.

2. Le changement des circonstances.

Le changement des circonstances est la condition clé de la mise en œuvre de l'imprévision. Pourtant, la révision du contrat ne peut pas être admise à chaque changement des circonstances. Il s'agit toujours d'un changement qualifié, qui détourne de manière significative l'équilibre du contrat. Or, la qualification de ce changement n'est pas toujours la même dans les droits nationaux. Si le droit polonais met l'accent sur le caractère extraordinaire, ou plutôt, fondamental du changement, les droits français et espagnol mettent en relief la condition d'imprévisibilité du changement. Pourtant, ceci ne veut pas dire que l'imprévisibilité des circonstances n'est pas prise en compte en droit polonais. Au contraire, celle-ci constitue également une condition d'applicabilité de l'art. 357¹ KC, mais elle est beaucoup moins discutée par la doctrine et la jurisprudence polonaise. Enfin, il ne faut pas oublier que la question du changement des circonstances touche aussi à la question du partage du risque contractuel et au rapport entre la théorie de l'imprévision et la responsabilité contractuelle dans la mesure où l'application conjointe des deux est par principe exclue. Ces quatre questions : le caractère extraordinaire, l'imprévisibilité, le risque contractuel et la faute contractuelle seront analysées dans la section suivante.

A. Le caractère extraordinaire ou fondamental du changement.

L'art. 357¹ KC parle d'un changement « extraordinaire » des circonstances (pl. *nadzwyczajna zmiana stosunków*). Cette expression diffère beaucoup de la rédaction « catastrophique » de l'art. 269 KZ qui énumérait dans son énoncé plusieurs cas de changements « extraordinaires » tels que : les guerres, les épidémies, la sécheresse etc. Pourtant, les situations visées par les deux articles sont quasiment les mêmes. Il s'agit donc de tout changement qui dépasse le risque normal assumé par les parties du contrat. Ce changement doit être l'effet de circonstances hors du commun, brusques et de caractère commun. Mais, l'interprétation littérale que proposent les deux articles mentionnés ci-dessus a été très critiquée par la doctrine et la jurisprudence polonaise notamment parce qu'elle leur paraissait trop rigoureuse. Sous le règne du code des

obligations déjà, les sentences d'après la 2^{ème} GM ont admis la révision des contrats déséquilibrés ayant pour cause une crise économique générale en tant qu'événement « extraordinaire »¹⁵⁷. Pourtant, la survenance d'une crise économique ou d'un changement en droit, n'est pas forcément la conséquence d'un événement instantané et brusque. L'arrivée d'une crise, comme l'arrivée d'une nouvelle législation, est souvent l'effet de différents facteurs qui se manifestent progressivement. Néanmoins, après la réintroduction de l'imprévision en 1990, la jurisprudence de la Cour Suprême a suivi l'ancienne jurisprudence relative à l'art. 269 KZ, en admettant l'applicabilité de l'art. 357¹ KC aux contrats déséquilibrés par la transformation d'un régime politique et ses conséquences économiques et sociales¹⁵⁸. C'est pourquoi l'interprétation actuelle de l'art. 357¹ ne vise pas seulement les changements « extraordinaires », mais plutôt les changements « fondamentaux ». Ceci veut dire qu'il suffit que le changement survenu affecte de manière significative l'équilibre du contrat pour que le juge puisse admettre la révision¹⁵⁹. Il faut remarquer que cette interprétation extensive vise beaucoup mieux l'objectif général de l'art. 357¹ KC qui est celui d'assurer l'adaptation des contrat déséquilibrés.

L'approche proposée par le droit français s'approche de la solution polonaise, le droit espagnol diffère beaucoup sur ce point. Ce qui compte pour le droit polonais, ce n'est pas l'imprévisibilité du changement des circonstances, mais le fait que ce changement soit fondamental pour l'économie du contrat. Pour le droit polonais, ce n'est pas l'événement qui doit être imprévisible, mais les conséquences qu'il aura pour le contrat. Autrement dit, la question se pose de savoir si les parties, au moment de la conclusion de leur accord, auraient pu prévoir les suites des événements intervenus. C'est pourquoi les tribunaux polonais ont pu qualifier une crise économique, un événement prévisible dans les années 1990. en Pologne, comme un événement relevant pour l'application de l'imprévision. Bien qu'il soit facile de prouver que les parties auraient pu prévoir l'arrivée d'une crise, on ne peut pas forcément considérer qu'elles étaient conscientes des conséquences que cet événement aurait sur leur accord.

¹⁵⁷ SN, 15 mai 1946, précité.

¹⁵⁸ Arrêté SN, 31 mai 1994, III CZP 74/94, OSN 12, 1994, p. 237.

¹⁵⁹ SN, 16 mai 2007, III CSK 452/06, Rzeczp., 117, 2007, p. F2; SN, 6 décembre 2006, IV CSK 290/06, Rzeczp., 1, 2007, p. F3.

B. La condition d'imprévisibilité.

Comme nous l'avons déjà mentionné, le KC ne prend pas en compte les événements que les parties n'ont pas prévus au moment de la conclusion du contrat, mais les conséquences imprévisibles que ces événements entraînent pour le contrat. Il est donc possible que l'art. 357¹ soit applicable aux situations qui pouvaient être anticipées par les parties. En outre, les parties, en concluant le contrat, ne doivent pas forcément « être conscientes des circonstances qui mènent au changement des circonstances »¹⁶⁰. Mais les conséquences de ces événements doivent être impossibles, ou extrêmement difficiles, à prévoir pour que la condition de l'imprévisibilité soit remplie. Il n'est pourtant pas si facile de savoir si ce critère s'apprécie de manière objective ou subjective. Dans le premier cas, il faudrait uniquement prendre en compte les conséquences que les parties n'ont pas pu prévoir. Dans le deuxième cas, il faudrait seulement considérer les conséquences que les parties n'ont pas prévues. L'art. 269 KZ a tranché cette question en faveur de l'imprévisibilité objective. En effet, il a stipulé qu'en analysant le risque, ce qui doit être pris en compte est « ce que les parties n'ont pas pu prévoir au moment de la conclusion du contrat »¹⁶¹. La rédaction de l'art. 357¹ KC n'est pas tellement claire à cet égard, puisque l'article stipule « ce que les parties n'ont pas prévu au moment de la conclusion du contrat »¹⁶². Pour arriver à une interprétation satisfaisante de cet article, on admet que l'imprévisibilité des conséquences doit être jugée objectivement, néanmoins, il faut aussi tenir compte de ce que les parties auraient raisonnablement pu prévoir si elles s'étaient comportées avec diligence. En effet, c'est le degré de diligence auquel sont soumises les parties qui donne une véritable mesure de l'imprévisibilité. Il faut encore ajouter que le KC n'accorde pas le même standard de diligence à tous les types de contrats. L'art. 355 § 2 KC distingue les relations contractuelles professionnelles et non-professionnelles, exigeant notamment de ces premières un degré de diligence et de prudence plus élevé. En outre, la même

¹⁶⁰ SN, 8 juin 2005, III CK 674/04, LEX n° 180851 : „ (...)strony zawierając umowę, były świadome okoliczności, prowadzącej do nadzwyczajnej zmiany stosunków(...)"

¹⁶¹ L'art. 269 KZ : « czego strony nie mogły przewidzieć przy zawarciu umowy ».

¹⁶² L'art. 357¹ KC « czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy »

circonstance peut ne pas permettre le jeu de l'art. 357¹ si le contrat a été conclu entre professionnels, qui au regard de leur expérience et du caractère de leur activité, sont censés faire plus d'attention que les autres aux effets de leurs contrats.

Quant à l'appréciation de la connaissance des parties, elle s'effectue toujours *in concreto*, et le droit polonais n'est pas le seul à adopter cette approche. Il convient néanmoins de remarquer que l'économie libre de marché habitue tellement aux hausses et aux baisses de prix, et compte tenu de l'accessibilité des informations et des pronostics dans ce type d'économie, il paraît déraisonnable d'excuser les parties qui n'ont pas pris la précaution de prendre en compte les fluctuations du marché¹⁶³. D'autre part, si on exigeait de chaque cocontractant un degré d'information trop élevé, aucun contrat ne serait probablement jamais conclu, par simple crainte ou précaution. C'est pourquoi il est peut-être plus facile d'apprécier l'imprévisibilité des résultats, que les circonstances elles-mêmes.

Si nous analysons maintenant le droit espagnol, nous constatons que le caractère imprévisible de l'événement s'apprécie de manière différente. C'est l'événement en soi qui doit être imprévisible. Il s'agit donc d'un événement que les parties n'avaient pas pu prévoir en concluant le contrat, et non pas les conséquences de cet événement pour leur accord.

En droit espagnol, la prévisibilité est évaluée en général eu égard au type du contrat et au degré d'informations auquel les parties avaient accès avant la conclusion du contrat¹⁶⁴. L'approche est objective, donc seules les circonstances qui n'auraient pas pu raisonnablement être prévus par les parties peuvent être prises en compte. La jurisprudence en la matière est très abondante et nous citons ci-dessous quelques exemples. Dans la sentence de 10 décembre 1990, le Tribunal Suprême constata que la dévaluation monétaire est une circonstance prévisible pour les parties qui peuvent se protéger contre ce phénomène en insérant des clauses de valorisation¹⁶⁵. Dans le même sens vont les jugements relatifs à la baisse de valeur de l'immobilier lorsqu'elle est survenue entre la conclusion et l'exécution du contrat¹⁶⁶. Le changement du

¹⁶³ Mouralis J.L., *op.cit.*, n° 21,22.

¹⁶⁴ Martínez Velencoso L.M., *La alteración de las circunstancias contractuales: un análisis jurisprudencial*, *op.cit.*, p. 93.

¹⁶⁵ STS, 10 décembre 1990, RJ 1990, 9927, voir aussi STS, 14 décembre 1940, RJ 1940, 1135 ; STS, 26 mars 1963, RJ 1963, 2120 et autres.

¹⁶⁶ Martínez Velencoso L.M., *La alteración de las circunstancias contractuales: un análisis*

système de taxation et le changement de la législation ne constituent pas non plus une circonstance complètement imprévisible en vertu de la STS de 18 septembre 1996, et faute de stipulation contractuelle concrète, le tribunal ne peut pas réviser le contrat pour cause de modification fiscale¹⁶⁷. D'autre part, l'inflation, la dévaluation monétaire ou le changement de législation ne constituent pas une circonstance imprévisible puisque leur arrivée peut être anticipée par les parties. Il n'est donc pas étonnant que la dernière crise financière n'ait pas été qualifiée comme un événement imprévisible, même si elle a eu des conséquences beaucoup plus importantes et graves pour l'Espagne que pour la Pologne. La sentence du Tribunal Suprême de 27 avril 2012¹⁶⁸ a clairement rejeté cette possibilité : « L'écoulement du temps dans les contrats de longue durée (...) et la transformation économique d'un pays » ne suffisent pas pour l'application de la doctrine *rebus sic stantibus*¹⁶⁹. De même, l'éclatement de la bulle immobilière, que les économistes avaient prévu bien avant 2007 et la crise financière, ne pouvait pas être considéré comme un événement imprévisible¹⁷⁰.

Mais pour la jurisprudence espagnole, le changement imprévisible des circonstances ne vise pas seulement tout événement « nouveau » qui pouvait être anticipé par les parties. Le changement de l'économie du contrat, survenu progressivement, n'a pas non plus un caractère imprévisible. Le seul fait que le temps entre la conclusion du contrat et son exécution se soit écoulé, et qu'entre temps les circonstances aient changé ne donne pas droit à la révision du contrat. Un cas comme le célèbre arrêt *Canal de Craponne* ne trouverait donc pas de remède devant un juge espagnol. Ceci est non seulement valable pour les obligations monétaires mais aussi pour tous les autres types d'obligations¹⁷¹.

En plus, la révision n'est pas en général admise dans les cas où l'événement

jurisprudencial, op.cit., p. 97.

¹⁶⁷ STS, 18 septembre 1996, RJ 1996, 1728.

¹⁶⁸ STS, 27 avril 2012, ROJ 2868/2012.

¹⁶⁹ STS précitée : « El transcurso del tiempo en contratos de tan prolongada duración como son los de arrendamiento, y la transformación económica de un país no puede servir de fundamento para el cumplimiento de los requisitos requeridos por la jurisprudencia para llegar a la existencia de un desequilibrio desproporcionado entre las prestaciones fundadas en circunstancias imprevisibles, pues las circunstancias referidas no pueden tener tal calificación. »

¹⁷⁰ SAP de Toledo, 28 juin 2012, PROV 2012, 243140.

¹⁷¹ Ainsi, le Tribunal Suprême n'admet pas la révision pour l'imprévision au cas de changement de la valeur d'un bien immobilier s'il n'a pour cause que le seul écoulement du temps, voir : par exemple STS, 6 octobre 1987, RJ 1987, 6720, STS, 21 février 1990, RJ 1990, 707 ; STS, 29 mai 1996, RJ 1996, 3806 et autres.

affecte de manière individuelle l'une des parties du contrat. Dans un jugement du 17 mai 1986¹⁷² le Tribunal Suprême espagnol a constaté qu'une perte de clientèle, pour cause de travaux routiers, subie par un restaurateur locataire de son établissement ne constitue pas un changement extraordinaire et imprévisible puisque le restaurateur locataire aurait pu prévoir que lesdits travaux auraient un impact sur ses revenus.

En effet, ni les difficultés personnelles ou économiques, ni la crise économique, ni même l'inflation ne permettent la révision d'un contrat. L'étude de la jurisprudence espagnole démontre que seul un événement de caractère commun, objectif, vraiment extraordinaire et imprévisible que les parties n'auraient pas pu prévoir tout en ayant satisfait leur devoir de diligence et de prudence, peut satisfaire à la première condition d'application de la doctrine de *rebus sic stantibus*. On ne peut donc songer qu'aux circonstances énumérées par le code des obligations polonais, c'est-à-dire aux catastrophes.

En France cette problématique se présente encore différemment. Bien évidemment, nous n'avons pas pour l'instant de règle générale, mais les projets de codification de la théorie de l'imprévision et la jurisprudence précitée donnent certains indices à cet égard. Au départ, dans le débat doctrinal, la théorie de l'imprévision visait seulement le changement des circonstances économiques et financières. C'était une conception trop étroite, et c'est pourquoi elle fut rejetée. Désormais, tout changement de circonstances peut être concerné à condition qu'il soit imprévisible. La notion d'imprévisibilité, en droit français, fait référence à la force majeure. Rappelons que les circonstances qui permettent son application doivent être imprévisibles, irrésistibles et extérieures. Hormis le caractère irrésistible, les deux autres conditions peuvent aussi bien être appliquées à l'imprévision, et c'est le cas en droit administratif français qui l'a reconnu¹⁷³. Il s'agit donc, comme en droit espagnol, des circonstances que les parties n'ont pas pu prévoir au moment de la conclusion du contrat et non pas des circonstances imprévues par les parties. C'est une appréciation objective et même les juristes français favorables à l'introduction de l'imprévision ne pourraient pas raisonnablement excuser les parties de leur propre négligence en accordant la révision du contrat dans le deuxième cas¹⁷⁴. Les propositions de

¹⁷² STS, 17 mai 1989, RJ 1986, 2725.

¹⁷³ Fauvarque-Cosson B., Le changement des circonstances, *Revue des contrats*, 1, 2004, n°10, p. 67

¹⁷⁴ *Ibid.*, n° 2.

codification de la théorie de l'imprévision parlent donc vaguement du changement imprévisible des circonstances. Pourtant, le projet de la Chancellerie le définit aussi comme « insurmontable »¹⁷⁵, tandis que le projet Catala ne parle même pas du changement des circonstances mais de leur effet. On pourrait y voir un rapprochement avec la doctrine polonaise, mais ces textes ne sont que des textes académiques et il est difficile de savoir quelle solution sera adoptée par le droit français. Nous allons donc nous focaliser sur les solutions jurisprudentielles.

Si nous considérons la jurisprudence française, nous constatons que la notion de changement des circonstances imprévisibles qu'elle a élaborée est assez souple. Dans l'arrêt *Huard* et l'arrêt concernant l'émission de gaz à effet de serre de la Cour d'Appel de Nancy, le changement de législation fut accepté en tant que circonstance imprévisible pour obliger les parties à renégocier le contrat. Tandis que dans les années 1960, un arrêt de la Cour d'Appel de Paris constata qu'un revirement de jurisprudence rendant illicite une activité salariale, pour laquelle une personne avait été embauchée, ne constitue pas un cas d'imprévision¹⁷⁶. Ce n'est donc pas tout à fait l'imprévisibilité du changement des circonstances qui est pris en compte, mais ses conséquences. D'ailleurs, cette solution a déjà été proposée par Ripert qui constata que « La nature imprévisible de l'événement ne dépend pas de la nature même de cet événement, mais de ce qu'il était impossible de prévoir qu'il surviendrait et bouleverserait cette situation [le contrat] »¹⁷⁷. Il paraît donc que le droit français s'éloigne de la notion « catastrophiste » du changement des circonstances en s'approchant de la solution élaborée par le droit polonais.

Bien évidemment, il ne faut pas oublier que l'imprévision n'a pas encore été confirmée en droit français, mais le débat doctrinal et l'acquis jurisprudentiel proposent à ce jour une solution beaucoup plus moderne que celle du droit espagnol. À notre avis, la limitation de l'applicabilité de la théorie de l'imprévision aux changements des circonstances « catastrophiques » n'est pas en accord avec le but de la théorie de l'imprévision. Autrement dit, tout changement peut avoir un caractère imprévisible, à condition qu'il soit fondamental pour l'économie du contrat et que le risque de sa survenance n'ait pas été assumé par l'une des parties.

¹⁷⁵ Voir Annexe A.

¹⁷⁶ CA Paris de 9 juin 1961, RTD civ. 1961.651.

¹⁷⁷ Ripert, *op.cit.*, n° 87.

C. Le risque contractuel.

Contracter c'est prévoir, constata Ripert¹⁷⁸. D'après lui, l'utilité même du contrat est celle de protéger le créancier contre l'imprévu. Quelle que soit donc la solution adoptée, le but de chaque théorie de l'imprévision est celui de remédier à un déséquilibre que les parties n'ont pas pu normalement prévoir. Par conséquent, dans la mesure où il s'agit d'une mesure d'exception, l'intervention dans la volonté des parties devrait être la moins importante possible. C'est pourquoi ce n'est pas tant le risque de l'imprévisible qui peut être pris en compte, mais plutôt le risque « anormal ». Si nous prenons l'exemple d'un agriculteur qui vend ses légumes à une grande centrale d'achat, en accord avec la théorie de l'imprévision, nous pouvons le dispenser de la responsabilité contractuelle envers son cocontractant si, à cause d'une sécheresse, il n'a pas pu livrer autant de légumes qu'il avait promis. Mais nous ne pouvons pas le dispenser du contrat si au moment de la récolte, il s'avère que le prix que son cocontractant lui a accordé est au dessous de la valeur de ses produits sur le marché, et qu'il a donc tout simplement fait une mauvaise affaire. Il s'ensuit que nous ne pouvons pas réviser un contrat qui prévoit expressément l'imprévu et qui par suite procède au partage des risques¹⁷⁹. Le problème se pose quand les contrats ne partagent pas ce risque de manière explicite. Le juge, en interprétant le contrat, peut-il donc l'attribuer à l'une des parties?

L'interprétation des conventions est une autre question juridique. Pour les besoins de ce mémoire, nous allons seulement montrer dans quelle mesure l'interprétation des conventions peut contourner la théorie de l'imprévision. C'est de nouveau le droit espagnol qui propose l'approche la plus rigoureuse à cet égard. Dans la plupart des cas où il est question de l'imprévision, les tribunaux espagnols essaient toujours de répartir le risque en s'épargnant le besoin de justifier l'application de la théorie de l'imprévision. Ainsi, le Tribunal Suprême constata par exemple que dans un contrat de cession de droits d'auteur, le producteur d'un film assume le risque des

¹⁷⁸ *Ibid.*, n° 84.

¹⁷⁹ STS, 31 décembre 1992, RJ 1992, 10664, STS, 24 juin 1993, RJ 1993, 5382 et autres.

difficultés rencontrées lors de la production¹⁸⁰. De même, le changement du plan architectural d'un immeuble en construction rentre dans les aléas normaux d'un contrat de vente immobilière, tant que le changement induit n'affecte pas directement les lots faisant l'objet du contrat, même si cette circonstance s'avère déterminante pour le vendeur¹⁸¹. Dans la sentence du 16 octobre 1989, le Tribunal Suprême constata que la vente de deux navires au motif de l'altération des circonstances par une société navale sur laquelle pesait une obligation de les garder et de ne pas altérer leur position géographique, ne constitue pas une circonstance imprévisible, compte tenu que le risque d'un tel changement est inhérent à l'activité menée par l'entreprise concernée et que la situation économique délicate du secteur naval était connue depuis le début des années 1970¹⁸². De même, l'augmentation des prix dans le secteur de la construction ne constitue pas une circonstance imprévisible dans un contrat de construction¹⁸³. Une approche aussi stricte a fait que la plupart des recours présentés devant les tribunaux ont été rejetés.

En France, même si l'imprévision n'est pas admise, l'interprétation des conventions permet de limiter certaines conséquences de survenance de l'imprévisible¹⁸⁴. Dans les arrêts de la période d'occupation, les tribunaux, en interprétant la volonté des parties de contrats qui prévoyaient la compétence des tribunaux de la Seine, ont permis la saisine des tribunaux de la zone libre¹⁸⁵. De même, dans un cas de cession de droits d'auteurs en vue d'une adaptation d'un roman sur grand écran, conclue avant l'apparition du cinéma sonore, les juges ont refusé d'étendre ladite cession au cinéma sonore¹⁸⁶. Il faut cependant remarquer que, dans les cas précités, il n'est pas question d'un déséquilibre entre les prestations, mais seulement du changement des circonstances au moment de l'exécution du contrat.

Le droit polonais laisse également la question du partage du risque contractuel à l'interprétation judiciaire. Ce qui est intéressant, c'est surtout l'interprétation que les juges polonais ont donnée aux contrats aléatoires. Pour la plupart des théories en matière d'imprévision, ainsi que pour la plupart des législations qui l'ont adoptée, la

¹⁸⁰ STS, 29 janvier 1996, RJ 1996, 737.

¹⁸¹ STS, 14 décembre 1993, RJ 1993, 9881.

¹⁸² STS, 16 octobre 1989, RJ 1989, 6927.

¹⁸³ STS, 27 mai 2002, RJ 2002, 4572.

¹⁸⁴ Mouralis, *op.cit.*, n° 4.

¹⁸⁵ Cass.soc., 11 juin 1942, DC 1943.135, note J. Flour.

¹⁸⁶ T. civ. Seine, 28 nov. 1934, DP 1936.2.97, note de la Marnierre.

possibilité de la révision pour l'imprévision des contrats aléatoires est exclue¹⁸⁷. Cette solution n'est guère étonnante puisque l'essence même d'un contrat aléatoire consiste à l'acceptation des risques survenus de manière imprévisible postérieurement à la conclusion du contrat. Il serait donc contradictoire de permettre la révision d'un contrat dont le seul but est celui de spéculer sur l'imprévisible. Cependant, l'art. 357¹ KC a été rédigé de façon très générale et dans ses alinéas il se réfère seulement à la notion de contrat. En plus, il n'y a aucune stipulation dans le KC qui exclut expressément du champs d'application de l'art.357¹ les contrats aléatoires. En l'absence d'interdiction, la jurisprudence de la Cour Suprême a donc admis la révision pour l'imprévision des contrats d'assurance¹⁸⁸. En l'espèce, il était question des contrats d'assurance qui stipulaient le montant maximal de l'indemnité et c'est cette clause qui a fait l'objet de révision judiciaire. Même si cette solution est très critiquée par la doctrine, la Cour Suprême l'a confirmée par un arrêté formulé par 7 juges en 1994 (précité), il est donc très peu probable qu'elle revienne sur sa position¹⁸⁹. Face à cette jurisprudence, il est très difficile de cerner les frontières de l'interprétation judiciaire de la notion du risque anormal d'un contrat. Si les tribunaux sont aptes à admettre la révision pour les contrats purement aléatoires, la distinction entre risque normal et risque anormal perd sa raison d'être. Les juges pourraient donc admettre la révision non pas parce que le changement des circonstances dépasse l'aléa normal du contrat, mais parce qu'il serait injuste de laisser subsister un contrat déséquilibré, ce qui, à notre avis, est contraire au principe de l'autonomie de volonté.

D. La faute contractuelle.

Comme déjà mentionné plus haut, l'application de la théorie de l'imprévision exclut a priori la responsabilité contractuelle. En effet, l'imprévision intervient dans les situations où, normalement, la partie lésée serait obligée d'exécuter ses obligations. Par conséquent, il n'est plus possible de se prévaloir de l'imprévision après l'échéance du terme du contrat. Les trois systèmes juridiques analysés sont en accord sur le fait

¹⁸⁷ Martin S., *op.cit.*, p. 628.

¹⁸⁸ Voir p.ex, SN, 26 novembre 1991, III CZP 122/91, OSP 7-8, 1992, p. 170, avec la glose critique d'A. Szpunar, PiP 12, 1992, p. 113; A. Brzozowski, PiP 12, 1992, p. 117 ; confirmé par Arrêté SN (7), 29 décembre 1994, III CZP 120/94, OSN 4, 1995, p. 55.

¹⁸⁹ Brzozowski A., *op.cit.*, p. 974.

que seuls les contrats qui n'ont pas encore été exécutés peuvent en bénéficier¹⁹⁰. Il serait difficilement concevable qu'un contrat dont l'exécution a déjà été effectuée (ou dont le terme d'exécution a déjà expiré) soit l'objet d'une révision judiciaire. Dans ce cas, ce sont les règles de la responsabilité contractuelle qui s'appliquent¹⁹¹. Tandis que la révision ou la résiliation du contrat changent les obligations des parties, ce qui fait que l'ampleur de la responsabilité contractuelle change, ou s'anéantit complètement.

La conséquence de la corrélation des règles de la responsabilité *ex contractu* et de l'imprévision est telle que la partie qui est en retard dans son exécution du contrat ne peut pas bénéficier de l'imprévision. Puisque le retard constitue en général une faute contractuelle qui ouvre la voie à l'obtention d'intérêts moratoires, il serait inimaginable de permettre à la partie en retard de se prévaloir de sa propre turpitude¹⁹². De même, la partie qui a contribué à la survenance de circonstances imprévisibles ne peut pas demander la révision du contrat. Cette « contribution » peut être de différente nature. La jurisprudence espagnole en la matière est très abondante. Ainsi, dans la STS de 17 mai 1986¹⁹³, le Tribunal Suprême a rejeté l'application de la clause *rebus sic stantibus* dans un contrat de location d'une entreprise au motif d'une mauvaise gouvernance de celle-ci par le locataire. Ou encore, dans la STS de 10 février 1997¹⁹⁴, l'arrêt des travaux de construction prononcé par la mairie de Orense n'a pas été considéré comme une circonstance imprévisible compte tenu du fait que le constructeur – vendeur avait modifié les plans de la construction sans en avoir demandé l'accord.

¹⁹⁰ Par exemple, l'application de la clause *rebus sic stantibus* n'a pas été admise dans la STS, 21 octobre 1988, RJ 1988, 7595, puisque le contrat a déjà été exécuté par les deux parties, Fundamento de Derecho 2° « Estando el contrato consumado, mediante la entrega de la cosa y pago del precio, no puede intentarse, al amparo de la teoría de la presuposición o de la desaparición de la base del negocio, una modificación del mismo. »

¹⁹¹ SN, 21 juillet 2006, III CSK 119/05, LEX n° 445269.

¹⁹² Voir notamment la STS, 17 mai 1957, RJ 1957, 2164 et les obs. de Fernández Rodríguez.

¹⁹³ STS, 17 mai 1985, RJ 1986, 2725.

¹⁹⁴ STS, 10 février 1997, RJ 1997, 665.

3. L'exécution de la prestation devenue excessivement onéreuse.

A. Le déséquilibre des prestations.

La grande différence entre la révision pour l'imprévision et celle pour la force majeure réside dans la possibilité d'exécution des prestations. Tandis qu'à la survenance de la force majeure le lien contractuel s'anéantit à cause de l'impossibilité de la prestation ; dans le cas de l'imprévision, cette même prestation est toujours possible : le lien contractuel est donc maintenu, mais l'équilibre du contrat est dérégulé. C'est donc à ce déséquilibre que les juges sont censés remédier. Mais, ce ne sont pas tous les déséquilibres qui peuvent faire l'objet de révision. Seul un déséquilibre « grave », « fondamental », « grand », « excessif », « anormal » peut être pris en compte. Les « petits » déséquilibres constituent des risques que les parties assument normalement en concluant un contrat. Les doctrines et les jurisprudences française et espagnole restent assez laconiques à cet égard. Et comme la loi ne pose aucune règle précise d'interprétation de la nature et de l'intensité du déséquilibre, cette question est laissée à l'appréciation de la jurisprudence¹⁹⁵.

En droit polonais, l'art. 357¹ KC pose certaines mesures interprétatives afin de définir la nature du déséquilibre en question. En effet, il prévoit la possibilité de révision pour l'imprévision quand l'exécution de la prestation devient soit excessivement difficile, soit quand elle constitue une menace d'une perte exorbitante pour l'une des parties. Les difficultés d'exécution touchent le plus souvent la personne du débiteur, mais l'art. 357¹ n'instaure pas de différences de traitement entre le débiteur et le créancier. Au contraire, toutes les deux parties du contrat ont la possibilité de se prévaloir de l'art. 357¹ KC, il sera donc applicable dès que la prestation perd de son intérêt et qu'elle devient plus onéreuse. En vertu de l'interprétation doctrinale, « la difficulté excessive » d'exécution peut à la fois revêtir

¹⁹⁵ Le Tribunal Suprême espagnol exige par exemple qu'il se produise « *une disproportion exorbitante, hors de toutes les prévisions, entre les prestations des parties contractantes qui véritablement détruit le contrat en annihilant l'équilibre des prestations* », STS, 16 octobre 1989, RJ 1989, 6927 ; es. « (...)que se produzca(...)una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones(...) ».

la forme de difficultés personnelles ou matérielles. Les premières concernent une situation où, à la suite d'un changement des circonstances, l'exécution de la prestation entraînerait des dommages corporels. Tel peut être par exemple le cas d'une catastrophe naturelle qui ferait prendre au débiteur lors de l'exécution de son obligation des risques importants pour sa santé, ou le placerait en danger de mort. La difficulté matérielle, pour sa part, fait que l'exécution devient excessivement onéreuse, c'est-à-dire qu'elle nécessite de la part du débiteur beaucoup plus de moyens que ceux prévus au départ. Peu importe la nature des difficultés, la doctrine polonaise admet qu'elles peuvent aussi bien être de nature technique que de nature économique.

Quant à la menace de « perte exorbitante », le droit polonais n'exige pas qu'elle soit forcément liée à l'enrichissement du cocontractant¹⁹⁶. Puisque la théorie de l'imprévision n'est pas limitée aux contrats commutatifs, il suffit que le débiteur prouve que l'exécution de la prestation entraînera pour lui une perte « hors du commun ». Cette disposition de l'art. 357¹ KC prévoit une définition du « déséquilibre » assez fixe et stable. Le droit polonais ne regarde pas la finalité du contrat ni la disproportion des prestations, il se concentre sur la valeur unilatérale de la prestation en cours d'exécution. Ceci ne veut pas dire que la finalité même du contrat n'est pas visée par l'énoncé de l'art. 357¹ KC. Cette finalité peut être prise en compte, mais à condition que la personne qui se prévaut de l'imprévision prouve que l'exécution de sa prestation la menace d'une perte exorbitante. Tel était le cas d'un jugement de la Cour Suprême polonaise de 6 décembre 2006¹⁹⁷, où la Cour a permis la révision d'un contrat conclu avec la présupposition que l'une des parties pourra bénéficier d'une législation fiscale avantageuse. Une fois la législation modifiée, la partie concernée a pu demander la révision, à condition qu'elle prouve que l'exécution de l'obligation dans sa forme actuelle risque de lui faire subir une perte exorbitante, suite au changement de législation.

La notion de déséquilibre en tant que condition de mise en œuvre de l'imprévision ne pose pas de grands problèmes. Puisque le déséquilibre n'est pas une question de droit, mais de fait, les juges disposent en général d'une grande marge d'appréciation et ils peuvent, dans le cadre d'une procédure en cours, solliciter l'aide

¹⁹⁶ Wiśniewski T., dans : *Komentarz do KC (wersja elektroniczna – stan prawny 17.9.2007 r.), uwagi do art. 357¹*, Legalis, p. 3, n° 11.

¹⁹⁷ SN, 6 décembre 2006, IV CSK 290/06, Rzeczp., 1, 2007, p. F3.

d'un expert.

B. Le fondement contractuel.

Si nous observons la jurisprudence anglaise en matière de frustration, nous pouvons conclure, que contrairement à la plupart des concepts d'imprévision, la frustration anglaise ne se centre pas sur le déséquilibre économique entre les prestations, mais sur l'inutilité économique du contrat en cause. En effet, le contrat de bail dans le fameux arrêt *Henry v. Krell* (précité) n'est pas déclaré nul à cause du fait que M. Krell, suite à la maladie du roi, allait devoir payer à son cocontractant une somme excessive par rapport à la prestation qu'il allait finalement obtenir. Ce contrat fut résilié simplement parce qu'il n'avait plus aucun sens économique. Dans le même sens va la théorie allemande de *Geschäftsgrundlage* que nous avons présentée au début de ce mémoire. Rappelons seulement qu'au cœur de cette doctrine se trouve la notion du fondement contractuel et plus précisément, la perturbation du fondement contractuel qui *grosso modo* correspond au défaut d'utilité pratique du contrat pour l'une des parties. C'est surtout par le biais de cette doctrine allemande que les droits polonais, espagnol et français ont mené une réflexion approfondie à ce sujet.

La question se pose de savoir si les motifs qui ont amené une partie à contracter, et desquels l'autre partie était consciente, peuvent avoir de l'influence sur la vie du contrat. Sur ce point, la problématique de la perturbation du fondement contractuel et son importance pour le droit civil ne peuvent pas être détachées des autres éléments de même nature présents déjà dans les codes d'inspiration française. Une similarité à la notion de cause du contrat est ici sous-jacente. Pourtant, certains auteurs, dont Espert Sanz, soutenaient qu'il existait, au moins théoriquement, une différence entre la cause et le fondement contractuel¹⁹⁸. La cause est, dans l'opinion de Sanz, un but pratique cherché par les cocontractants. Par contre, le fondement contractuel, de façon subjective, est plutôt une série de représentations en relation avec les circonstances qui sont nécessaires pour conclure le contrat, mais qui ne sont pas primordiales pour le contrat lui-même. Dans la pratique, cette frontière paraît

¹⁹⁸ Cité par Martínez Velencoso L.M., *La alteración de las circunstancias contractuales: un análisis jurisprudencial*, op.cit., p. 84-85.

beaucoup plus opaque, et c'est pourquoi certains auteurs espagnols ont constaté que la cause peut également viser les cas de perturbation du fondement contractuel¹⁹⁹. La différence, donc, entre la cause et la théorie du fondement contractuel se trouve dans l'aspect formel. La théorie du fondement contractuel s'apprécie au moment de l'exécution du contrat, tandis que la cause, en tant qu'élément de validité, s'apprécie au moment de la conclusion du contrat²⁰⁰. Si le contrat est dépourvu de cause, il est nul dès le début, puisqu'il lui manque l'un de ses éléments indispensables. Cependant, les arrêts des jurisprudences espagnole et française laissent penser le contraire.

Dans les années 1980 encore, il y eut une série de cas dans lesquels le Tribunal Suprême avait déclaré nuls sur le fondement de la cause les contrats de vente immobilière suite à l'impossibilité (ultérieure) de construire sur le terrain envisagé²⁰¹. La sentence de 20 avril 1994, où il était question d'un contrat de bail d'une ferme agricole, allait encore plus loin²⁰². Le Tribunal a résolu le contrat en raison du défaut de cause, parce que le locataire, suite à un changement de circonstances (les mauvaises conditions naturelles, en l'espèce), n'avait pas pu obtenir un rendement économique suffisant. D'après le Tribunal Suprême :

(...)l'impossibilité peut non seulement être physique ou légale, mais aussi économique quand elle ne confère aucun bénéfice (...) ou quand elle s'avère ruineuse pour l'une des parties. Il y a alors frustration de la finalité du contrat, ce qui empêche juridiquement son maintien et donne la possibilité de le résoudre (...) ²⁰³

Le droit espagnol possède une interprétation très large de la notion de cause en la considérant à la fois en tant qu'élément de validité, en tant qu'élément de justice contractuelle et aussi en tant que motif s'il a effectivement été déterminant pour les cocontractants²⁰⁴. Mais il n'est pas le seul système juridique à faire face à des

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ *Quod ab initio vitiosum est non potest tractatu temporis convallescere.*

²⁰¹ STS, 30 décembre 1985, RJ 1985, 6620, STS, 11 juillet 1984, RJ 1984, 3939 et autres.

²⁰² STS, 20 avril 1994, RJ 1994, 3216.

²⁰³ « (...)la imposibilidad de la prestación no sólo puede ser física o legal, sino económica, como cuando no produce ningún beneficio al que ha de recibirla, o cuando (...), es totalmente ruinosa para él recibirla. Existe entonces una frustración del fin del contrato, que impide jurídicamente su mantenimiento y faculta para resolverlo(...) ».

²⁰⁴ Martínez Velencoso L.M., *La alteración de las circunstancias contractuales: un análisis jurisprudencial*, op.cit., p. 115.

problèmes interprétatifs posés par la notion de cause. La jurisprudence française n'est pas très loin d'adopter les solutions espagnoles. Les arrêts concernant les contrats interdépendants sont un bon exemple. Par un arrêt de 2006²⁰⁵, relatif à un contrat de fourniture de gaz auquel un concierge avait souscrit pour chauffer l'hôpital dont il avait la garde, la 1^{ère} Ch.Civ. constata le défaut de cause compte tenu que l'hôpital en question avait changé son système de chauffage et que le contrat de fourniture de gaz conclu par le concierge avait perdu tout sens économique. Dans cette optique, la notion de cause, appréciée a posteriori, ne vise ni plus ni moins que le fondement contractuel. Pourtant, la Chambre Commerciale est allée encore plus loin, en constatant la nullité au motif l'absence de cause, d'un contrat déséquilibré par le changement des circonstances. Il s'agit du fameux arrêt de 2010 (précité) qui a suscité tant de controverses. Ses extraits les plus intéressants sont cités ci-après.

(...)la disparition de la cause d'un engagement à exécution successive entraîne sa caducité ; que le bouleversement de l'économie d'un contrat à raison du changement des circonstances économiques prive de cause un tel engagement, dès lors qu'il rend son exécution excessivement onéreuse pour une partie ; qu'en conséquence, l'obligation qui en découle est sérieusement contestable (...).

Il semble bien que les reproches que Planiol faisait à la théorie de la cause sont toujours d'actualité²⁰⁶. Dans les arrêts précités des jurisprudences espagnole et française, la cause n'est rien de plus qu'un moyen juridique permettant de faire passer tout et n'importe quoi. Or, elle n'a jamais été conçue comme un instrument qui permette au juge de remédier aux lacunes du droit civil. En remédiant de cette façon à un cas injuste présenté à l'audience, on empiète sur les autres cas et on les prive de sécurité juridique.

La doctrine du fondement contractuel n'est pas étrangère au droit polonais, même si l'imprévision y a été codifiée et qu'elle pourrait également englober les cas de défaillance du fondement contractuel. Ce concept réside au sein de la notion de l'impossibilité économique de la prestation que l'on a déjà mentionnée plus haut. Elle fut notamment exploitée par la doctrine et la jurisprudence polonaise pendant la période où le KC ne prévoyait pas de dispositions relatives à l'imprévision. Cette

²⁰⁵ 1^{ère} Ch.Civ., 4 avril 2006, n° 02-18277.

²⁰⁶ Voir, Planiol M., *Traité élémentaire de droit civil*, T : 2, Éd. 11, LGDJ, Paris, 1931, p. 399.

théorie, qui s'inspire de la théorie allemande de *wirtschaftliche Unmoeglichkeit*, fut rattachée à l'art. 475 KC qui traite de l'impossibilité postérieure de prestation. L'impossibilité économique vise donc les cas où la survenance de circonstances imprévisibles a rendu la prestation économiquement inefficace. Autrement dit, aucune personne raisonnable ne demanderait son exécution, même si techniquement elle est toujours possible²⁰⁷. Cette impossibilité économique devrait être jugée au regard de l'art. 354 KC qui pose des règles relatives à l'exécution²⁰⁸. Elle devrait donc trouver son application uniquement dans les cas extrêmes, où l'exécution de la prestation serait dépourvue de tout sens²⁰⁹. Le contrat est donc nul de plein droit et le jugement a un caractère déclaratif, contrairement à celui dont la base légale est l'art. 357¹ KC. Les remèdes proposés par la théorie de l'impossibilité économique et l'art. 357¹ KC sont radicalement différents. D'après la majorité de la doctrine polonaise, les solutions qu'elle offre sont inadaptées au problème de l'imprévision et c'est pourquoi on postulait l'introduction de l'art. 357¹ KC²¹⁰.

Après l'introduction de l'art. 357¹ KC, la plupart des auteurs ont rejeté la possibilité de s'appuyer sur l'impossibilité économique au motif du fait que l'art. 357¹ KC permet d'englober également les cas de perturbation du fondement contractuel²¹¹. Même si certains représentants de la doctrine soulèvent qu'en principe une distinction entre l'impossibilité économique et l'imprévision est toujours concevable et que la nullité *ipso iure* peut parfois s'avérer un meilleur remède qu'une nullité déclarée postérieurement par le juge²¹², on peut considérer que le législateur a tranché cette question en introduisant l'art. 357¹ KC. Des théories aussi peu précises que la théorie du fondement contractuel et la théorie de l'impossibilité économique devraient être regardées avec une grande prudence, et les recours admis en raison de celles-ci ne devraient l'être que dans les cas extrêmes. Autrement, ce n'est pas la justice qui en profite, mais la sécurité qui en souffre.

²⁰⁷ Voir, Smyk M., *Klauzula rebus sic stantibus a tzw. gospodarcza niemożliwość świadczenia*, MoP, 14, 2001, n° 5.

²⁰⁸ L'art. 354 prévoit notamment que l'exécution d'une prestation doit être fait en accord avec son but socio-économique, avec les règles de convivialité sociale et les coutumes.

²⁰⁹ Smyk M., *op.cit.*, n° 7.

²¹⁰ Gawlik Z., *W sprawie klauzuli rebus sic stantibus w kodeksie cywilnym*, *op.cit.*, p. 80 et suiv.

²¹¹ Voir, Gawlik Z., *Komentarz do art.475 Kodeksu cywilnego*, p.7, dans : Kidyba A. (réd.), *Kodeks cywilny, Komentarz, T:III, Zobowiązania – część ogólna*, LEX, 2010, n° 61561 ; Rzetecka-Gil, *Komentarz do art.475 Kodeksu cywilnego*, p. 14, dans : *Kodeks cywilny, Komentarz, Zobowiązania - część ogólna*, LEX/el., 2011, n° 117155.

²¹² Smyk M., *op.cit.*, n° 7.

Chapitre III : Les remèdes au déséquilibre imprévu

1. Les mécanismes d'adaptation du contrat déséquilibré.

Les premières théories en matière d'imprévision étaient assez simples quant aux remèdes disponibles aux contrats déséquilibrés. Il était seulement question du pouvoir du juge de réviser et de résoudre le contrat. Des quatre théories que nous avons analysées au début de ce mémoire, seul le droit italien propose une nouvelle approche en la matière. En effet, l'art. 1467 C.civ.it. ne parle que d'une résolution du contrat pouvant être demandée par la partie lésée. Mais, ce n'est pas l'unique moyen par lequel il est possible de remédier à un déséquilibre. En vertu de l'alinéa 3 dudit article « La partie à l'encontre de laquelle est demandée la résolution du contrat peut l'éviter en offrant de modifier selon l'équité les termes du contrat ». Il s'ensuit que la révision du contrat est toujours possible. Pourtant, le choix des moyens par lesquels cette révision peut avoir lieu appartient aux parties. Le juge joue seulement un rôle d'arbitre. Sa fonction est réduite à celle de vérifier que les remèdes proposés par les parties du contrat réinstaurent bien l'équilibre. Si ce n'est pas le cas, il conserve le droit de prononcer la résolution du contrat.

L'approche italienne n'est pas la seule à ce jour à proposer de nouveaux remèdes pour les contrats déséquilibrés par la survenance de circonstances imprévisibles. Les solutions élaborées en matière de droit international des contrats méritent également que l'on s'y intéresse. Les Principes d'Unidroit et les PEDC ont instauré à cette fin une procédure à deux étapes. L'adaptation du contrat commence par la phase de renégociation et ce n'est qu'à l'échec de celle-ci qu'une intervention judiciaire peut être sollicitée. Même si la renégociation n'est pas a priori obligatoire, le refus de renégocier un contrat déséquilibré ne peut pas être totalement arbitraire. En vertu de l'art 6.2.3 des Principes d'Unidroit, la proposition de renégociation doit être faite par la partie lésée sans « retard indu ». La partie est obligée de communiquer à son cocontractant les raisons pour lesquelles elle demande une réouverture des négociations. Le cocontractant peut refuser de renégocier, mais son refus doit être justifié et conforme à la bonne foi et au devoir de coopération. L'art. 6 : 111 des

PEDC va un peu plus loin que les Principes d'Unidroit. En effet, il prévoit expressément une possibilité de condamner à des dommages-intérêts la partie qui refuse de négocier ou qui mène les négociations contrairement à la bonne foi, à condition que son refus ou son attitude abusive aient provoqué un dommage. Au final donc, la renégociation est une phase quasiment obligatoire, puisque, en vertu des deux textes mentionnés, la saisine du tribunal n'est possible qu'à l'échec des renégociations ou bien quand le cocontractant a refusé de renégocier.

La solution proposée par ces deux textes est d'autant plus intéressante que le mécanisme qu'elle instaure, rend la renégociation plus avantageuse pour les deux parties du contrat. Même si elles sont libres d'accepter ou non d'entrer dans des négociations, leur refus ne peut pas être complètement discrétionnaire, ni injustifié. Le non-respect de la bonne foi, du devoir de loyauté et de coopération peut exposer le cocontractant qui refuse de négocier ou qui négocie de manière déloyale au versement de dommages-intérêts (l'art. 6:111:3 PEDC).

C'est donc à l'échec des négociations que l'on passe à la deuxième phase du mécanisme d'adaptation. À cette étape, l'adaptation passe dans les mains du juge qui peut soit modifier les stipulations contractuelles, soit résoudre le contrat, soit le confirmer tel quel. Les Principes d'Unidroit et les PEDC n'instaurent pas de « hiérarchie » entre ces trois moyens. Le juge a donc le choix de prendre la mesure la plus adaptée. Les Principes d'Unidroit prévoient que le choix de juge doit être « raisonnable ». Par conséquent, si ni l'adaptation ni la résolution du contrat ne paraissent opportunes, le juge n'est pas obligé de les prononcer. Il peut tout simplement obliger les parties à reprendre les négociations ou bien confirmer les stipulations du contrat²¹³.

Les systèmes juridiques analysés dans le présent mémoire n'ont pas encore tout à fait adopté les mêmes mécanismes d'adaptation des contrats déséquilibrés par l'imprévision. Le droit espagnol et le droit polonais restent encore profondément marqués par les théories classiques de l'imprévision, et le droit français, quant à lui, est encore loin d'admettre entièrement la théorie de l'imprévision. Pourtant, les projets de réforme du droit des obligations, dans ces trois systèmes juridiques, proposent des solutions innovantes qui méritent d'être analysées plus profondément.

²¹³ Voir commentaire à l'art. 6.2.3., n° 7, p. 229.

Avant de passer à l'analyse du mécanisme d'adaptation proposé par les droits polonais et espagnol, il convient de rappeler que l'imprévision est dans ces deux systèmes juridiques une mesure d'exception. Par conséquent, l'application de l'imprévision n'est jamais automatique. Le Tribunal Suprême espagnol considère la doctrine *rebus sic stantibus* comme « une mesure dangereuse qui doit être appliquée avec précaution »²¹⁴. Cela suggère que les conditions d'applicabilité de cette théorie doivent être jugées très strictement. C'est pourquoi nous retrouvons très peu de jugements qui s'y réfèrent directement. Le droit polonais offre une justification un peu mieux argumentée. L'art. 357¹ KC confère un droit subjectif. Cela implique en premier lieu que le juge peut l'appliquer seulement à la demande d'une partie. Il ne peut jamais procéder à la révision *ex officio*. En plus, même si toutes les conditions d'application de l'art. 357¹ KC sont remplies, le juge peut adopter ou résilier le contrat seulement quand cela est en accord avec l'intérêt des parties et compte tenu des règles de convivialité sociale. Le juge doit donc constater que son intervention est absolument nécessaire et utile et sa décision peut être l'objet d'un recours en appel. C'est donc dans des conditions très précises qu'on procédera à l'intervention judiciaire.

Une fois l'imprévision admise, c'est seulement le juge qui procède à l'adaptation du contrat. Mais, il serait très réducteur d'admettre que cela consiste seulement à accorder au juge un pouvoir discrétionnaire de révision ou de résolution. Le juge n'est pas libre de choisir entre ces deux moyens. Avant de prononcer la résolution du contrat, le juge doit essayer de l'adopter aux nouvelles circonstances²¹⁵. Par conséquent, il peut prononcer la résolution du contrat quand il n'y a aucun moyen de le réviser. La doctrine espagnole, avant même la révision, distingue une autre phase d'adaptation du contrat : la phase d'interprétation judiciaire en bonne foi. Celle-ci a été reconnue dans les jugements qui ne font pas directement référence à la doctrine *rebus sic stantibus*. Cependant, ces jugements traitent de situations pratiques similaires. Ainsi, par exemple, dans une sentence du 5 janvier 1980²¹⁶ relative à un contrat de vente immobilière dont l'un des éléments essentiels était la vue sur le Peñón de Ifach, le Tribunal Suprême a procédé à la réduction du prix de l'appartement puisque celui-

²¹⁴ STS de 17 mai 1957, précité.

²¹⁵ Martínez Velencoso L.M., La doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus" en la jurisprudencia española, *op.cit.*, p. 377

²¹⁶ STS, 5 janvier 1980, RJ 1980, 19.

ci, après qu'il avait été construit, s'est avéré privé de cette belle vue. Dans une affaire plus récente, le Tribunal Suprême a reconnu, en s'appuyant sur l'art. 1281 C.civ.es., que l'impossibilité d'habiter dans un immeuble prive de sa finalité le contrat de vente immobilière, puisque son but initial était celui d'utiliser les locaux en question à des fins résidentielles²¹⁷. Dans les deux cas ci-dessus, le changement des circonstances s'affirme en fait comme une problématique du partage des risques²¹⁸ qui doit s'effectuer au regard des articles 1258 et 1281 C.civ.es. Ce n'est donc guère étonnant que l'art. 1213 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations²¹⁹ et des contrats mette en valeur la révision du contrat. Pourtant, s'il est vrai que ledit article subordonne la résolution à la révision du contrat, on peut avoir des doutes quant au pouvoir du juge. Jusqu'à présent, c'est le juge qui révisait le contrat, et il conservait une liberté considérable quant au choix des moyens de cette révision. Or, l'alinéa 2 de l'art. 1213 se rapproche plutôt de la solution italienne. « La demande de résolution », stipule-t-il, « peut être envisagée seulement quand la ou les propositions de révision du contrat faites par chacune des parties ne permettent pas de restaurer l'équivalence des prestations du contrat ». Il s'ensuit que ce n'est pas au juge qu'il appartient de choisir les moyens de la révision, mais aux parties. Cette solution se fait donc l'écho de l'alinéa 3 de l'art. 1467 C.civ.it.

Le KC propose une approche un peu plus souple. On exige que l'intervention judiciaire soit la mieux adaptée à la situation. En choisissant le remède, le juge doit être dirigé par les intérêts des parties et les règles de convivialité sociale. Ce deux atténuations réduisent d'autant plus le pouvoir discrétionnaire du juge. Sa décision ne peut surtout pas être partielle. Le juge est obligé de prendre en compte tant les intérêts du débiteur que du créancier²²⁰. Le devoir de prendre en compte les règles de convivialité sociale est à ce jour très critiqué par la doctrine. En effet, l'expression fait allusion à des valeurs et notions propre au socialisme, et elle peut paraître incompréhensible pour les juristes étrangers. C'est pourquoi il est proposé de la remplacer, au moins dans le cadre de l'article 357¹ KC²²¹. Cependant, même s'il appartient au juge de choisir le remède le plus adéquat, il doit tout d'abord essayer de

²¹⁷ STS, 5 novembre 2002, RJ 2003, 9634.

²¹⁸ Martínez Velencoso L.M., La doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus" en la jurisprudencia española, *op.cit.*, p. 379

²¹⁹ Voir Annexe A.

²²⁰ Brzozowski A., *op.cit.*, p. 991.

²²¹ *Ibid.*

réviser le contrat, et si la révision n'est pas possible, il peut le résoudre. Ceci découle de la rédaction de l'art. 357¹ KC qui stipule que le juge peut « déterminer la façon d'exécution de l'obligation, le montant de la prestation ou même déclarer la dissolution du contrat. » Le projet de réforme de l'art. 357¹ KC, élaboré par la Commission de codification du droit civil, ne conserve plus de hiérarchie entre la révision et la résolution. L'art. 4§2 du projet, dans sa dernière version, met tous les remèdes disponibles sur le même pied d'égalité. Ainsi, le juge peut « changer le délai d'exécution du contrat ou échelonner le paiement ou résoudre le contrat entièrement ou en partie »²²². Néanmoins, le choix du juge ne pourra pas être complètement arbitraire, puisqu'il est tenu de prendre en compte « les intérêts des parties ». Sur ce point, cette solution se rapproche des Principes d'Unidroit et des PEDC. Néanmoins elle omet la phase de renégociation.

Nous avons observé qu'en droit français, il n'existe pas d'autre remède au contrat déséquilibré par la survenance de circonstances imprévisibles que la renégociation. L'existence de l'obligation de renégociation a été déduite du 3^{ème} alinéa de l'art. 1134 C.civ.fr. Ainsi, c'est par le biais de l'obligation d'exécution en bonne foi que la renégociation a été reconnue. Les solutions proposées par les projets de réforme du droit des obligations français confirment cette jurisprudence. En plus, les trois projets de réforme français mettent la renégociation en valeur. Comme dans les Principes d'Unidroit et les PEDC, la renégociation constitue la première phase d'adaptation du contrat. C'est donc la procédure d'adaptation judiciaire qui diffère dans ces trois projets. Le plus ancien, le projet Catala, confère le moins de pouvoir au juge, puisqu'il lui interdit complètement de réviser et de résoudre le contrat. En vertu des art. 1135-1 à 1135-3, les parties peuvent seulement demander au juge qu'il ordonne une renégociation. À l'échec de cette dernière, sans mauvaise foi, elles peuvent résilier le contrat. L'intervention judiciaire se limite donc à l'octroi des renégociations. Le juge n'intervient même pas pour ordonner la résolution, celle-ci étant entièrement laissée au pouvoir de décision des cocontractants. Le projet de la Chancellerie confère un peu plus de pouvoir au juge. Il lui permet notamment d'adapter le contrat, mais seulement avec l'accord des parties. À défaut de cet accord, le juge, en vertu de l'art 136, peut fixer la date et les conditions pour mettre fin au contrat. Le projet de l'Académie des sciences morales et politiques va encore plus loin dans l'affirmation

²²² Voir Annexe A.

des pouvoirs du juge. L'art. 92 prévoit qu'en absence d'accord entre les parties dans un délai raisonnable²²³, le juge est autorisé à adapter ou à résoudre le contrat. En statuant, il doit néanmoins prendre en compte les intérêts légitimes des parties du contrat, mais il n'a pas besoin d'obtenir leur accord pour procéder à l'adaptation. Le projet s'aligne donc entièrement sur les solutions proposées par les Principes d'Unidroit, les PECL et le DCFR.

Les mécanismes d'adaptation des contrats déséquilibrés par l'imprévision dans les droits nationaux analysés dans le présent mémoire se distinguent donc nettement des mécanismes proposés par les textes du droit international des contrats. Même si on retrouve l'influence des Principes d'Unidroit et des PEDC dans les mécanismes nationaux d'adaptation ainsi que dans les projets de réforme, leurs solutions gardent une certaine originalité. Il est nécessaire maintenant d'analyser plus précisément les remèdes qu'ils proposent.

2. L'adaptation judiciaire.

A. La modification des obligations.

La théorie créée par Ripert et Planiol ainsi que la doctrine *rebus sic stantibus* issue du *ius commune* n'énuméraient pas les moyens par lesquels le juge peut procéder à la révision d'un contrat déséquilibré par l'imprévision. Bien évidemment, son choix devait être raisonnable et équitable, néanmoins, il pouvait choisir librement la façon et les moyens de sa révision. Une telle approche est encore présentée par le droit espagnol. Pourtant, en droit polonais, même si c'était avant tout le pouvoir de révision que les juristes polonais revendiquaient avant l'introduction de l'art. 357¹ KC²²⁴, le juge est beaucoup plus limité dans le choix des moyens par lesquels il peut procéder à la révision du contrat.

Avant de passer à l'analyse détaillée des droits nationaux, il convient de faire

²²³ Son intervention peut donc venir avant l'échec des négociations puisque le texte vise seulement l'absence d'accord dans un délai raisonnable, cf., Savaux, *op.cit.*, IIA

²²⁴ Voir note n° 219.

quelques remarques quant aux limites générales du pouvoir de modification judiciaire des contrats. Tout d'abord, modifier ne veut pas dire réécrire le contrat. Le juge qui procède à la modification de la convention ne peut jamais se substituer entièrement à la volonté des parties. Ce qui veut dire que la modification ne peut pas aller jusqu'à la création d'une nouvelle obligation. Le juge pourra donc modifier la valeur de la prestation, mais jamais son objet. Par exemple, dans un contrat de livraison, le juge pourra changer la quantité des articles livrés, mais il ne pourra pas changer la qualité des choses. Il pourra donc décider que la partie, qui en vertu de son contrat devait livrer une tonne de carottes par mois, sera désormais obligée d'en livrer 800 kilos seulement. Mais, il ne pourra jamais l'obliger de livrer des betteraves à la place des carottes. En plus, la modification ne peut jamais être faite *in abstracto*. En outre, le juge peut modifier la relation contractuelle quand elle devient inéquitable et non pas quand elle l'était dès le début. La modification suite au changement des circonstances ne peut pas se substituer à la lésion²²⁵. Certes, il doit prendre en compte l'état initial des prestations, mais son intervention ne doit pas aller au-delà de l'équilibre initial voulu par les parties. Autrement dit, si les parties avaient conçu le contrat de sorte qu'il confère plus d'avantages à l'une des parties et moins à l'autre, le juge ne pourra pas changer cela. Nous retrouvons un tel raisonnement dans l'arrêt *Les repas parisiens* (précité) où la Cour de Cassation constata clairement qu'elle ne peut pas remédier à un déséquilibre structurel du contrat. Le droit polonais prévoit une exception à cette règle. Si le contrat est dès le début contraire aux règles de convivialité sociale, le juge peut modifier ses stipulations au-delà de l'équilibre initial du contrat²²⁶.

Comme nous l'avons déjà indiqué, en droit espagnol, le juge n'est pas a priori limité par les moyens par lesquels il peut procéder à la révision du contrat. En plus, l'existence d'une hiérarchie entre les remèdes oblige le juge à modifier la convention avant de la résoudre. Le juge n'est pas lié par la demande des parties. Même si elles demandent la résolution, il peut toujours décider de modifier le contrat. Dans la plupart des cas où les tribunaux ont admis l'application de la doctrine *rebus sic stantibus*, c'est au final la révision qui a été prononcée. La prépondérance de ce remède est visible dans l'arrêt cité ci-dessous. Dans la sentence du 6 novembre

²²⁵ Mouralis J.L., *op.cit.*, n° 3.

²²⁶ Brzozowski, *op.cit.*, p. 994.

1992²²⁷, il était question d'un contrat de cession de parts d'une discothèque, dont le local était loué par le partenaire commercial du cédant. Le cessionnaire a payé une partie du prix et était encore obligé de payer le reste du prix pendant 3 ans. Avant qu'il finisse de rembourser le cédant, le bailleur a résilié le contrat et la discothèque a été fermée. Le Tribunal Suprême a modifié la valeur des prestations et le cessionnaire a été absout du reste de sa dette. Dans cette affaire, on pourrait se demander si la résiliation du contrat de bail était vraiment une circonstance imprévisible. On pourrait également se demander si en l'espèce, les conditions de l'imprévision, si rigoureuses en droit espagnol, étaient remplies. Mais ce ne sont pas les seules remarques que l'on pourrait formuler vis à vis de cet arrêt. On peut se demander si la durée du contrat de bail était vraiment liée au contrat de cession. Mais si on admet que tel était le cas, il s'ensuit que l'existence du contrat de bail était le fondement du contrat de cession. Par conséquent, une fois le contrat de bail résilié, le contrat de cession perd tout son sens. En outre, en l'espèce, il n'y avait pas forcément de déséquilibre entre les prestations, c'est le fondement contractuel qui faisait défaut. Si le Tribunal Suprême avait effectivement constaté une interdépendance entre les deux contrats, il aurait plutôt dû prononcer la résolution que la révision. D'ailleurs, la partie qui a formulé le recours avait demandé la résolution de son contrat, et non pas la révision.

Pour que la révision soit un remède efficace, il faut laisser dans les mains de juge une marge d'appréciation. Néanmoins, si son pouvoir ne trouve aucun limite, son intervention peut troubler excessivement la volonté des parties et on risque de tomber dans « l'anarchie contractuelle », comme disait Josserand²²⁸. En plus, si on ne peut pas prévoir à l'avance quels seront les moyens employés pour remédier à un contrat déséquilibré, on manque de sécurité juridique. Certes, le choix de juge doit être raisonnable et adapté, mais cela ne protège pas entièrement contre l'arbitraire. C'est peut-être pourquoi il vaudrait mieux établir des limites quant au degré de l'intervention judiciaire. Nous pouvons envisager deux solutions. La première est celle adoptée par l'art.1213 de l'avant projet de réforme du droit espagnol des obligations et des contrats, et par les art. 1467 et suivants du C.civ.it. Il s'agit de laisser le choix des moyens de révision aux parties. On aboutit ainsi à une étape qui ressemble à la renégociation. Pourtant, c'est le juge qui doit vérifier si les conditions offertes sont

²²⁷ STS de 6 novembre 1992, RJ 1992, 9226.

²²⁸ Cf., Josserand L., *Cours de droit civil positif français*, Sirey, 1939, n° 405 bis, p. 228.

équitables²²⁹. La deuxième solution consiste en l'énumération des moyens par lesquels le juge peut réviser le contrat. Elle a été adoptée par le droit polonais.

Si les conditions d'application de l'art. 357¹ KC sont réunies, le juge a à sa disposition trois facultés. Il peut modifier la valeur des prestations, tel sera le cas par exemple quand il procède à la réduction ou à l'augmentation du prix stipulé dans le contrat. Il peut aussi changer la façon d'exécution du contrat, en accordant par exemple un délai supplémentaire ou en modifiant le lieu d'exécution. Enfin, si les deux moyens précédents s'avèrent inefficaces, il peut résoudre le contrat. Même si l'art. 357¹ KC confie au juge deux moyens seulement par lesquels il peut réviser le contrat, son pouvoir est assez large. C'est surtout le pouvoir de modifier la valeur des prestations qui semble dangereux puisqu'il touche au cœur de la convention. C'est peut-être pourquoi les propositions de la Commission de codification du droit civil polonais, dans le projet relatif à « l'exécution et les conséquences de violation des obligations » (pl. « Wykonanie i skutki naruszeń zobowiązań ») qui inclut la réforme de l'art. 357¹ KC, ont écarté complètement cette possibilité. La dernière version de l'art. 4§2 prévoit que le tribunal pourra seulement changer le délai d'exécution ou bien échelonner le paiement²³⁰. Son pouvoir de révision sera donc très restreint par rapport aux compétences qu'il possède actuellement. Néanmoins, l'art. 4§2 prévoit qu'à la demande des parties, le tribunal pourra modifier le contrat par d'autres moyens. Curieusement, le droit polonais pourrait donc aboutir aux mêmes solutions que celles élaborées en droit français.

Nous avons déjà observé que le projet de la Chancellerie, subordonne également le pouvoir de révision des contrats à l'accord préalable des parties. Pourtant, malgré le fait que l'imprévision ne soit pas encore acceptée en droit français, certaines dispositions du C.civ.fr. confient au juge le pouvoir de révision. En effet, l'art. 1184 C.civ.fr., prévoit que le juge, saisi d'une demande en exécution forcée ou en résolution, peut accorder au débiteur un délai pendant lequel les poursuites effectuées par ses créanciers seront suspendues. En plus, des délais de grâce peuvent être octroyés par le juge en application des articles 1244-1 et suivants du Code civil. En vertu de ceux-ci, le juge peut non seulement accorder un délai, mais aussi échelonner le paiement dans la limite de deux ans. Le juge peut aussi, par « une décision spéciale

²²⁹ Courtois H., *op.cit.*, p. 108.

²³⁰ Voir Annexe A.

et motivée » réduire le taux d'intérêt jusqu'à la limite du taux légal ou décider que « les paiements s'imputeront d'abord sur le capital » (1244-1 C.civ.fr.). Dans tous les cas, la décision judiciaire suspend les procédures d'exécution. Le système qui a été mis en place par la loi du 9 juillet 1991 relative aux procédures civiles d'exécution s'est inspiré de celui qui avait été instauré par la loi du 31 décembre 1989 sur le surendettement des particuliers et des familles²³¹. Pourtant, il convient de remarquer que l'application des articles susmentionnés n'est pas subordonnée à l'apparition de circonstances imprévisibles ou à l'existence d'un déséquilibre entre les prestations. Ces articles concernent l'exécution des contrats et le juge peut accorder des délais, selon les circonstances, de manière complètement discrétionnaire²³².

La réforme de l'art. 357¹ KC est encore loin d'être votée. Mais si le texte modifiant la clause *rebus sic stantibus* était accepté, cela signifierait un grand changement dans la conception polonaise de l'imprévision. Pourtant, le droit polonais n'est pas le seul à contester à ce jour l'utilité de la révision judiciaire. Les tendances en droit espagnol et en droit français témoignent d'une certaine méfiance quant à l'utilité de confier un si grand pouvoir au juge. La révision semble donc céder de la place à la renégociation et à la résolution du contrat.

B. La résolution du contrat.

Comme nous l'avons observé, la primauté de la révision des contrats sur leur résolution est encore en vigueur dans les droits polonais et espagnol. La résolution est donc la décision ultime que le juge peut prononcer. En effet, les sentences espagnoles qui admettent la résolution du contrat sont très rares. L.M. Martínez Velencoso cite seulement deux arrêts dans lesquels le juge a résout le contrat en appliquant la doctrine *rebus sic stantibus*²³³. Pourtant, il ne faut pas oublier qu'il existe toute une série de cas où le Tribunal Suprême a rendu caducs les contrats en s'appuyant sur la cause. Les auteurs affirment en général que si le législateur veut introduire l'imprévision au sein du code, il devra conserver la hiérarchie des remèdes et donner

²³¹ Voir, Fenouillet D., Malinvaud P., *Droit des obligations*, Lexisnexis, Éd.11., Paris, 2010, p. 395.

²³² *Ibid.*

²³³ STS, 28 janvier 1970, RJ 1970, 324 et STS, 23 mars 1988, RJ 1988, 2228.

priorité à la révision, avant de considérer la résolution du contrat²³⁴. En effet, l'art.1213 de l'avant-projet de modernisation du droit des obligations et des contrats prévoit que la résolution du contrat peut seulement être prononcée si la révision n'est pas possible. Pourtant, comme remarqué dans la section précédente, cette révision n'est pas entièrement confiée au juge.

Les solutions avancées par les projets de réforme, ou d'introduction, de l'imprévision au sein des droits des obligations polonais et français proposent une autre approche. En effet, ces solutions restreignent considérablement le pouvoir de révision des contrats au profit de leur résolution. Ainsi, la résolution s'avère être le premier, et non pas le dernier, moyen dont dispose le juge lorsque l'une des parties présente un recours pour imprévision.

Des trois projets de réforme du droit français des obligations, c'est le projet de la Chancellerie qui mérite le plus d'attention. Non seulement parce qu'il propose la solution la plus intéressante en matière d'imprévision, mais encore parce qu'il exprime le mieux l'idée de l'imprévision « à la française ». Le projet soumet la révision du contrat à la volonté des parties. La révision judiciaire n'est donc pas un moyen « normal » ni « primaire ». Bien au contraire, c'est un moyen subsidiaire, qui dépend entièrement de la volonté des parties. Le juge peut donc soit résoudre soit confirmer entièrement le contrat. Cette solution s'approche considérablement de la *frustration* anglaise. Si les juges anglais ont reconnu le concept de l'imprévision, ils ne se sont jamais octroyés le pouvoir de modifier les stipulations contractuelles. Et comme a remarqué T. Genicon, les solutions anglaises ne sont pas tellement éloignées de la jurisprudence *Craponne*²³⁵.

Cette méfiance vis à vis du pouvoir de révision peut s'expliquer au regard de la tradition civiliste française. Si le C.civ.fr. n'a pas adopté l'imprévision jusqu'à maintenant, c'est parce que l'idée principale sur laquelle il repose est beaucoup plus proche de la liberté que de la solidarité contractuelle. Toutes les prévisions de protection de la partie faible du contrat, ainsi que certains régimes de responsabilité délictuelle, sont des éléments nouveaux introduits soit par le biais de multiples réformes, soit par le biais de la jurisprudence dans le but de lisser les règles trop dures

²³⁴ Martínez Velencoso L.M., La doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus" en la jurisprudencia española, *op.cit.*, p. 383.

²³⁵ Genicon T., *op.cit.*, n° I.

du code. Or, la révision des stipulations du contrat, quelles que soient les limites que le législateur ou la doctrine lui opposent, laisse au juge une grande marge d'appréciation. Quelle que soit son intervention, elle se substitue toujours à la volonté des parties. Certes, le rôle du juge est celui d'assurer la justice dans les relations humaines. Mais est-il juste de lui permettre de s'immiscer dans une relation créée par des hommes libres et de modifier ce qu'ils ont librement conclu ? Cette intervention est d'autant moins justifiée lorsque les parties, en toute bonne foi, n'ont pas réussi à renégocier leur accord. Si les parties n'arrivent pas à changer leur propre relation contractuelle de sorte qu'elle satisfasse chacune d'entre elles, il serait illusoire d'espérer que le juge puisse y arriver. En réalité, si le juge révisé le contrat dans ce cas de figure, il le fait toujours contre la volonté de l'un des cocontractants au moins²³⁶. Il est donc plus cohérent et efficace de lui permettre de résoudre le contrat plutôt que de changer ses stipulations.

Le projet français n'est pas le seul à mettre l'accent sur la résolution judiciaire. Dans la première version de l'art. 4§2 (qui est censé remplacer l'art. 357¹ KC) du projet de la Commission de codification du droit civil polonais, la révision a été complètement omise. Par suite, le juge aurait pu seulement résoudre le contrat entièrement ou en partie²³⁷. Si cette version avait été acceptée, les remèdes disponibles pour le juge seraient donc réduits à la résolution. Remarquons encore qu'une telle solution avait été élaborée par la jurisprudence polonaise avant l'introduction de l'art. 357¹ KC²³⁸. Or, les juristes polonais demandaient l'introduction de l'imprévision parce qu'à leur avis, la résolution du contrat ne donnait pas toujours des résultats équitables²³⁹. Ces critiques n'ont pas perdu de leur actualité²⁴⁰, et c'est pourquoi la révision a été réintroduite dans la deuxième version de l'art. 4§2. Mais comme indiqué dans la section précédente, les pouvoirs de révision ont été restreints. Une discussion sur la réforme de l'imprévision en droit polonais a donc été ouverte. L'art. 357¹ KC a déjà été modifié en 1996, mais cette réforme n'a pas suffisamment

²³⁶ Savaux E., *op.cit.*, IIA.

²³⁷ Voir Annexe A.

²³⁸ Voir les sections concernant l'impossibilité économique en droit polonais.

²³⁹ Voir note n° 209.

²⁴⁰ Voir, Strugała R., *Perspektywa zmian regulacji dużej klauzuli rebus sic stantibus (art. 357¹ KC). Uwagi na tle projektu przygotowanego na zlecenie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, Transformacje Prawa Prywatnego*, 1,2012, p. 87 ; voir aussi Annexe A.

changé sa finalité²⁴¹. Comme le suggère sa rédaction, et surtout son évocation des règles de convivialité sociale, l'art. 357¹ KC n'a pas été conçu pour remédier aux contrats internationaux ou commerciaux. Au contraire, son but était celui de protéger les parties faibles qui devaient supporter les conséquences néfastes d'événements qu'elles n'avaient pas pu prévoir²⁴². Le pouvoir confié dans les mains des juges polonais, qui sont de véritables arbitres des « règles de convivialité sociale », n'est ni plus ni moins que l'un des fruits de l'héritage socialiste qui pèse toujours sur le KC. Les propositions de modernisation de l'art. 357¹ prennent en compte l'évolution de la pratique contractuelle qui a dû changer suite à l'entrée de la Pologne au sein du commerce international et de l'économie de marché. Il a en effet fallu faciliter les échanges commerciaux internationaux en réduisant le pouvoir discrétionnaire de révision du juge.

À ce jour, les trois systèmes juridiques analysés ici présentent des approches différentes quant aux remèdes admis par la théorie de l'imprévision. Si l'impact des textes internationaux, tels que les Principes d'Unidroit et les PEDC, est considérable, les droits nationaux élaborent leurs propres solutions. Néanmoins, on peut observer une tendance générale de restriction du pouvoir de révision judiciaire. Ce phénomène est dû au fait que l'imprévision devient de moins en moins un instrument de justice contractuelle. Elle s'affirme de plus en plus comme étant utile aux relations commerciales et internationales. La prépondérance de la résolution par rapport à la révision judiciaire favorise grandement la renégociation entre les parties.

3. La renégociation.

Les premières théories en matière d'imprévision prévoyaient comme remède au contrat déséquilibré la révision ou la résolution judiciaires. Et cette ingérence judiciaire dans l'autonomie de volonté des parties était très critiquée. Sans doute, la théorie de l'imprévision qui attribuait un tel pouvoir au juge était contraire à la notion de la convention-loi. Pourtant, pendant longtemps, la renégociation n'a pas été

²⁴¹ Rappelons que c'est par le biais de cette réforme que l'application de l'art. 357¹ KC a été ouverte aux professionnels.

²⁴² Brzozowski A., *op.cit.*, p. 992.

envisagée, par les auteurs favorables à l'introduction de l'imprévision au sein des droits nationaux, en tant que remède pouvant précéder, voire remplacer, le pouvoir du juge. Elle était toujours possible, puisque les parties, en tant que véritables maîtres du contrat, pouvaient renégocier ses stipulations, voire le résoudre par *mutuus dissensus*. Mais elle n'était pas une étape obligatoire. Ce n'est que sous l'influence de la pratique contractuelle internationale et des textes internationaux que les théoriciens de l'imprévision ont inclus la renégociation dans leurs doctrines.

Tout d'abord, il faut remarquer que la renégociation offre beaucoup plus d'avantages que la révision ou la résiliation judiciaire. Comme expliqué plus haut, elle permet de modérer l'impact de l'ingérence judiciaire dans l'autonomie de volonté des parties²⁴³. En outre, ce sont bien les parties d'un contrat déséquilibré qui sont les plus à même de trouver une solution satisfaisante permettant de rééquilibrer leur accord. Ils ont conçu leur contrat pour encadrer un projet économique qui s'inscrit en général dans le cadre d'une longue relation commerciale. Le juge, quant à lui, est toujours une personne étrangère au contrat. Classiquement, il n'a pas suffisamment de moyens à sa disposition pour pouvoir analyser tous les aspects du contrat, et encore moins pour comprendre la relation économique entre les deux parties. En outre, la renégociation permet de garder de bonnes relations entre deux partenaires, ce qu'une procédure judiciaire, contradictoire et publique, ne peut pas garantir. Comme dans le cadre de l'arbitrage, les parties ont beaucoup de liberté pour mettre en place la procédure de renégociation. Elles peuvent notamment choisir librement leurs experts, ainsi que la langue dans laquelle la procédure sera menée. Ce sont des points pour lesquels le tribunal, quant à lui, est toujours très lié par les règles du code de la procédure. Enfin, il ne faut pas oublier que la renégociation permet de déterminer l'avenir du contrat et de la relation économique. Son but est de rééquilibrer la relation contractuelle pour que tous les partenaires puissent en tirer un avantage. Néanmoins, il ne s'agit jamais de l'équilibre qui existait au moment de la conclusion du contrat, mais d'un nouvel équilibre qui prend en compte l'évolution des circonstances²⁴⁴. Nous avons déjà observé que la renégociation est devenue une phase obligatoire selon les Principes d'Unidroit et les PEDC. Or, cette solution n'est pas tout à fait partagée par la régulation de l'imprévision dans les droit nationaux.

²⁴³ Brzozowski A., *op.cit.*, 1007 et suiv.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 997.

La rédaction actuelle de l'art. 357¹ KC ne prévoit pas de phase de renégociations. Pourtant, cette étape était présente dans le projet de réforme de la Commission de Réforme du Droit Civil qui date de 1989. Le § 2 du futur art. 357¹ allait en effet très loin, puisqu'il interdisait tout recours judiciaire avant que la partie envisageant de demander la révision n'ait proposé à son cocontractant de renégocier leur accord²⁴⁵. Le projet prévoyait aussi que la renégociation devait porter remède à la relation déjà existante, et non pas créer un nouveau contrat. Cependant, cette solution fut rejetée et au final le législateur polonais n'a prévu que les trois remèdes que nous avons déjà analysés. Ce rejet de l'obligation de renégocier ne paraît pas étonnant. L'art. 269 KZ, qui servait de modèle aux rédacteurs de l'art. 357¹ KC, ne prévoyait pas de renégociation des contrats. En plus, la réforme qui a réintroduit l'imprévision au sein du droit polonais est survenu en 1990, alors que la Pologne venait d'ouvrir ses frontières. À l'époque en effet, les juristes polonais connaissaient très mal les solutions du droit international des contrats. La Pologne devenue désormais un acteur à part entière au sein du commerce international, il est actuellement proposé de revenir sur l'art. 357¹ KC et de l'aligner sur les solutions établies par les Principes d'Unidroit et les PEDC²⁴⁶. D'autant plus que la pratique contractuelle polonaise a considérablement changé depuis 1990. Aux côtés des clauses de hardship, une obligation de renégociation est de plus en plus souvent insérée aux contrats²⁴⁷.

Actuellement, le droit espagnol propose une solution semblable à celle proposée par le droit polonais. La renégociation d'un contrat déséquilibré est laissée au libre choix des parties qui peuvent soit prévoir une telle possibilité expressément dans leur contrat, soit, en l'absence d'une telle clause, décider de renégocier d'un commun accord après la survenance de circonstances imprévisibles. Néanmoins, d'après le projet de réforme du droit espagnol des obligations, les parties sont obligées de participer à la procédure d'adaptation de leur contrat. Ainsi, l'alinéa 2 de l'art. 1213 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations de 2009 stipule que « la résolution du contrat peut être envisagée uniquement quand il n'était pas possible de réinstaurer l'équilibre au moyen des propositions faites par les parties »²⁴⁸. Cet article

²⁴⁵ Voir Annexe C.

²⁴⁶ Voir, Rajski J., *Z problematyki funkcjonowania zasady pacta sunt servanda i klauzuli rebus sic stantibus we współczesnym klimacie gospodarczym*, *op.cit.*, p. 8; Brzozowski A., *op.cit.*, p. 998.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ Voir Annexe A.

ne prévoit pas expressément une obligation de renégociation ; le recours judiciaire n'est donc pas conditionné à une tentative de négociation. Pourtant, d'après P. Salvador Coderch, la présupposition de cet article est liée à l'obligation de bonne foi contractuelle, exprimée par l'art. 1243²⁴⁹. La régulation tente donc d'inciter les parties à émettre des propositions permettant d'éviter l'intervention du tribunal. À cette fin, ce même auteur propose d'autres mesures, s'inspirant non pas du droit matériel, mais du droit procédurier. Par exemple, il propose de modifier l'art. 394 de la loi de procédure civile (*Ley de Enjuiciamiento Civil – LEC*) de sorte que soit condamnée aux dépens la partie qui avait rejeté une proposition, émise par son cocontractant avant le litige, qui lui était plus avantageuse que le jugement final du tribunal²⁵⁰. Une telle solution a été adoptée par l'art. 68 de la loi fédérale de la procédure (*Federal Rules of Civil Procedure - FRCP*) aux États-Unis. Cette solution laisse encore plus de place au libre choix des parties, tout en les incitant à trouver par elles-mêmes un remède adéquat au déséquilibre de leur contrat. En effet, si elles ne font pas preuve de bonne volonté pour modifier leur contrat de façon adéquate afin de le préserver, elles devront s'engager dans une procédure judiciaire dont les résultats sont incertains, tout en assumant le risque supplémentaire d'en devoir supporter les frais. La décision de renégocier ou pas consiste donc à un calcul des risques, et il apparaît qu'il vaut peut-être mieux négocier que former un recours.

Curieusement, on remarque que c'est le droit français, classiquement le plus réticent à admettre la théorie de l'imprévision, qui s'est avéré le plus attiré par les avantages que présente la renégociation d'un contrat déséquilibré par la survenance de circonstances imprévisibles. À ce jour, il est le seul système juridique de tous les trois analysés dans le présent mémoire, à avoir reconnu une véritable obligation de renégociation.

Après les arrêts *Huard* et *Chevassus-Marche* (arrêts précités), tous les deux rendus par la Chambre Commerciale, la portée de l'obligation de renégociation n'était pas encore précise. Nous avons remarqué que certains auteurs étaient réticents à voir dans l'obligation de renégociation un véritable pas vers l'acceptation de la théorie de l'imprévision. Leurs arguments se basaient notamment sur le fait que les circonstances

²⁴⁹ Salvador Coderch P., *op.cit.*, p. 46, « La presuposición fáctica del texto español responde casi intuitivamente a la exigencia de respeto al principio de la buena fe contractual (art. 1243 de la Propuesta)(...) ».

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 48.

qui avaient déséquilibré les contrats dans les arrêts *Huard* et *Chevassus-Marche* n'étaient pas tout à fait des circonstances imprévisibles. En effet, dans une certaine mesure, on pourrait imputer la survenance des circonstances déstabilisant le contrat à la partie qui ne voulait pas le renégocier. En analysant les faits en question dans l'arrêt *Chevassus-Marche*, on constate que si Danone n'avait pas permis aux centrales d'achat de s'approvisionner en métropole et de pratiquer par conséquent des ventes parallèles de ses produits en Indochine, M. Chevassus-Marche aurait pu continuer à tirer profit de son contrat de représentation exclusive. Danone pourrait donc être considéré comme étant le responsable du changement de la situation économique, mais ce n'est pas tout à fait ce qu'établissait la Cour. L'arrêt *Les Repas Parisiens* de 2004 a confirmé qu'en effet, l'obligation de renégociation concerne les cas où le changement de circonstances est survenu indépendamment de la volonté des parties. La Cour a condamné « le refus injustifié de la commune et de l'association de prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques » et si elle avait considéré que cela ne constituait pas une faute, elle aurait reconnu l'existence d'une obligation de « renégocier les modalités du sous-traité » en vertu de « l'obligation de loyauté et d'exécution en bonne foi ».

Pourtant, l'obligation de renégocier n'est pas présumée dans tous les contrats ni dans toutes les circonstances²⁵¹. Dans la plupart des arrêts qui introduisent l'obligation de renégociation, il est question de contrats de distribution. La partie demandeuse est dans une situation de faiblesse par rapport à son cocontractant. B. Deffrains et S. Ferey ont qualifié cette situation de *hold-up*²⁵². Les faits donc sont très spécifiques et on pourrait supposer que l'obligation de renégociation peut intervenir seulement dans des cas similaires. Mais cet approche a été écartée par la 1^{ère} Ch.Civ. En effet, dans l'arrêt *Les Repas Parisiens*, il était question d'un contrat de bail et non pas d'un contrat de distribution. Or, la solution proposée par la 1^{ère} Ch.Civ coïncide avec les solutions de la Ch.Comm., bien qu'elle se réfère seulement à l'obligation de renégociation *obiter dictum*. Il paraît donc qu'à ce jour l'obligation de renégociation n'est plus limitée à certaines catégories de contrats.

Néanmoins, l'arrêt cité ci-dessus pose encore deux autres restrictions à la mise

²⁵¹ Voir, Mazeaud D., Du nouveau sur l'obligation de renégocier, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1754 et suiv., p.11.

²⁵² Deffrains B., Ferey S., *op.cit.*, p. 719 et suiv.

en vigueur de l'obligation de renégociation. Tout d'abord, le déséquilibre en question doit s'afficher au moment de l'exécution du contrat. Nous avons déjà remarqué, à l'occasion de l'analyse du pouvoir judiciaire de modification des conventions, que la révision doit toujours rétablir un équilibre similaire à l'équilibre initial, mais qu'elle ne doit pas remédier à un possible déséquilibre structurel du contrat. En effet, la Cour a constaté que l'une ou l'autre des parties n'était pas tenue de renégocier le contrat en raison de l'existence d'un déséquilibre au moment de sa conclusion. L'obligation de renégociation n'existe pas dans le cas d'une lésion. En outre, l'une ou l'autre des parties « ne pouvait fonder son retrait brutal et unilatéral sur le déséquilibre structurel du contrat que, par sa négligence ou son imprudence, elle n'avait pas su apprécier » (arrêt précité). Un déséquilibre structurel, résultant de la négligence de l'une ou l'autre des parties n'ayant pas bien négocié le contrat ou s'étant montrée négligente lors de sa conclusion, ne donne pas droit à formuler un recours au seul motif que le déséquilibre structurel du contrat persiste au moment de son exécution. Au final, seul un déséquilibre survenant postérieurement à la conclusion du contrat, et dont la cause directe est extérieure à celui-ci, rend l'obligation de renégociation contraignante. Il paraît donc que la Cour de Cassation, bien qu'elle semble admettre la théorie de l'imprévision par le biais de l'obligation de renégociation, n'ignore pas complètement les principes classiques du C.civ.fr. La solidarité contractuelle ne va pas au delà, et ne permet donc pas d'excuser la négligence de celui qui ne savait pas à quoi il s'oblige²⁵³.

En guise de conclusion, il convient de remarquer que les projets de réforme et les postulats de la doctrine sont à ce jour favorables à l'introduction d'une phase de renégociation du contrat avant de faire appel aux autres moyens d'assainissement d'un contrat déséquilibré par la survenance de circonstances imprévisibles. Sur ce point, ces propositions se rapprochent du mécanisme d'adaptation proposé par les Principes d'Unidroit et les PECL. Pourtant, il est possible d'affirmer que la simple reconnaissance de l'existence d'une obligation de renégocier n'est pas suffisante pour inciter les parties à renégocier leur accord. Nous avons vu que la renégociation, en tant que remède au contrat déséquilibré, présente beaucoup plus d'avantages que l'intervention judiciaire. Mais, pour qu'elle soit un moyen vraiment efficace, il faut

²⁵³ Mazeaud D., Du nouveau sur l'obligation de renégocier, *op.cit.*, p. 15.

que le droit réussisse à inciter les parties à trouver un compromis. En plus, les différentes prévisions des droits matériel et procédurier devraient donc rendre la renégociation plus avantageuse. La solution que P. Salvador Coderch a proposée est, sur ce point, très intéressante²⁵⁴.

Conclusion

Au début de ce mémoire, nous avons indiqué qu'à ce jour, la théorie de l'imprévision essaye de remplir deux objectifs. Le premier concerne la problématique de la règle morale dans le droit des obligations. Autrement dit, l'imprévision est l'une des théories du droit des obligations censées assurer la justice contractuelle. Le deuxième objectif concerne l'utilité économique d'une telle théorie au sein du droit privé. Au regard des arrêts et des discussions doctrinales que nous avons analysés, il semble que l'imprévision réponde bien aux défis posés. Les périodes de grande détresse, les crises, les catastrophes ou tout simplement la mauvaise conjoncture sont des éléments inévitables, quel que soit le système économique adopté. Le cas de l'économie planifiée, que le pouvoir communiste avait progressivement introduite en Pologne à partir de 1945, illustre bien ce propos. Cette économie, théoriquement idéale et ne devant subir aucune influence extérieure, n'a pourtant pas réussi à protéger le pays contre les crises économiques et les fluctuations des marchés. Bien au contraire, l'économie du pays est devenue complètement imprévisible et les ruptures de stocks étaient à l'ordre du jour. La chute du régime communiste a donc en partie été provoquée par la grande crise de l'économie planifiée ayant eu lieu à partir de 1981.

Quel que soit le contrat, il est donc impératif d'être assuré contre l'imprévisible. Certes, les principes de liberté contractuelle et d'autonomie de volonté, exprimés dans tous les codes modernes²⁵⁵, permettent d'insérer au contrat une clause de hardship. Comme nous l'avons observé, cette pratique contractuelle est de plus en

²⁵⁴ Voir note n° 251.

²⁵⁵ Remarquons que, dans le KC, la liberté contractuelle et le principe d'autonomie de volonté ont été introduits après la chute du régime communiste. L'art. 353¹ KC, qui les exprime, a été introduit au code par la même loi qui a introduit l'imprévision (loi de 28 juillet 1990, JO 1990, n° 55.321, précitée).

plus répandue. Cependant, la principale différence entre les systèmes de droit positif et la *Common Law* est que dans les systèmes de droit positif, c'est le code qui encadre la relation contractuelle. Il ne s'agit pas seulement des *essentialia negoti*, mais de toutes les règles générales du droit des contrats. Autrement dit, par principe dans les systèmes de droit civil, les parties ne sont pas obligées d'écrire de longs contrats qui règlent soigneusement tous leurs droits et obligations, puisque le code permet de compléter leur accord et de se substituer éventuellement aux stipulations qui s'avèrent illégales. Quelle serait l'utilité de la distinction entre les familles civiliste et anglo-saxonne du droit si la pratique contractuelle des pays de tradition civiliste s'alignait sur celle des pays de la *Common Law* ?

Mais, il ne faut pas ignorer le fait que l'imprévision est une théorie dangereuse. Au nom de la socialisation du droit, cette théorie risque de déstabiliser complètement tout le système du droit des contrats, puisque par principe elle permet de ne pas tenir ses engagements. Or, les Principes d'Unidroit et les PEDC, avant même d'admettre l'imprévision, stipulent que « Les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse(...) » (art. 6.2.1. Principes d'Unidroit) ; « Une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué. » (art.6:111:1 PEDC). Ce n'est pas par hasard si ces deux textes répètent tout d'abord le principe de *pacta sunt servanda* avant même de reconnaître qu'il puisse y avoir des exceptions. Et comme l'affirme l'adage, les exceptions *non sunt extendae*. Ainsi, l'imprévision est applicable à condition que toutes ses conditions d'applicabilité soient réunies. Ce ne sont pas tous les types de déséquilibres qui sont visés, ni d'ailleurs n'importe quelle circonstance changeant l'économie du contrat. Enfin, tous les types de contrats ne sont pas susceptibles de bénéficier des avantages de l'imprévision. Si la question de l'admissibilité de l'imprévision et les conditions de son applicabilité sont posées clairement, on a de grandes chances d'échapper au risque d'anarchie contractuelle que craignait Josserand²⁵⁶.

Mais pour que l'imprévision apporte plus de bénéfices que d'inconvénients, il faut absolument qu'elle soit reconnue par un texte législatif. Les exemples cités dans

²⁵⁶ Voir note n° 229.

le présent mémoire démontrent bien que les différentes théories en matière d'imprévision, appliquées de manière totalement imprévisible et discrétionnaire par la jurisprudence, nuisent grandement à la sécurité juridique. En plus, faute de prévisions dans le texte législatif, les juges appuient leurs solutions sur d'autres éléments du code pour arriver à une solution équitable. La cause en est peut-être le meilleur exemple. Nous sommes donc d'accord avec R. Longchamps de Bérier et F. Candil²⁵⁷. Même si la jurisprudence *Craponne* a été pendant longtemps incontestable, les derniers arrêts de la Cour de Cassation montrent peut-être que cette solution n'est plus adaptée aux besoins de l'économie du XXI^{ème} siècle. Néanmoins, il faut se méfier du chaos que cette nouvelle jurisprudence a semé. La politique « de petits pas » dans laquelle la Cour de Cassation s'est engagée approfondit cette insécurité.

En outre, est-il vraiment possible d'espérer que la Cour de Cassation suive à l'avenir la jurisprudence du Tribunal Suprême espagnol ? En vertu de l'art. 1134 alinéa 1^{er} C.civ.fr., il est interdit au juge de modifier ou de résilier le contrat. Pourtant, certains auteurs, dont Ripert et Planiol, ont proposé qu'à la limite, le 3^{ème} alinéa dudit article puisse accorder au juge ce pouvoir à la survenance de l'imprévision. Dans cette situation exceptionnelle, l'interdiction mentionnée par l'alinéa 1^{er} ne devrait pas s'appliquer. Mais, la Cour de Cassation ne semble pas partager cet avis. Postérieurement aux arrêts *Huard*, *Chevassus-Marche* et *Les repas parisiens*, la Cour a confirmé, dans d'autres arrêts, la primauté et l'importance du principe d'intangibilité du contrat ainsi que celui de *pacta sunt servanda*²⁵⁸. Si elle est prête à s'appuyer sur l'art. 1134 al.3 pour reconnaître l'existence d'une obligation de renégociation, elle ne souhaite pas aller au-delà. La position de la Cour de Cassation, partagée d'ailleurs par de nombreux représentants de la doctrine française, est tout à fait justifiée. Si le juge s'accordait le pouvoir de réviser ou de résoudre le contrat en s'appuyant sur une clause aussi générale que celle de la bonne foi dont le but est plutôt celui d'optimiser l'interprétation d'autres dispositions législatives que d'accorder des compétences, il créerait une nouvelle loi, ce qui est exclusivement réservé au pouvoir législatif. À ce jour, même si les juristes français semblent plutôt disposés à accueillir l'imprévision au sein du droit civil, il ne faut pas en attendre une reconnaissance d'origine

²⁵⁷ Voir notes n° 4 et 110.

²⁵⁸ Cass. com., 10 juill. 2007, D. 2007, p. 2839, note P. Stoffel-Munck, p. 2844, note P.-Y. Gautier et p. 2972, obs. B. Fauvarque-Cosson.

prétorienne²⁵⁹.

L'exemple du droit espagnol, au sein duquel l'imprévision est d'origine jurisprudentielle, confirme les doutes des juristes français. Malgré les conditions d'applicabilité posées par le Tribunal Suprême, l'application de la doctrine de la clause *rebus sic stantibus* pose toujours problème, et c'est peut-être pourquoi les tribunaux espagnols préfèrent l'éviter. D'autant plus qu'il est parfois difficile de la séparer de la cause, ce qui nuit à la sécurité juridique. C'est pourquoi il semble que l'imprévision en droit espagnol est à ce jour une doctrine abandonnée, même si elle aurait pu être un instrument utile en cette période de crise qui déstabilise tellement l'économie du pays.

Le droit polonais, quant à lui, présente-t-il alors une solution exemplaire qui mérite d'être suivie ? Il faut juger positivement l'introduction de l'imprévision dans le KC. L'art. 357¹ KC et l'art. 269 KZ se sont avérés très utiles pendant les périodes de grands bouleversements socio-économiques que la Pologne a connues à deux reprises, juste après 1945 et 1989. Pendant les périodes de stabilité économique, peu de recours sont en effet formulés, ce qui démontre que l'imprévision reconnue par le code ne trouble pas énormément la sécurité juridique. Contrairement à des concepts comme ceux de la bonne foi ou la notion du bon père de famille, l'application de l'imprévision et ses conséquences sont bien plus prévisibles. A notre avis néanmoins, la rédaction de l'art. 357¹ KC est encore trop marquée par le passé socialiste de la Pologne, et cet article n'est donc pas adapté aux besoins de l'économie actuelle du pays ni à ceux du commerce international en général. La plus incompréhensible et problématique, dans la rédaction de l'art. 357¹ KC, est la référence aux « règles de convivialité sociale ». Comme remarqué plus haut, cette expression est devenue incompréhensible, tant pour les juristes étrangers que pour les jeunes juristes polonais ayant grandi dans un état libéré de l'idéologie communiste. En plus, elle laisse au juge une marge d'appréciation trop large et trop imprévisible alors que la théorie de l'imprévision ne devrait être appliquée qu'exceptionnellement. Certes, quand le législateur polonais a réintroduit l'imprévision au sein du KC en 1990, son but était celui de protéger les parties faibles qui étaient contraintes de subir les conséquences d'événements imprévisibles. Or, depuis cette date, la protection de la partie faible a été considérablement renforcée²⁶⁰ et l'imprévision est devenue une mesure beaucoup plus utilisée dans les relations entre

²⁵⁹ Savaux E., *op.cit.*, n° II B.

²⁶⁰ Il suffit de rappeler toutes les mesures de protection des consommateurs que la Pologne a incorporée dans son système juridique suite à son entrée au sein de l'Union européenne.

professionnels. Il n'y a pas que la référence aux règles de convivialité sociale qui fait l'objet de critiques. Étant donné les interprétations jurisprudentielles concernant notamment les contrats aléatoires, il est à présent considéré que l'art.357¹ devrait directement faire référence à l'allocation du risque²⁶¹. Jusqu'à présent, cette question est incluse dans la condition d'imprévisibilité, ce qui a permis aux tribunaux d'admettre l'applicabilité de l'art. 357¹ KC aux contrats aléatoires. Les postulats de mettre fin à cette jurisprudence dangereuse, ont déjà été pris en considération dans le projet de la Commission de codification²⁶², qui est encore loin d'être voté.

En analysant les débats sur la théorie de l'imprévision présente au sein de différents systèmes juridiques ainsi que dans les textes internationaux, nous avons pu constater que la théorie de l'imprévision a subi une évolution considérable non seulement par rapport à l'ancien concept médiéval de la clause *rebus sic stantibus*, mais aussi vis-à-vis des théories du début du XX^{ème} siècle. C'est surtout au niveau des remèdes que cette différence est frappante. Si le pouvoir judiciaire de révision du contrat constituait traditionnellement le cœur de la théorie de l'imprévision, ce pouvoir est à ce jour de plus en plus contesté et restreint. À la place de la révision judiciaire, on propose désormais que les parties procèdent elles-mêmes à l'adaptation de leur contrat devenu déséquilibré. Ceci s'opère soit par le biais d'une obligation de renégociation soit par le biais de propositions d'adaptation faites devant le juge. Ainsi, le rôle de ce dernier se réduit à éliminer les contrats dont la révision n'a pas été possible. Cette solution diminue encore plus l'impact de l'imprévision sur la volonté des parties tout en permettant d'éliminer les contrats frustrés. Ainsi, les objectifs du système de droit des contrats sont bien conservés et les parties ont une chance de sauver leur relation économique. Mais s'agit-il bien ici de la vision occidentale du contrat ?

La popularité des clauses de hardship et des clauses de valorisation dans le monde des affaires internationales a forcé les rédacteurs des Principes d'Unidroit et des PEDC à inclure l'imprévision dans leurs textes. La prépondérance des négociations, l'importance grandissante donnée à l'arbitrage et à la médiation ont fait peu à peu disparaître la notion de la convention-loi. Les stipulations du contrat changent si la relation économique le nécessite. Le contrat ne sert plus à figer le

²⁶¹ Strugała R., *op.cit.*, p. 84 et suiv.

²⁶² Voir Annexe A.

consensus des parties. Sa principale vocation est d'encadrer une relation économique. C'est elle qui est au premier plan, le contrat vient après. Puis, ce n'est plus au juge de dire ce qui serait équitable et juste face à un contrat déséquilibré. Ce sont les parties qui sont contraintes de porter remède à ce déséquilibre. Et leur renégociation cherche autant la justice que la redistribution des bénéfices du contrat dont l'une des parties est devenue privée. De ce point de vue, le contrat ressemble à une photo qui montre l'état des relations entre les parties à un moment donné. Or, il est clair que ces relations vont inévitablement évoluer si elles perdurent dans le temps. Ce ne sont plus la sécurité optimale ni le respect absolu de la parole donnée que les parties recherchent. C'est la flexibilité et l'élasticité dont elles ont besoin. Ainsi, les frontières entre la formation et l'exécution du contrat deviennent de plus en plus opaques²⁶³. Il semble bien qu'à l'international nous soyons très proches de la vision confucéenne du contrat²⁶⁴. Qu'en est-il des droits nationaux?

Dans les droits polonais, espagnol et français, l'acceptation de la théorie de l'imprévision et son application sont des questions liées à la culture juridique ainsi qu'à l'histoire de chacun de ces pays. Tout au long du XX^{ème} siècle la Pologne a subi de grands bouleversements politiques, économiques et sociologiques. Les deux guerres mondiales, une guerre contre la Russie soviétique, trois républiques, chacune avec un régime différent, les changements des frontières après 1918 et 1945, les changements du système économique pour faire bref de tous les événements imprévisibles qui sont arrivés au long de la vie d'un pays qui est redevenu indépendant il n'y a même pas 100 ans. Les conséquences de tous ces événements sont très bien visibles au sein de la jurisprudence polonaise qui avait besoin de la théorie de l'imprévision pour pouvoir assurer la justice. Le raisonnement des droits espagnol et français n'est pas le même. Et malgré leurs similitudes, ces deux systèmes juridiques n'ont pas non plus strictement la même approche quant à la théorie de l'imprévision. Car même si le code espagnol s'est inspiré du C.civ.fr., le fonctionnement d'un outil juridique est toujours quelque peu différent lorsqu'on l'a greffé dans une autre culture juridique. La reconnaissance de la doctrine *rebus sic stantibus* au sein du droit espagnol, en dépit de l'hostilité du droit français à l'égard de la théorie de l'imprévision, en est la meilleure preuve. Il est d'ailleurs possible de constater que les

²⁶³ Rajski J., *Klauzule hardship...*, *op.cit.*, p. 6.

²⁶⁴ Mazeaud D., *La révision du contrat*, *Petites affiches*, 129, 2005, PA n° 200512902, p. 4.

projets de réforme du droit espagnol des contrats ne proposent pas les mêmes solutions que les projets d'introduction de l'imprévision dans le futur C.civ.fr..

Bibliographie

1. Les sources :

Droit français :

1. Code Civil, Loi du 7 février 1804, promulguée le 17 février 1804, version consolidée au 1 janvier 2013.
2. Loi Faillot, loi du 21 janvier 1918, DP 1918.4.261.
3. Loi n° 48-777 du 4 mai 1948 et n° 48-957 du 9 juin 1948, D. 1948.184 et 218.
4. Loi n° 49-420 du 25 mars 1949, D. 1949.203, rect. 258.
5. L'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958, JO 31 déc., D. 1959. 153, rect. 303, modifiée par l'ordonnance n° 59-246 du 4 février 1959, JO 8 févr., D. 1959. 308, rect. 443.
6. Décret n° 53-960 du 30 septembre 1953, D. 1953.393, rect. 440 et 525.

Droit polonais :

1. Code des obligations, Règlement du Président de la République du 27 octobre 1933, JO 1933, n° 82.598 avec les modifications (Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. - Kodeks zobowiązań. Dz.U. 1933 nr 82 poz. 598 ze zmianami.)
2. Décret de 27 juillet 1949, JO 1949, n° 45.332. (Dekret z 27 lipca 1949, Dz.U. 1949, Nr 45, poz. 332.)
3. Code Civil, Loi du 23 avril 1964, JO 1964, n° 16.93 avec les modifications (Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93 ze zmianami.)

4. Loi du 28 juillet 1990, JO 1990, n° 55.321 (Ustawa z 28 lipca 1990r., Dz.U. z 1990 r., Nr 55, poz. 321.)
5. Loi du 28 décembre 1996, JO 1996, n° 114.542 (Ustawa z 28 grudnia 1996, Dz.U., z 1996, Nr 114, poz. 542)
6. Loi du 23 octobre 2008, JO 2008, n° 228.1506 (Ustawa z dnia 23 października 2008 r., Dz.U. 2008 nr 228 poz. 1506.)

Droit espagnol:

1. Code Civil, loi du 24 juillet 1889 (Código Civil español, aprobado por R.D. del 24 de julio de 1889, texto consolidado al 14 de noviembre de 2012.
2. Loi n° 49/200 du 27 novemebre 2003, JO 2003, n°284 (La Ley 49/200 de Arrendamientos Rústicos, BOE, n° 284, de 27 noviembre 2003.)

2. Les projets des lois :

1. *Projet de l'Académie des sciences morales et politiques (Projet Terré)*, dans : Terré F. (réd.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008.
2. *Projet de réforme du droit des contrats (Projet de la Chancellerie)*, 2008 disponible en ligne, URL : http://www.chairejlb.ca/pdf/reforme_all.pdf
3. *Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos*, 2009, disponible en ligne, URL : http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198250496/Estructura_C/1215198250781/Detalle.html
4. *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, La Documentation française, 2005, (Projet Catala), disponible en ligne, URL : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.
5. Karasek I., Karwala I., Mróz D., Pecyna M. (réd.), Pisuliński J., Rachwał A., Spyra M., Walczak U., Wyrwińska K. Wyrwiński M., Zoll F. *Wykonanie i skutki naruszenia zobowiązań. Projekt z uzasadnieniem pod kierunkiem Jerzego Pisulińskiego i Fryderyka Zolla*, Cracovie, 2009.

3. La jurisprudence :

La jurisprudence française

1. CA Rouen, 9 févr. 1844, DP 1845.2.4.
2. CA Bordeaux, 18 mai 1852, DP 1853.2.105.
3. CA Douai, 3 mai 1851, DP 1854.2.130
4. CA Grenoble, 18 août 1854, DP 1855.2.78.
5. Cass. civ. 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, DP 1876.1.193, S. 1876.1.161.
6. T. com. Toulouse, 1er juin 1915, DP 1916.2.112, S. 1916.2.29
7. Cass. civ. 4 août 1915, DP 1916.1.22.
8. CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *Recueil Lebon*, p. 125 - S. 1916, 3, p. 17, concl. Chardenet, note Hauriou.
9. T. com. Rouen, 18 déc. 1919, DP 1920.2.33
10. Cass. civ. 6 juin 1921, S. 1921.1. 193.
11. Cass. civ. 15 nov. 1933, *Gaz. Pal.* 1934.1.68.
12. T. civ. Seine, 28 nov. 1934, DP 1936.2.97, note de la Marnierre.
13. Req. 17 févr. 1937, *DH* 1937. 234, S. 1938. 1. 140.
14. Cass. soc. 11 juin 1942, *DC* 1943.135, note J. Flour.
15. Cass. com. 18 janv. 1950, *D.* 1950.227.
16. Cass. Civ. 1^{ère}, 27 juin 1957, *Bull. civ. I*, no 302, *D.* 1957. 649, note G. Ripert.
17. CA Paris de 9 juin 1961, *RTD civ.* 1961.651.
18. Cass. Com. 3 nov. 1992, *Huard*, *RTD civ.* 1993.124
19. Cass. Com. 24 nov. 1998, *Chevassus-Marche* *RTD civ.* 1999.98
20. Cass. Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, *Les repas parisiens*, n° 01-15.804.
21. Cass. Civ. 1^{ère}, 4 avril 2006, n° 02-18277.
22. CA Nancy, 2^{ème} Ch. Comm., 26 septembre 2007, n° 2073/07, *D.* 2010, 2481.
23. Cass. Com. 29 juin 2010, n° 09-67.369.

La jurisprudence polonaise :

1. SN, 3 décembre 1945, C II 990/45.
2. SN, 9 décembre 1945, C II 849/45.

3. SN, 15 mai ,1946, C II 578/45.
4. SN, 31 décembre 1947, C II 1277/47.
5. Arrêté SN,3 octobre 1990, III CZP 48/90, OSNCP 1991, n°4.46.
6. SN,26 novembre 1991, III CZP 122/91, OSP 7-8, 1992, p. 170,avec la glose critique d'A. Szpunar, PiP 12, 1992, p. 113.
7. Arrêté SN,20 mars1992, III CZP 14/92, OSNCP 1992, n°9.161.
8. Décision SN, 26 nov. 1992, III CZP 144/92, OSP 1993, n°11.215 avec glose critique de E.Drozd.
9. SN, 28 septembre 1993, I CKN 74/93, OSNCP 1994, n° 7-8.162.
10. Arrêté SN, 31 mai 1994, III CZP 74/94, OSN 1994, n° 12.237.
11. Arrêté SN (7),29 décembre 1994, III CZP 120/94, OSN 4, 1995, p. 55.
12. SN, 13 janvier, 2000, II CKN 644/98 LEX n° 51053.
13. Arrêté SN, 27 mars 2001, III CZP 54/00, OSNC 2001, n° 10.145.
14. SN 6 octobre 2004, I CK 156/04LEX n° 52481.
15. SA Warszawa, 11 mars 2004, I ACa 1181/2003, „Wokanda”, 7-8, 2005, p. 75.
16. SN, 8 juin 2005, III CK 674/04, LEX nr 180851.
17. SN,21 juillet 2006, III CSK 119/05, LEX n° 445269.
18. SN, 6 décembre 2006, IV CSK 290/06, Rzeczp.,1, 2007, p. F3.
19. SN, 16 mai 2007, III CSK 452/06, Rzeczp., 117, 2007, p. F2.
20. SN, 14 janvier 2009, IV CSK, 385/06, inéd.

La jurisprudence espagnole :

1. STS, 14 décembre 1940, RJ 1940, 1135.
2. STS, 17 mai 1957, RJ 1957, 2164.
3. STS 26 mars 1963, RJ 1963, 2120.
4. STS, 28 janvier 1970, RJ 1970, 324.
5. STS, 5 janvier 1980, RJ 1980, 19.
6. STS , 11 juillet 1984, RJ 1984, 3939.
7. STS,17 mai 1985, RJ 1986, 2725.
8. STS,30 décembre 1985, RJ 1985, 6620.

9. STS,6 octobre 1987, RJ 1987, 6720,
10. STS, 23 mars 1988, RJ 1988, 2228.
11. STS,21 octobre 1988, RJ 1988, 7595
12. STS,17 mai 1989, RJ 1986, 2725.
13. STS,16 octobre 1989, RJ 1989, 6927.
14. STS, 21 février 1990, RJ 1990, 707.
15. STS de 10 décembre 1990, RJ 1990, 9927.
16. STS, 23 avril 1991, RJ 1991, 3023
17. STS de 6 novembre 1992, RJ 1992, 9226.
18. STS,31 décembre 1992, RJ 1992, 10664.
19. STS de 24 juin 1993, RJ 1993, 5382
20. STS de 14 décembre 1993, RJ 1993, 9881.
21. STS 15 mars 1994, RJ 1994, 1784.
22. STS, 20 avril 1994, RJ 1994, 3216.
23. STS, 29 mai 1996, RJ 1996, 3806.
24. STS de 29 janvier 1996, RJ 1996, 737.
25. STS de 18 septembre 1996, RJ 1996, 1728.
26. STS,10 février 1997, RJ 1997, 665.

La jurisprudence italienne :

1. Corte di Cass. 3 octobre 1972, n° 2828.
2. Corte di Cass., 31 octobre 1989, n° 4554.
3. Corte di Cass. 21 novembre 2001, n° 14629.
4. Corte di Cass., 25 mai 2007, n° 12235.

La jurisprudence allemande :

1. RG 3 févr. 1922, RGZ 103,128.

La jurisprudence anglaise :

1. Krell v. Henry, 1903, 2 K.B. 740.
2. Chandler v Webster, 1904, 1 K.B. 493.
3. Blackburn Bobbin v. T.W. Allen, 1918, 2KB 467.

4. Lebeaupin v. Crispin, 1920, 2 K.B. 714.
5. Fibrosa Spolka Akcyjna v Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd, 1942, UKHL 4.
6. Société Cooperative Suisse des Céréales et Matières Fourragères v. La Plata Cereal Company S.A., 1946, 80 Ll. Rep. 530.
7. Davies Contractors, Ltd. v. Fareham Urban District Council, 1956, A.C. 696.
8. J. Lauritzen A.S. v. Wijsmuller B.V., 1990 (The Superservant Two), 1 Lloyd's Rep. 10.

4. Monographies :

1. Beale H.G., *Chitty on Contracts*, Vol. 1, Éd. 31, Sweet and Maxwell, Londres, 2012.
2. Benilsi S., Mathieu-Izorchen M.L., *Le paiement*, dans : Répertoire de droit civil, Dalloz, 2009.
3. Brzozowski A., *Rozdział VI. Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania*, dans : Olejniczak A. (réd.), *System Prawa Prywatnego, T : 6, Prawo zobowiązań – część ogólna*, C.H. Beck, Varsovie, 2009, p. 937-1013.
4. Candil F., *La cláusula rebus sic stantibus*, Madrid, 1946.
5. Casella G., *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, UTET, Turin, 2001.
6. Courtois H., « *Rapport italien* », dans Rodière R. (dir.), *Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles*, Pedone, Paris, 1986, p. 100-121.
7. Czachórski W. réd., *Zobowiązania, zarys wykładu*, Éd. 11, Lexisnexis, Varsovie, 2009.
8. Dajczak W., Giaro T., Longchamps de Bérier F., *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Éd. 1, PWN, Varsovie, 2009, p. 470-472.
9. Díez-Picazo L., Gullón A., *Sistema de derecho civil*, Vol. : II, Éd. 9, Tecnos, Madrid, 2001.

10. Domat J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1697, dans *Oeuvres complètes de J. Domat*, T : 1, réd. Remy J., Firmin Didot père et fils, Paris, 1828.
11. Dufau V., *Les Sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif: l'administration sous la contrainte*, L'Hartmann, Paris, 2000.
12. Fenet P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, T : 1, Imprimerie d'Hippolyte Tillard, Paris, 1836.
13. Fenet P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, T :13, Imprimerie d'Hippolyte Tillard, Paris, 1836.
14. Fenouillet D., Malinvaud P., *Droit des obligations*, Lexisnexis, Éd.11., Paris, 2010.
15. Flour J., Aubert J.-L. et Savaux E., *Les obligations*, T : I, L'acte juridique, Armand Colin, 10^e éd., 2000.
16. Gawilk Z., *Komentarz do art.475 Kodeksu cywilnego*, p.7, dans : Kidyba A. (réd.), *Kodeks cywilny, Komentarz, T:III, Zobowiązania – część ogólna*, LEX, 2010, n° 61561.
17. Josserand L., *Cours de droit civil positif français*, Sirey, 1939.
18. Korzonek J., Rosenblüth J., *Kodeks zobowiązań, przepisy wprowadzające, wyciągi z motywów ustawodawczych, ustawy dodatkowe*, Księgarnia Powszechna, Cracovie, 1934.
19. Larombière M.L., *Théorie et pratique des obligations, ou Commentaire au titre III et IV du Code Napoléon*, art. 1101 à 1386, T. III, Éd.1., Paris, 1858.
20. Longchamps de Bériet R., *Zobowiązania*, Éd. 2, Lviv, 1939, éd. Anantastique, Ars boni et aequi, Poznań, 1999.
21. Martínez Velencoso L.M., *La alteración de las circunstancias contractuales: un análisis jurisprudencial*, Thomson civitas, Madrid, 2003.
22. Mouralis J.L., *L'imprévision*, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2003.
23. Namitkiewicz J., *Kodeks zobowiązań, komentarz dla praktyki*, T : 1, Kolumna, Łódź, 1949.
24. Oertmann P., *Die Geschäftsgrundlage: Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921.
25. Olejniczak A., *Komentarz do art. 357¹*, dans : Kidyba A. (réd.), *Kodeks cywilny, Komentarz, T:III, Zobowiązania – część ogólna*, LEX, 2010, 61561.
26. Planiol M., *Traité élémentaire de droit civil*, T : 2, Éd. 11, LGDJ, Paris, 1931,

p. 399.

27. Planiol M., Ripert G., *Traité de droit civil français*, T. 6, par Esmein, Éd. 2, LGDJ, Paris, 1952-1962.
28. Pothier R.J., *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, T : 1, Paris-Orléans, 1764.
29. Pufendorf S., *Le Droit de la Nature et des gens*, T : 1, Amsterdam, 1706.
30. Radwański Z., Olejniczak A., *Zobowiązania - część ogólna*, éd. 9, C.H.Beck, Varsovie, 2010.
31. Ripert G., *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 1949.
32. Rzetecka-Gil A., *Komentarz do art. 357¹ kodeksu cywilnego*, dans : *Kodeks cywilny, Komentarz, Zobowiązania - część ogólna*, LEX/el., 2011, 117155.
33. Świącicki W., *Kodeks zobowiązań wraz z przepisami wprowadzającymi, tekst, orzecznictwo oraz ustawy związkowe*, Księgarnia wydawnictw prawniczych, Varsovie-Łódź, 1946.
34. Terré, Simler, Lequette, *Droit civil ; les obligations*, Éd.10, Dalloz, 2009.
35. Terraza Martorell J., *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución: Teoría de la cláusula rebus sic stantibus*, Bosch casa editorial, Barcelone, 1951.
36. Windscheid B., *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850.
37. Wiśniewski T., dans : *Komentarz do KC (wersja elektroniczna – stan prawny 17.9.2007 r.), uwagi do art. 357¹*, Legalis, p. 3, n° 11.
38. Zimmermann R., *The Law of Obligations. Roman Foudations of the Civilian Tradition*, Éd.1, Cape Town – Johannesburg, Juta&Co, LTD, 1990, p. 579 – 582.

5. Les articles et les textes critiques :

1. Aymeric N.H., L'incidence de l'euro sur le traitement juridique des devises, *RTD com.*, 2005. 197.
2. Ancel P., Wintgen P., La théorie du « fondement contractuel » (Geschäftsgrundlage) et son intérêt pour le droit français, *Revue des contrats*,

- 3, 2006, p. 897 et suiv.
3. Carrasco Perera A., Equidad; cláusula rebus sic stantibus; nominalismo en deudas de dinero, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 8, 1985, p., 2581-2590.
 4. Choné A.-S., Vers la consécration de la théorie de l'imprévision ? La Cour de cassation engagée dans une politique des petits pas, *Petites affiches*, 256, 2010, p.7, consulté en ligne le 21 juillet 2013, PA n° 201025604.
 5. Deffains B., Ferey S., Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats, *RTD Civ.*, 2010, p. 719 et suiv.
 6. Fauvarque-Cosson B., Le changement des circonstances, *Revue des contrats*, 1, 2004.
 7. Gawlik Z., W sprawie klauzuli rebus sic stantibus w kodeksie cywilnym, *PiP*, 3, 1990, p. 78-85.
 8. Genicon T., Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance?, *Recueil Dalloz*, 2010, 2485 et suiv.
 9. Gordley J., Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances, *American Journal of Comparative Law* [en ligne], 52, 2004, p. 513-530, consulté le 21 février 2013, URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gordley1.htm>
 10. Martin S., Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois, *Les Cahiers de droit*, vol. 34, 2, 1993, p. 599-633.
 11. Martínez Velencoso L.M., La doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus" en la jurisprudencia española, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 11, 2003, p. 369-384.
 12. Martínez Velencoso L.M., La doctrina de la base del negocio en el Derecho alemán: antecedentes y nueva regulación en el 313 BGB, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 681, 2004, p. 283-330.
 13. Mazeaud D., Du nouveau sur l'obligation de renégocier, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1754 et suiv.

14. Mazeaud D., La révision du contrat, *Petites affiches*, 129, 2005, p. 4, PA n° 200512902.
15. Mazeaud D., Renégocier ne rime pas avec réviser!, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 765 et suiv.
16. Mestre J., Une bonne foi franchement conquérante ... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat !, *RTD Civ.*, 1993, p. 128.
17. Lewaszkiwicz-Petrykowska B., *Niemożliwość świadczenia następcza*, dans : *Studia Prawno-Ekonomiczne*, T : 4, Łódź, 1970.
18. Paniza Fullana A., « Cambios económicos y sociales » y cláusula rebus sic stantibus, *Aranzadi Civil-Mercantil*, 8, 2012, p. 89-99.
19. Rajski J., Dopuszczalność umownego zastrzeżenia możliwości wypowiedzenia umowy najmu lub dzierżawy zawartej na czas oznaczony, *PPH*, 4, 1998, p. 1 et suiv.
20. Rajski J., Klauzule hardship w kontraktach zawieranych w międzynarodowym obrocie gospodarczym, *PPH*, mars, 1999, p. 1-6.
21. Rajski J., Z problematyki funkcjonowania zasady pacta sunt servanda i klauzuli rebus sic stantibus we współczesnym klimacie gospodarczym, *PPH*, 3, 2010, p. 4-9.
22. Salvador Coderch P., Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, *InDret*, 4, 2009, consulté le 21 février 2013, URL : http://www.indret.com/pdf/687_es.pdf
23. Savaux E., L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français, *Revue des contrats*, 3, 2010, p. 1057, RDCO2010-3-049.
24. Stelmachowski A., *Polityka*, 26, 1 juillet 1989.
25. Stykowski P., Szlacheta E., Klauzule *rebus sic stantibus* w Kodeksie cywilnym jako podstawa wzruszenia umów opcji walutowych, *Monitor Prawniczy*, 18, 2009, p. 982-990.
26. Strugała R., Perspektywa zmian regulacji dużej klauzuli rebus sic stantibus (art. 357¹ KC). Uwagi na tle projektu przygotowanego na zlecenie Komisji

Annexes

Annexe A. Les propositions en matière d'imprévision dans les projets de réforme du droit des obligations.

Les articles 1135-1 à 1135-3 du projet Catala

Art. 1135-1

Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles.

Art. 1135-2

A défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation.

Art. 1135-3

Le cas échéant, il en irait de ces négociations comme il est dit au chapitre 1er du présent titre. Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage.

L'art. 136 du projet de la Chancellerie

Si un changement des circonstances, imprévisible et insurmontable, rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge peut, si les parties sont d'accord, procéder à l'adaptation du contrat, ou à défaut y mettre fin à la date et aux

conditions qu'il fixe.

L'art. 92 du projet de l'Académie des sciences morales et politiques

Les parties sont tenues de remplir leurs obligations même si l'exécution de celles-ci est devenue plus onéreuse.

Cependant, les parties doivent renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque l'exécution devient excessivement onéreuse pour l'une d'elles par suite d'un changement imprévisible des circonstances et qu'elle n'a pas accepté d'en assumer le risque lors de la conclusion du contrat.

En l'absence d'accord des parties dans un délai raisonnable, le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe.

Art. 1213 de l'Avant-projet de loi de modernisation du droit des obligations et des contrats (es. Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contrato).

Si les circonstances qui servent de fondement au contrat ont changé de façon extraordinaire et imprévisible durant son exécution, de sorte que celle-ci s'avère excessivement onéreuse pour l'une des parties ou que la finalité du contrat disparaisse, le cocontractant auquel il serait déraisonnable d'imposer qu'il soit lié par le contrat, compte tenu des circonstances en l'espèce et surtout de la répartition contractuelle ou légale des risques, pourra demander la révision, et si celle-ci n'est pas possible ou ne peut pas être imposée à l'une des parties, il pourra demander la résolution du contrat.

La demande de résolution pourra être envisagée seulement quand la ou les propositions de révision du contrat faites par chacune des parties n'auront pas permis de restaurer l'équivalence des prestations du contrat.

Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho

excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.

La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato.

Art. 4 § 2. du projet de la Commission de codification du droit civil relatif à l'exécution et aux conséquences de la violation des obligations (pl. «wykonanie i skutki naruszeń zobowiązań »).

Version initiale

Si les circonstances survenues après la conclusion du contrat rendent l'exécution dudit contrat excessivement difficile, ou si elles menacent d'une perte flagrante et qu'elles ne pouvaient pas être raisonnablement prises en compte par les parties au moment de la conclusion du contrat, le tribunal peut, après avoir considéré les intérêts des parties, résoudre le contrat entièrement ou en partie.

Jeżeli po zawarciu umowy wystąpiły okoliczności nadmiernie utrudniające wykonanie zobowiązania lub grożące poniesieniem rażącej straty, które nie mogły być rozsądnie uwzględnione przez strony w chwili zawarcia umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron rozwiązać umowę w całości lub w części.

Version modifiée

Si les circonstances survenues après la conclusion du contrat rendent l'exécution dudit contrat excessivement difficile, ou si elles menacent d'une perte flagrante et qu'elles ne pouvaient pas être raisonnablement prises en compte par les parties au moment de

la conclusion du contrat, le tribunal peut, après avoir considéré les intérêts des parties, soit changer le délai d'exécution du contrat, soit échelonner le paiement, soit résoudre le contrat entièrement ou en partie. Le tribunal peut modifier le contrat par d'autres moyens à la demande des parties.

Jeżeli po zawarciu umowy wystąpiły nadzwyczajne okoliczności nadmiernie utrudniające wykonanie zobowiązania lub grożące poniesieniem rażącej straty, które nie mogły być rozsądnie uwzględnione przez strony w chwili zawarcia umowy, sąd może, po rozważeniu interesów stron, zmienić termin spełnienia świadczenia lub rozłożyć je na raty albo rozwiązać umowę w całości lub w części. Sąd może zmienić treść zobowiązania w innym zakresie, jeżeli zażądają tego strony.

Annexe B. Le § 313 BGB et son commentaire.

Pour la version allemande du § 313 voir le texte original, disponible sur :
<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>

§313 BGB : (1) Lorsque les circonstances constituant le fondement du contrat ont radicalement changé après la conclusion de celui-ci, de sorte que les parties n'auraient pas conclu le contrat ou du moins ne l'auraient pas conclu dans les mêmes conditions si elles avaient agi en connaissance de cause et que, eu égard à toutes les circonstances et plus spécialement à la répartition contractuelle ou légale des risques, l'exécution du contrat initial ne peut pas être imposée à l'une des parties, une adaptation du contrat peut être demandée.(2) Est assimilé à un changement de circonstances le fait que des considérations essentielles des parties qui ont été le fondement du contrat se révèlent erronées.(3)Lorsque l'adaptation du contrat est impossible à réaliser ou qu'elle ne peut être imposée à l'une des parties, la partie défavorisée peut déclarer le contrat résolu. La résolution est remplacée par la résiliation lorsqu'il s'agit d'un contrat à exécution successive.

Le nouveau §313 BGB, introduit en 2002, consacre la doctrine d'Oertmann.

Pourtant, son enjeu semble un peu plus large. L'alinéa premier du §313, bien qu'il ne définisse pas la notion du « fondement du contrat », indique que ce fondement est constitué à la fois des « circonstances » et des « considérations essentielles ». Cette distinction fait référence à l'apport de K. Larenz qui a distingué les considérations subjectives des considérations objectives²⁶⁵. Les premières sont des considérations communes aux deux parties et déterminantes au moment de la conclusion du contrat. Un bon exemple pourrait être une clause de valorisation qui avait été élaborée avec une erreur de la part des cocontractants quant à la vraie valeur du bien de référence. Les considérations objectives, par contre, sont des circonstances qui n'ont pas été envisagées par les parties au moment de la conclusion du contrat, mais qui s'avèrent néanmoins cruciales pour la finalité du contrat. Tel serait le cas de la crise financière de 2007 pour un contrat du secteur financier conclu avant la chute de la banque des frères Lehmann. Il serait délicat d'imputer aux parties le fait de ne pas avoir pensé avant la conclusion du contrat à la possibilité de l'arrivée d'une crise financière globale. Mais, d'un point de vue objectif, ce facteur influence de manière considérable la finalité du contrat. En outre, dans l'hypothèse où les parties avaient pu prendre en compte le risque de survenance d'une crise globale, elles auraient conçu leur contrat différemment.

Aux côtés de la question du « fondement du contrat », le §313 pose encore deux conditions pour sa mise en œuvre. Les deux concernent le risque du contrat. Tout d'abord, le §313 se penche sur le problème de l'attribution du risque, que d'ailleurs les théoriciens de la doctrine du *Geschäftsgrundlage* ont déjà essayé de résoudre. Étant donné la volonté des parties, il ne serait pas admissible que l'on puisse libérer l'un des cocontractants du risque qu'il a assumé. C'est dans l'hypothèse où le contrat ne l'attribue pas, ni explicitement ni implicitement, que l'on peut envisager de faire appel au *Geschäftsgrundlage*. Autrement dit, le *Geschäftsgrundlage* n'a pas été conçu pour s'insérer dans chaque contrat. Il n'est pas, contrairement à la *rebus sic stantibus*, un *essentialia negoti*, mais plutôt un *accidentalia negoti* qui complète le contrat et règle le problème de l'attribution du risque quand celle-ci n'a pas été prévu par les parties. Mais, il ne suffit pas que ce risque ne soit pas attribué, il faut encore qu'il soit

²⁶⁵ Martínez Velencoso L.M., La doctrina de la base del negocio en el Derecho alemán: antecedentes y nueva regulación en el 313 BGB, *op.cit.*, p. 298, voir également Larenz K., *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, Éd.3, Munich, 1963.

insupportable pour l'une des parties (all. *unzumutbar*), ceci étant la dernière condition posée par le §313 BGB.

C'est alors dans ces circonstances spécifiques qu'une adaptation (ou résiliation) du contrat peut être demandée. Comme le précise R. Wintgen²⁶⁶, il s'agit bien d'une adaptation et non pas d'une révision du contrat puisque le contrat présente une lacune quant à l'attribution du risque et qu'il faut désormais l'attribuer le risque de manière équitable. Si ceci n'est pas possible, la partie lésée ainsi que le juge peuvent résilier ou résoudre le contrat.

Il est clair que le §313 BGB ne répond pas à toutes les questions que pose la révision pour l'imprévision, à cause notamment de la nature du problème, et non pas de l'imperfection de la régulation. Ce que le législateur allemand avait amélioré en introduisant en 2002 ledit paragraphe, c'est sans doute la sécurité des transactions. Puisque désormais, la révision pour l'imprévision est dotée d'un cadre et d'une base juridique explicites.

Annexe C. La version originale des articles analysés dans le présent mémoire.

Art. 269 KZ

Gdyby z powodu nadzwyczajnych wypadków, jako to: wojny, zarazy, zupełnego nieurodzaju i innych klęsk żywiołowych, świadczenie było połączone z nadmiernymi trudnościami lub groziło jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie mogły przewidzieć przy zawarciu umowy, sąd może, jeżeli uzna to za konieczne według zasad dobrej wiary, po rozważeniu interesów obu stron, oznaczyć sposób wykonania, wysokość świadczenia lub nawet rozwiązać umowę.

Art. 357¹ KC

Jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą,

²⁶⁶ Ancel P., Wintgen P., *op.cit.*, n° 6.

czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym.

Le §2 du projet de l'art. 357¹ KC :

§ 2. Avant de demander la révision ou la résiliation judiciaire, la partie est obligée de faire une demande de négociations à son cocontractant, en indiquant à cette fin un délai approprié.

§ 2. Przed wystąpieniem na drogę sądową o zmianę umowy lub jej rozwiązanie, strona zobowiązana jest wezwać drugą stronę do stosownej zmiany umowy, wyznaczając w tym celu odpowiedni termin.

L'art. 358¹ § 3 et 4 KC

§ 3. Au cas d'un changement significatif de la valeur de la monnaie d'échange après la conclusion du contrat, la Cour peut, après avoir examiné les intérêts des parties, en accord avec les règles de cohabitation sociale, changer le montant ou la façon d'exécution de l'obligation pécuniaire, même si cela était indiqué dans la sentence ou dans le contrat. § 4. La demande du changement du montant ou de la façon d'exécution de l'obligation ne peut pas être formulée par un entrepreneur si l'obligation en cause est liée à l'activité de son entreprise. »

§ 3. W razie istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza po powstaniu zobowiązania, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, zmienić wysokość lub sposób spełnienia świadczenia pieniężnego, chociażby były ustalone w orzeczeniu lub umowie.

§ 4. Z żądaniem zmiany wysokości lub sposobu spełnienia świadczenia pieniężnego

nie może wystąpić strona prowadząca przedsiębiorstwo, jeżeli świadczenie pozostaje w związku z prowadzeniem tego przedsiębiorstwa.

L'art. 358 KC § 1

Si l'objet de l'obligation est une somme d'argent exprimée dans une monnaie étrangère, le débiteur peut satisfaire son obligation dans la devise polonaise, sauf si une loi, une sentence judiciaire étant la source de l'obligation ou un acte juridique prévoit que l'obligation doit être accomplie dans la monnaie étrangère.

Jeżeli przedmiotem zobowiązania jest suma pieniężna wyrażona w walucie obcej, dłużnik może spełnić świadczenie w walucie polskiej, chyba że ustawa, orzeczenie sądowe będące źródłem zobowiązania lub czynność prawna zastrzegła spełnienie świadczenia w walucie obcej.