



HAL
open science

L'acculturation en matière de vente

William Dross

► **To cite this version:**

William Dross. L'acculturation en matière de vente. l'acculturation en matière de vente. L'exemple de l'influence de la CVIM sur le droit interne de la vente., Nov 2007, LYON, France. pp.143-182. hal-00457624

HAL Id: hal-00457624

<https://univ-lyon3.hal.science/hal-00457624v1>

Submitted on 17 Feb 2010

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

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

L'ACCULTURATION EN MATIERE DE VENTE :

L'INFLUENCE DE LA CVIM SUR LA VENTE INTERNE

1] L'acculturation est une acclimatation, le droit est un jardin. *Acclimater* : habituer à un nouveau climat, à un milieu géographique différent ; au sens figuré, importer, introduire¹. Il s'agit précisément de cela, importer une norme étrangère pour l'introduire dans le corps des règles françaises, en espérant que le terrain qu'elle trouvera sera suffisamment favorable pour qu'elle produise les fruits que l'on convoitait en regardant par dessus la frontière, dans le jardin du voisin.

2] L'introduction d'une règle non nationale dans le *corpus* des normes françaises n'est parfois pas le fait du « jurislatureur » français lui-même. Le législateur européen, à qui on a ouvert la porte, vient parfois y procéder directement : les règlements communautaires transplantent ainsi au sein du droit français des règles nouvelles dont il n'est pas acquis qu'elles s'y développent avec un bonheur total. Il y a là un sujet d'étude qui mériterait des travaux conséquents. Ce n'est pas tout en effet de prendre un règlement directement applicable dans la législation des États membres pour estimer le travail d'unification du droit achevé : encore faut-il se soucier de la manière dont il s'intègre au sein de la culture juridique du pays qui le reçoit, laquelle est susceptible d'en altérer la portée. Le plant ne croîtra pas harmonieusement s'il n'est pas adapté au sol qui le reçoit : pareillement, le règlement européen n'aura pas son plein effet si la culture juridique du pays où il est appelé à s'appliquer ignore certains des concepts qui le structurent. Pour intéressante qu'elle soit, cette problématique sera cependant ici écartée, principalement pour défaut de matière : dans la parcelle que l'on a décidé d'arpenter, celle du droit de la vente, les règlements européens sont quasi-absents. Ils n'interviennent qu'indirectement au travers des contrats de distribution.

3] Le législateur communautaire ne procède cependant pas toujours lui-même à l'introduction de règles nouvelles dans le droit des États membres. Se contentant de leur assigner un objectif précis d'harmonisation des règles, il les laisse seuls maîtres des moyens pour y parvenir. La technique de la directive cantonne le législateur européen au rôle de pépiniériste : il dépendra de l'État, en procédant à la transplantation, de prendre toutes les mesures propres à permettre la meilleure adaptation possible de la norme communautaire au système juridique dans lequel elle est destinée à s'intégrer. Autant les règlements européens touchant à la vente sont rares, voire absents, autant les directives en ce domaine sont nombreuses. Il n'y a qu'à songer à celle du 25 juillet 1985 sur la responsabilité des produits défectueux² ayant inscrit les articles 1386-1 à 1386-18 dans le Code civil ; à celle du 8 juin 2000 relative au commerce électronique³, transposée en droit français par la Loi sur la confiance en l'économie numérique du 21 juin 2004, ou encore à la directive du 25 mai 1999⁴ sur la conformité dans la vente, introduite dans notre Code de la consommation par une ordonnance du 17 février 2005. L'étude de l'acculturation de ces directives en droit français peut s'opérer selon un double angle d'approche. En amont, il est possible d'envisager la manière dont le législateur français adapte le texte communautaire aux concepts français afin d'en favoriser l'enracinement. Ainsi, les nouveaux articles L. 211-5 1^o et 2^o alinéa et L. 211-6 du Code de la consommation, issus de l'ordonnance du 17 février 2005, emploient-ils l'adverbe « légitimement » en lieu et place de « raisonnablement », pourtant utilisé par la directive, en raison de sa connotation trop

¹ Petit Robert de la langue française.

² Directive n°1985/374/CE.

³ Directive n°2000/31/CE.

⁴ Directive n°1999/44/CE.

anglo-saxonne⁵. Mais on sait que la Cour de Justice des communautés ne voit pas d'un très bon œil les libertés que les États membres peuvent prendre avec le texte de la directive : les trois chefs de condamnation de la France pour mauvaise transposition de la directive de 1985 sur les produits défectueux l'attestent suffisamment⁶. Si bien que la voie est étroite face à cette politique jurisprudentielle de la Cour de Justice qui tend à voir dans un instrument d'harmonisation des droits le moyen de leur unification et ce législateur national qui, par faiblesse et paresse, se contente souvent d'un recopiage servile de la directive. L'acculturation « en amont » s'étirole alors et l'analyse doit être menée en aval, c'est-à-dire une fois la loi de transposition adoptée, afin de s'interroger sur la manière dont le juge national est susceptible d'en opérer une lecture s'écartant de l'esprit dans lequel le texte avait pu être rédigé à Bruxelles, sous l'influence, consciente ou non, de sa propre culture juridique qui lui impose des schèmes d'analyse particuliers. Ce n'est pourtant pas ce champ que nous voudrions ici explorer, lequel sera délaissé au profit d'un autre domaine permettant des observations que l'on peut espérer moins hasardeuses à défaut d'être tout à fait sûres.

4] Laissant les cas où le « jurislatureur », tenu d'intégrer une norme d'origine surnationale dans le corps des règles internes, en assure qui la transposition, qui l'application, au prix d'une nécessaire distorsion, on s'intéressera aux hypothèses où le juge, loin de subir l'importation d'une norme étrangère, la recherche au contraire. Nul système juridique n'est parfait et le juriste est nécessairement confronté à des difficultés auxquelles le droit positif répond de manière tantôt imparfaite, tantôt carrément défectueuse. Le développement du droit comparé pousse alors à chercher ailleurs mieux qu'ici. La séduction des systèmes étrangers est indéniable pour la doctrine : comme le soulignait avec justesse Carbonnier, « il existe un mythe du législateur étranger »⁷. Reste que si les auteurs ne sont pas avares de propositions visant à introduire des institutions étrangères dans notre droit interne, le juge fait montre sur ce point d'une prudence considérable. À juste titre d'ailleurs : il n'est pas législateur et l'expérience enseigne de se méfier des séductions de la nouveauté, d'autant plus si on peut présumer que venant d'ailleurs, il est probable qu'elle ne s'intègre pas harmonieusement au système juridique existant. De telles réticences peuvent cependant être levées si la norme étrangère a déjà été introduite dans un domaine particulier de notre système juridique et que l'on a pu dès lors juger sur pièce de son opportunité et de sa compatibilité avec celui-ci. Le juge peut alors s'en emparer sans crainte pour en exporter les solutions qu'il estime opportunes à d'autres pans du droit français.

5] C'est précisément cet intérêt majeur qu'offre la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (ci-après CVIM) du 11 avril 1980, ratifiée par la France en 1982 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988. Véhiculant à bien des égards des solutions et des concepts étrangers à la culture juridique française, les règles qu'elle comporte sont pourtant devenues le droit matériel français des ventes internationales lorsque le cocontractant du commerçant français a son établissement dans un autre État signataire ou à défaut, que la loi française est désignée par la règle de conflit. Le juge national est donc amené à appliquer, dans les litiges relatifs à ces ventes internationales, les règles issues de la CVIM. La manière dont il les interprète aurait pu en elle-même fournir le sujet de cette étude sur l'acculturation,

⁵ En ce sens, P. Rémy-Corlay, obs. RTD civ. 2005 p. 346 col. 2.

⁶ CJCE, 25 avr. 2002, sur laquelle, par ex., J. Raynard, RTD civ. 2002 p. 868 s ; suivie d'une nouvelle condamnation de la France : CJCE grde ch., 14 mars 2006, D. 2006 Inf. rap. p. 1334.

⁷ « Les voyageurs voient des choses merveilleuses, c'est la variante anglaise d'un proverbe universel. Il existe un mythe du législateur étranger. Les gouvernements et les partis s'en servent comme d'un appât. (...) Vous devez voter telle loi parce qu'elle a déjà fait le bonheur d'autres pays. Il y faut des pays exemplaires (industriels, en général, et industrieux). » J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF coll. Quadrige, 1994 p. 23.

car si l'interprétation que donne la Cour de cassation de ses dispositions diffère de celles qu'en proposent les juridictions allemandes, anglaises ou italiennes – et la doctrine a suffisamment insisté sur ce point – c'est bien parce que s'y mêlent des cultures juridiques divergentes. Ce n'est toutefois pas à cette problématique que l'on s'arrêtera. La CVIM, si elle constitue le droit positif français des ventes internationales de marchandises, n'est, pour les ventes dépourvues de tout élément d'extranéité, pas autre chose qu'un simple modèle ; dont il pourra paraître opportun de s'inspirer pour y puiser des solutions meilleures. C'est donc cette seule question qui sera envisagée ici : dans quelle mesure le juge français s'inspire-t-il des règles de la vente internationale de marchandises pour modifier le visage du droit de la vente interne⁸ ?

6] Répondons tout de suite, pour ne pas entretenir chez le lecteur un espoir vain : dans une très faible mesure. Le juge français s'inspire peu, sinon pas, des solutions offertes par la CVIM pour modifier le droit de la vente interne. On ne saurait pourtant l'en blâmer, parce qu'il n'y a pas là le seul effet de l'inertie des habitudes. Ce ne serait voir en effet que la surface des choses que de penser que les tribunaux refusent une adaptation simplement technique du droit la vente : en vérité, ce n'est pas de technique mais de culture qu'il s'agit. La CVIM trahit par maints aspects la conception anglo-saxonne du contrat qui l'inspire, laquelle est aux antipodes de la philosophie qui fonde l'analyse du contrat en France. Sous l'apparence de simples adaptations techniques des règles de la vente, c'est très souvent d'un changement radical de culture du contrat dont il est question : on ne doit pas alors s'étonner que le juge français s'y montre hostile. Le constat se vérifie tant au stade de la formation du contrat de vente (I) que de son exécution (II).

I / LA FORMATION DU CONTRAT DE VENTE

7] La CVIM met en place une analyse aboutie de la rencontre des consentements nécessaire à la formation du contrat de vente, dont notre droit, beaucoup plus fruste, pourrait s'inspirer (A). Il ne le fait pas, si bien qu'on peut dire qu'il n'y a guère de phénomène d'acculturation sur ce terrain. La raison en est particulière : c'est que, partis de conceptions opposées, le droit français et la CVIM font preuve sur cette question d'un grand pragmatisme qui conduit finalement à rapprocher considérablement les solutions techniques qu'ils mettent en œuvre. S'il n'y a pas d'acculturation observable, c'est avant tout parce qu'il n'y a guère de divergences.

Hors de la question de la rencontre des consentements, la CVIM, porteuse d'une ambiguïté quant à l'exigence de détermination du prix dans le contrat, peut apparaître comme l'un des facteurs ayant conduit la Cour de cassation en 1995 à faire évoluer sa jurisprudence sur cette

⁸ On doit observer que cette problématique n'est pas propre à l'acculturation d'une règle émanant d'un législateur non national. Toutes les fois que le législateur français vote une loi qui marque une rupture réelle avec l'état du droit antérieur, le même phénomène peut être observé. Ainsi en a-t-il été lors de l'adoption de la loi Badinter sur les accidents de la circulation, texte marquant une rupture profonde avec le passé puisque substituant à la logique de responsabilité qui avait jusqu'alors dominé la question une logique d'indemnisation. Or, pour qui s'intéresse de près à cette loi, il est patent que dans les premières années de son application, ses dispositions ont été comprises et appliquées à l'aide des concepts que l'on avait toujours appliqués à la question, ceux gouvernant l'article 1384 du Code civil. Quelques années plus tard, c'est au mouvement inverse que l'on a assisté. Parce qu'ils étaient amenés à appliquer fréquemment la loi de 1985, les juges ont fini par faire souffler l'esprit de ses dispositions sur l'article 1384. Par exemple, l'assouplissement – voire l'abandon – de l'exigence d'un emplacement ou d'un état anormal de la chose pour caractériser son rôle causal dans le dommage semble étrangement rejoindre la notion d'implication du véhicule dans l'accident utilisée par la loi de 1985. Autrement dit, la loi de 1985 a d'abord produit des solutions judiciaires qui devaient davantage au sol nourricier dans lequel elle avait été introduite qu'à elle-même, avant de s'imposer et de donner ses propres fleurs, lesquelles ont alors essaimé dans les textes voisins.

question (B). Il semble pourtant que ces arrêts procèdent moins à l'acculturation d'une solution exogène qu'à un retour à une lecture orthodoxe des dispositions du Code civil dont la Cour de cassation n'aurait jamais dû s'éloigner.

A / LA RENCONTRE DES CONSENTEMENTS

8] Le Code civil de 1804 garde le silence sur la question de la formation du lien contractuel : le processus amenant à la rencontre de deux consentements n'est pas envisagé. Cette lacune législative pourrait à première vue offrir un terrain propice à l'acculturation, les solutions faisant défaut étant alors puisées dans les systèmes étrangers. Il n'en est rien. La doctrine, à qui est revenu le soin d'élaborer les règles devant gouverner la matière avant que la jurisprudence ne les reprenne à son compte, a proposé une construction s'inspirant moins des modèles extraterritoriaux que des conceptions philosophiques dominantes de l'époque, celles de l'individualisme et du volontarisme. Comme sa dénomination l'indique, le volontarisme conduit à n'accorder d'importance qu'à la volonté réelle de chaque partie, laquelle est perçue comme une donnée interne à l'individu, de nature essentiellement psychologique. De cette focalisation sur la volonté du sujet ont découlé des solutions techniques précises.

9] Dès l'instant que le pôle unique de préoccupation est le sujet et sa volition, l'offre de contrat qui en émane voit nécessairement son existence entachée d'une grande précarité. Toutes les fois que la volonté qui sert de support à l'offre défaille, celle-ci est emportée à son tour, si bien que la formation du contrat est définitivement empêchée. Il en résulte concrètement que le décès du pollicitant entraîne la caducité automatique de l'offre, laquelle ne saurait survivre à la disparition du sujet. Au-delà, l'offrant pouvant à tout moment changer de vouloir, il reste libre de retirer son offre à chaque instant. Et si l'on s'intéresse au destinataire de l'offre, dès que celui-ci aura manifesté sa volonté de l'accepter, le contrat sera nécessairement formé : c'est donc la théorie de la déclaration qui doit l'emporter quant à la question de la détermination de la date de formation du contrat. On remarquera enfin que cette analyse volontariste de la formation du contrat aboutit à un système simple, sinon simpliste, celui du tout ou rien : avant la rencontre des consentements, il n'y a qu'une manifestation de volonté qui ne saurait jamais engager son auteur et qu'il peut donc retirer à tout moment ; dès l'instant en revanche que ces consentements se rencontrent, le contrat est formé et tient lieu de loi aux parties selon les termes de l'article 1134 du Code civil.

Sans avoir été jusqu'au bout de la logique volontariste et individualiste, la jurisprudence a donné, et donne encore, des gages importants à cette manière de voir. Le décès du pollicitant entraîne la caducité de l'offre⁹, celle-ci est présentée comme librement révocable tant que le contrat n'a pas été formé¹⁰ et lorsqu'il a fallu déterminer à quel moment le contrat était formé, la Cour de cassation s'est assez nettement prononcée pour le système de l'émission¹¹.

⁹ Cass. soc., 4 avr. 1961 : JCP G 1961, II, 12260 ; D. 1961 p. 535.

¹⁰ Cass. civ., 3 fév. 1919 : DP 1923, I, p. 216 : « Une offre étant insuffisante pour lier par elle-même celui qui l'a faite, elle peut, en général, être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée ».

¹¹ Cass. com., 7 janv. 1981 : Bull. civ. IV n°14 ; RTD civ. 1981 p. 849 obs. F. Chabas. Certes, sur ce dernier point, il ne s'agit pas exactement du système défendu par les partisans d'une doctrine de la prééminence absolue de la volonté : pour que l'acceptation soit prise en compte par le droit et puisse former le contrat, il ne suffit pas qu'elle ait été purement mentale. Il faut qu'elle se soit extériorisée avec suffisamment d'objectivité pour qu'il n'y ait plus de doute sur sa réalité. Il faudra en pratique que le bénéficiaire de l'offre s'en soit dessaisi, autrement dit qu'il ait expédié son acceptation au pollicitant. Mais il faut bien voir que cette extériorisation est avant tout là pour protéger celui qui exprime sa volonté, afin qu'il ne soit pas obligé par une offre ou une acceptation qu'il aurait rédigée mais dont il hésiterait encore à se dessaisir, n'étant pas encore certain de vouloir le contrat proposé. Autrement dit, l'expédition est exigée comme le signe d'une volonté certaine, ce qui laisse penser que rien ne semble véritablement s'opposer en droit français à ce qu'on considère un contrat formé avant même

10] À ce modèle, exclusivement centré sur celui qui exprime sa volonté au travers une offre ou une acceptation, s'oppose une conception de la formation du contrat visant à prendre en compte la manière dont cette volonté exprimée est appréhendée par son destinataire. L'idée clé est sans doute celle d'attente légitime¹². Le contrat sera formé si le contractant était légitimement en droit de le croire, eu égard au comportement de son cocontractant. En d'autres termes, il s'agit d'un changement de point de vue : l'attention du droit ne porte plus sur l'émetteur de la volonté mais sur son récepteur. La CVIM, inspirée par cette manière de voir, offre ici une philosophie opposée à celle du Code civil et par voie de conséquence, un panel de solutions *a priori* divergentes.

11] La première divergence que l'on peut noter, et qui pourrait passer pour anecdotique si elle n'illustrait pas en réalité de manière parfaitement claire la différence de philosophie qui oppose les deux systèmes, est celle de l'offre faite au public. Tandis que pour la Cour de cassation, « l'offre faite au public lie le pollicitant à l'égard du premier acceptant dans les mêmes conditions que l'offre faite à personne déterminée »¹³, l'article 14 de la CVIM dispose qu'« une proposition adressée à des personnes indéterminées est considérée seulement comme une invitation à l'offre, à moins que la personne qui a fait la proposition n'ait clairement indiqué le contraire ». En droit interne, le destinataire de l'offre est indifférent : l'attention ne se focalise que sur celui qui l'exprime, non pas envers qui elle s'exprime et il est dès lors logique que l'offre faite à une personne déterminée ne soit pas traitée différemment d'une offre faite au public. En droit de la vente internationale en revanche, il s'agit de prendre en compte la foi que le destinataire de l'offre peut y mettre. Or il est clair que « le degré le plus élevé de confiance apparaît certainement dans le cas où l'offre est adressée à personne déterminée »¹⁴ : en d'autres termes, en l'absence de toute offre nominative, le public ne saurait légitimement penser que le pollicitant a voulu autre chose que proposer de négocier un contrat.

12] Si l'on aborde les difficultés principales liées à la formation du contrat, on soulignera d'abord que selon la CVIM, celui-ci est en principe définitivement formé au moment où l'acceptation est reçue¹⁵. C'est donc un système opposé à celui du droit français qui est retenu ici. L'offrant n'est juridiquement engagé qu'à l'instant où il sait l'être.

Pour un juriste français, une telle solution semble faire la part belle à l'offrant apparemment libre de révoquer son offre jusqu'à la réception de l'acceptation, puisqu'elle seule marque la naissance du lien contractuel. Une telle analyse serait évidemment erronée, le droit de la vente internationale offrant sur cette question des solutions beaucoup plus subtiles que celles du droit français. Pour le droit français, les volontés unilatérales n'ont en principe aucune force véritable avant que leur rencontre ne forme le contrat. Il n'en va pas de même selon la convention de Vienne qui dissocie la question de la naissance du contrat et celle de la remise en cause des volontés concourant à sa formation. L'offre, et dans une moindre mesure l'acceptation, sont perçues comme des actes qui vont acquérir une force juridique dès l'instant

l'expédition de l'acceptation dès l'instant que les circonstances de l'espèce ne laisseraient aucun doute sur la volonté de l'acceptant de conclure le contrat.

¹² Elle n'est pas nouvelle. Un universitaire lyonnais l'avait développée : E. Lévy, *La confiance légitime*, RTD civ. 1910, p. 178 s. : la confiance légitime est trompée lorsque l'auteur de l'offre la révoque prématurément.

¹³ Cass. 3^e civ., 28 nov. 1968 : Bull. civ. III n°507.

¹⁴ J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle* : RTD civ. 1974 p. 46 s. n°19.

¹⁵ Art. 23 renvoyant à l'art. 18 al. 2 : « l'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre ».

qu'elles auront créé une attente légitime chez leur destinataire. Ce qui induit ces deux conséquences :

- La rétractation des offres ou des acceptations qui ne sont pas encore parvenues à leur destinataire est pleinement autorisée par la CVIM¹⁶ : elles ne sauraient en effet produire aucun effet juridique avant cette date faute d'avoir créé une attente légitime chez leur destinataire.

- En revanche, à l'instar des principes Unidroit¹⁷, la CVIM distingue la rétractation de ces volontés de leur révocation¹⁸. Tandis que la rétractation, toujours possible, vise des manifestations de volonté n'ayant pas produit leur effet juridique faute d'être parvenues à leur destinataire, la révocation concerne les manifestations de volonté dont le destinataire a d'ores et déjà pris connaissance, ce qui vise en pratique l'offre puisque l'acceptation reçue forme le contrat¹⁹. La règle est alors qu'une telle offre parvenue à son destinataire n'est pas susceptible d'être révoquée toutes les fois qu'elle est faite avec délai ou que son destinataire pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'elle soit irrévocable.

13] La confrontation de ces deux manières d'envisager la formation du contrat, celle du droit français, centrée sur le sujet qui émet une volonté, et celle de la CVIM, axée sur celui qui la reçoit, semble *a priori* fournir un terrain propice d'étude du phénomène d'acculturation. En quoi notre conception interne de la formation du lien contractuel a-t-elle pu se laisser gagner par l'analyse véhiculée par la convention de Vienne ?, en quoi la lecture faite par les juges français des dispositions que la convention consacre au processus de conclusion d'une vente internationale a-t-elle pu être influencée par les solutions françaises ? Il n'y a malheureusement rien à observer de ce point de vue là, pour une raison décisive : c'est qu'il n'y a pas de différence de culture réelle entre le système français²⁰ et celui proposé par la CVIM, lesquels proposent en réalité des solutions nuancées qui se rejoignent très largement.

14] Éliminons d'emblée la question du décès du pollicitant qui n'a pas fait l'objet de dispositions de la CVIM dès lors que la vente internationale est le fait de sociétés que n'atteint pas la faux de la camarde. Il n'y a guère dès lors d'acculturation possible en droit interne d'une solution qui n'existe pas dans la CVIM. Il faut néanmoins souligner qu'il s'en faut de beaucoup que la règle voulant que le décès du pollicitant rende l'offre caduque soit fermement assise, la Cour de cassation faisant montre sur cette question d'une réelle hésitation²¹.

Quant à la rétractation de l'offre ou de l'acceptation, il est acquis, tant selon les règles gouvernant la vente interne que celles régissant la vente internationale, qu'elle peut toujours être effectuée librement avant d'être parvenue à son destinataire. Lorsque l'offre est parvenue

¹⁶ Art. 15-2 « Une offre, même si elle est irrévocable, peut être rétractée si la rétractation parvient au destinataire avant ou en même temps que l'offre ». Art. 22 : « Une acceptation peut être rétractée si la rétractation parvient à l'auteur de l'offre avant le moment où l'acceptation aurait pris effet ou à ce moment ».

¹⁷ Art. 2.3 pour la rétractation de l'offre ; art. 2.4 pour la révocation de l'offre.

¹⁸ La doctrine française parle indistinctement de révocation ou de rétractation de l'offre, ce qui est logique puisque l'offre n'est pas juridiquement différente selon qu'elle a été ou non reçue.

¹⁹ Art. 18-2.

²⁰ On notera que sous l'influence de la doctrine allemande, R. Saleilles a vivement milité au début du 20^e siècle pour que les parties soient engagées par leur volonté déclarée, même si celle-ci devait différer de leur volonté réelle. Le changement de philosophie est profond : l'essentiel pour qu'une personne soit engagée n'est plus le fait psychologique de sa volonté mais le fait social que constitue son extériorisation. Par là est donc pris en compte l'intérêt d'autrui, autrui qui est en l'espèce le cocontractant futur.

²¹ Affirmant que l'offre ne peut être considérée comme caduque du seul fait du décès du pollicitant : Cass. 3^e civ., 9 nov. 1983 : Bull. civ. III n°222. – Cass. 3^e civ., 10 déc. 1997 : Bull. civ. III n°223 pour une offre assortie d'un délai. – Affirmant le contraire, Cass. soc., 14 avr. 1961 : JCP G 1961, II, 12260 ; D. 1961 p. 535. – Cass. 3^e civ., 10 mai 1989 : Bull. civ. III n°109 ; D. 1990 p. 365 note G. Virassamy.

à son destinataire, les solutions se rejoignent à nouveau, faute pour chaque système d'aller au bout de sa logique propre. Pour la vente interne, la révocation devrait en principe toujours être autorisée, même après réception de l'offre. Elle ne l'est pas : il est admis que l'offre faite avec délai ne peut pas être reprise avant l'écoulement de ce délai²² et qu'en l'absence de toute stipulation expresse fixant un tel délai, elle demeure néanmoins irrévocable pendant le temps « nécessaire pour l'examiner et y répondre »²³. Pour la vente internationale, la conception qui l'inspire aurait dû conduire à poser à titre de principe l'irrévocabilité de l'offre reçue²⁴, alors que son article 16-1 dispose au contraire que « jusqu'à ce que le contrat ait été conclu, une offre peut être révoquée », cette solution n'étant écartée que si l'offre a été faite avec délai ou que son destinataire a pu légitimement la tenir pour irrévocable. En résumé, chacun des systèmes étant davantage pragmatique que dogmatique, ils étaient nécessairement appelés à se rejoindre.

15] À qui voudrait à tout prix opposer les deux systèmes, il serait possible d'objecter que la sanction de la révocation de l'offre n'est pas identique dans les deux cas. Tandis qu'en droit de la vente interne l'offre révoquée pendant son délai de validité interdit toute formation du contrat et n'autorise que l'attribution d'une compensation financière sous la forme de dommages et intérêts²⁵, la solution serait différente en droit de la vente internationale : privée de toute portée, la révocation serait inefficace et l'acceptation reçue dans les temps formerait le contrat. L'opposition est en vérité moins nette qu'il n'y paraît, par cela principalement que la convention de Vienne est précisément muette sur les effets de la révocation d'une offre irrévocable. La solution précédemment énoncée n'est qu'une *communis opinio doctorum*, laquelle peut être contestée (sinon les docteurs ne seraient plus ce qu'ils sont). On observe en effet que le principe de bonne foi, qui doit, aux termes de l'article 7 de la Convention, servir de guide à son interprète, semble battu en brèche par celui qui accepterait une offre dans le délai convenu tout en ayant connaissance de ce que son auteur l'a révoquée. La sanction de la révocation pourrait alors être trouvée dans l'application par analogie de l'article 74 organisant les dommages et intérêts dus par la parties ayant manqué aux obligations nées de la convention valablement conclue²⁶. De manière secondaire, on remarquera qu'en droit interne des contrats, la doctrine est loin d'être unanime sur la sanction de la révocation d'une offre pendant son délai de validité : certains auteurs estiment en effet que le contrat doit être tenu pour formé²⁷. Sur ce point encore, les solutions ne s'opposent pas assez pour que l'on puisse rechercher les indices d'une réelle acculturation.

16] Reste alors la question de la date de formation du contrat. Si la CVIM se prononce sur ce point en faveur de la théorie de la réception²⁸, il est courant d'enseigner que la Cour de cassation s'est clairement prononcée pour la théorie de l'émission en 1981²⁹. Mais les faits de l'affaire révèlent suffisamment que la haute juridiction a moins entendu prendre une position de principe que céder à la nécessité de protéger, dans les circonstances de l'espèce, le

²² Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1958 : D. 1959 p. 33. – Cass. 3^e civ., 10 mai 1968 : Bull. civ. III n°209.

²³ Cass. req., 28 fév. 1870 : D. P. 1871, 1, p. 61. – Cass. 3^e civ., 10 mai 1972 : Bull. civ. III n°297 ; RTD civ. 1972 p. 773 obs. Y. Loussouarn.

²⁴ Ainsi, en droit allemand, le principe est celui de l'irrévocabilité de l'offre (art. 145 BGB) : cf. F. Ferrand, *Le droit privé allemand*, Dalloz n°256.

²⁵ En ce sens, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz 2005 n°118.

²⁶ En ce sens, V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises, droit uniforme*, LGDJ 2000, n°180.

²⁷ J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Droit civil, Les obligations, I/ L'acte juridique*, Armand Colin, 2002, n°140.

²⁸ Art. 18-2 : « L'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre... »

²⁹ Cass. com., 7 janv. 1981 : Bull. civ. IV n°14 ; RTD civ. 1981 p. 849 obs. F. Chabas.

bénéficiaire de l'offre. Il s'agissait en effet de venir au secours de l'acceptant qui ne parvenait pas à prouver que son acceptation avait bien été reçue par le pollicitant, ce que ce dernier contestait pour échapper à l'action en responsabilité intentée contre lui pour inexécution dudit contrat. Si bien qu'en réalité, tout est affaire d'interprétation de la volonté des parties, laquelle est opérée souverainement par les juges du fond selon les intérêts en cause³⁰, ce dont témoigne la variété des décisions rendues sur cette question³¹. Le droit français n'est nullement figé sur cette question. La CVIM serait certes à même de lui fournir une solution plus assise en conduisant les juges à distinguer la question de la formation du contrat de celle l'irrévocabilité de l'offre. On pourrait estimer par exemple que tandis que l'offre serait irrévocable dès l'expédition de l'acceptation³², le contrat ne serait formé qu'à compter de sa réception par l'offrant. La Convention a en effet le mérite de distinguer ces deux questions différentes que sont celle de la formation du contrat et celle de la rétractation de l'offre, pourtant confondues en droit interne. Alors même qu'elle permettrait de résoudre utilement certaines questions³³, rien n'indique pourtant que cette distinction soit en passe de s'imposer.

B / LA DETERMINATION DU PRIX

17] Une des principales questions sur laquelle le droit français interne des contrats a vu ses solutions évoluer ces dernières années est celle de la détermination du prix. Dans le domaine particulier de la vente, l'article 1591 du Code civil énonce que « le prix dans la vente doit être déterminé et désigné par les parties », sauf la limite que lui apporte l'article suivant en permettant que les parties s'en remettent dans le contrat à « l'arbitrage d'un tiers » pour procéder à cette fixation. La jurisprudence a opéré une lecture relativement stricte de ces dispositions, en considérant que si la vente était valable lorsque le prix, faute d'être déterminé, était à tout le moins déterminable, il s'agissait que cette détermination ultérieure puisse se faire d'une part sans nouvel accord des parties, d'autre part sans que l'un ou l'autre des contractants n'ait le pouvoir d'influencer d'une quelconque manière cette fixation ultérieure du prix. Il en est résulté concrètement qu'étaient nulles les ventes à intervenir dans lesquelles le prix de la chose était fixé par référence au tarif catalogue pratiqué par le vendeur au jour de la livraison.

³⁰ Cette position a longtemps été officiellement celle de la Cour de cassation : Cass. req., 29 janv. 1923 : DP 1923, I, p. 171 ; S. 1923, I, p. 168.

³¹ En faveur de la réception : Cass. civ., 2 fév. 1932 : S. 1932, I, p. 68. – Cass. 1^{re} civ., 21 déc. 1960 : D. 1961, p. 417 note Ph. Malaurie. – En faveur de l'émission, par exemple, Cass. soc., 2 juill. 1954 : Bull. civ. IV n°485. – Cass. soc., 3 mars 1965 : D. 1965 p. 492.

³² Plus précisément, la révocation n'aura aucun effet si elle parvient au bénéficiaire de l'offre après que celui-ci a expédié son acceptation.

³³ Si l'on tient en effet avec la Cour de cassation que le contrat est formé par l'émission de l'acceptation, l'acceptant ne peut l'anéantir unilatéralement en faisant connaître sa rétractation à l'offrant, même avant que celui-ci ait connaissance de son acceptation. Pourtant, la solution contraire, parce qu'elle protège l'acceptant sans nuire pour autant à l'offrant, est défendue par une partie de la doctrine (E. Lamazerolles, *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, LGDJ 2003 n°114. – Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, T. III, n°27. – J. Carbonnier, *Droit civil, T. IV, Les obligations*, PUF 2000 n°39, « ce qui ramène à la théorie de la réception ! » a-t-on souligné (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz 2005 n°170). Comp. Ch. Larroumet, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, Economica 2003 n°287 qui remarque que le système de l'émission est « inéquitable pour l'acceptant qui est placé dans une situation inférieure à celle de l'offrant » dès lors qu'il ne saurait revenir sur son acceptation alors qu'il est loisible au pollicitant de rétracter son offre), même si sont encore nombreux les auteurs qui défendent l'impossibilité de toute rétractation d'une acceptation émise. La jurisprudence n'a pas pris parti dans ce débat.

18] Cette solution s'oppose à celle admise dans les pays anglo-saxons³⁴ et en matière de commerce international³⁵ : la vente opérée moyennant un prix ni déterminée ni déterminable n'en n'est pas moins valable, le juge étant alors chargé d'en fixer le montant en lieu et place des parties. Or cette règle a intégré le droit positif français par le truchement de la CVIM. Son fameux article 55 dispose en effet que « si la vente est valablement conclue sans que le prix des marchandises vendues ait été fixé dans le contrat expressément ou implicitement ou par une disposition permettant de le déterminer, les parties sont réputées, sauf indications contraires, s'être tacitement référées au prix habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat, dans la branche commerciale considérée, pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables ». On sait que ce texte pose un important problème de conciliation avec l'article 14 qui prévoit que la proposition de conclure un contrat ne constitue une offre qu'à condition d'être suffisamment précise, ce qui suppose que le prix soit déterminé ou déterminable. Néanmoins, une large part des commentateurs est favorable, aux termes d'arguments divers, à faire primer l'article 55 sur l'article 14³⁶. Si bien que pénètre par là pour le juge français l'idée qu'une vente est valable alors même que le prix n'en serait pas déterminé, sitôt que l'un des contractants a son établissement hors de France mais néanmoins dans l'un des pays signataires. La Convention de Vienne a-t-elle alors joué son rôle acculturant pour introduire dans le droit interne de la vente ces solutions au détriment l'exigence traditionnelle de détermination du prix ?

19] La réponse pourrait à première vue être positive. Le débat s'est engagé à propos de ce qu'il est convenu d'appeler les contrats cadre, lesquels sont fréquemment des contrats de distribution. Si leur validité n'a pendant longtemps posé aucun problème au regard de l'article 1591, la Cour de cassation a estimé à partir de 1971 qu'ils devaient être annulés sur ce fondement. À propos d'un contrat d'approvisionnement exclusif passé entre un pompiste de marque et une compagnie pétrolière, la Haute juridiction a considéré que la nullité était encourue dès l'instant qu'il n'était pas « établi que les éléments du tarif des distributeurs ne dépendaient pas de la volonté de ceux-ci »³⁷. En d'autres termes, la stipulation du contrat cadre prévoyant que le distributeur s'approvisionnerait au tarif du fournisseur en vigueur au jour de la commande ne donnait pas au prix un caractère déterminable au sens de l'article 1591 dès l'instant que le fournisseur était maître de sa fixation, ce qui devait entraîner la nullité de tout le contrat pour indétermination du prix. Cette jurisprudence a été vivement critiquée par la doctrine. L'argument principal est évidemment d'ordre économique : nul ne conteste que de tels contrats sont indispensables à l'organisation de relations stables entre commerçants. Mais parce que l'économie ne peut servir de *ratio decidendi* officielle dans un système juridique où la solution est présentée non pas comme le résultat d'une pesée d'intérêts divers et contradictoires mais comme le produit nécessaire et évident d'un raisonnement mené en termes de syllogisme³⁸, il a fallu pour les auteurs porter la critique sur le terrain de la technique juridique. On a alors souligné que l'article 1591 était un texte propre à la vente et que le contrat cadre, s'il était destiné à encadrer la conclusion de futurs contrats

³⁴ I. Corbisier, *La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises, réflexions comparatives*, RIDC 1988 p. 767. – D. Tallon (dir.), *La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé)*, Pédone 1989.

³⁵ F. Adami, *Les contrats « open price » dans la convention des Nations Unies sur le contrat de vente international de marchandises*, RDAI 1989 p. 103 s.

³⁶ Sur ce débat, cf. V. Heuzé, *op. cit.*, n°168 s.

³⁷ Cass. com., 27 avr. 1971, 2^e esp. : Bull. civ. IV n°107. – Cass. com., 5 nov. 1971 : Bull. civ. IV n°263 ; D. 1972 p. 353 note J. Ghestin ; JCP G 1972, II, 16975 note J. Boré.

³⁸ Ainsi serait éminemment souhaitable l'acculturation qui consisterait pour le juge français à admettre que la solution juste n'est pas donnée seulement par l'application mécanique de la règle : le juge pourrait faire état dans sa décision de considérations non proprement juridiques.

de vente n'était pas en lui-même une vente. Las, la critique, entendue par la Cour de cassation, produisit un résultat inverse à celui attendu. La solution fut maintenue, sur le fondement d'un texte ressortissant à la théorie générale des contrats, l'article 1129 qui dispose qu'« il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce »³⁹, et put ainsi être étendue à d'autres conventions cadre que celles conduisant à la conclusion de contrats de vente entre les parties. Consciente néanmoins des inconvénients pratiques considérables engendrés par sa position⁴⁰, la Cour de cassation l'abandonna dans une série d'arrêts rendus le 1^{er} décembre 1995 en affirmant que « lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf disposition légale particulière, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation »⁴¹.

20] Il est tentant de voir dans cette solution une illustration patente de l'acculturation par la Cour de cassation en droit français des solutions en vigueur dans les pays anglo-saxons et plus largement dans le droit de la vente internationale. D'ailleurs, les conclusions de l'avocat général M. Jéol mentionnent expressément les dispositions de la CVIM au soutien du revirement proposé⁴². Il n'en n'est en vérité rien. La solution affirmée en 1995 n'a nullement importé en droit français un quelconque principe de validité des ventes à prix indéterminé dès lors qu'elle ne s'applique qu'aux conventions cadre, dont il est acquis qu'elles ne sont précisément pas des ventes. Or l'objet d'une convention de distribution est clair : il s'agit pour le détaillant de s'engager à s'approvisionner exclusivement, ou à tout le moins, pour des quantités minimales auprès du fournisseur, en contrepartie de l'obtention d'avantages divers, financement, assistance, publicité *etc.* L'objet de l'engagement du détaillant consiste à conclure tel type de contrat avec son partenaire : en tant que tel, il est pleinement déterminé et donc satisfait aux exigences de l'article 1129. Exiger, comme a pu le faire la Cour de cassation avant 1995, que le prix des contrats d'application soit dès cet instant déterminé, c'était confondre l'objet du contrat cadre avec l'objet des contrats de vente qui n'en sont que l'application. Le contrat cadre a donc bien un objet déterminé. Quant aux contrats de vente qui en sont l'application, le détaillant, lorsqu'il passe commande au fournisseur, accepte le prix catalogue de ce dernier : l'acceptation rencontre toujours une offre comprenant un prix déterminé et l'article 1591 est toujours respecté. Autrement dit, à rester sur le terrain de l'application stricte des règles du Code civil, la solution des arrêts de 1995 est parfaitement fondée : jamais la validité des contrats cadre n'aurait dû pouvoir être contestée au regard de l'article 1129 et *a fortiori*, de l'article 1591. Si la Cour de cassation a pu en décider autrement, c'est par une instrumentalisation des règles du Code réalisée dans le souci de protéger les détaillants contre les abus plus redoutés qu'avérés des fournisseurs. Finalement, s'il y a un texte du code civil qui peut être invoqué en la cause, c'est le seul article 1134 alinéa 3 qui impose l'exécution des contrats de bonne foi. Sachant son cocontractant lié par une obligation d'approvisionnement minimal voire exclusif à son égard, le fournisseur peut être tenté d'abuser de cette situation de dépendance pour lui imposer des prix excessifs. Ce n'est pas autre chose que la Cour de cassation invoque ici. Trois des arrêts rendus par l'Assemblée plénière le 1^{er} décembre 1995 ne sont donc nullement la marque d'une acculturation, mais

³⁹ L'alinéa second précisant : « la quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée ».

⁴⁰ Outre qu'elle nuisait au commerce, la nullité d'une convention cadre, fréquemment prononcée après de nombreuses années d'application, donnait lieu en raison de son effet rétroactif à des restitutions réciproques impraticables.

⁴¹ Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995 : Bull. ass. plén. n°9 ; D. 1996 p. 13 s., concl. M. Jéol, note L. Aynès ; JCP G 1996, II, 22565 concl. M. Jéol, note J. Ghestin ; Defrénois 1996 p. 747 obs. Ph. Delebecque.

⁴² M. Jéol, concl. préc. D. 1996 p. 14 col. 2.

seulement d'un retour à une lecture orthodoxe du Code civil. Seul le quatrième arrêt est en rupture avec les dispositions du Code et semble marquer par là l'introduction en droit français d'une solution véritablement nouvelle.

21] On s'explique mal en effet pourquoi la Cour de cassation, « brûlant ce qu'elle avait adoré », a déclaré dans un quatrième arrêt du même jour que « l'article 1129 n'est pas applicable à la détermination du prix »⁴³. Une telle assertion est non seulement inutile au soutien de sa solution puisque les contrats cadre ont un objet parfaitement déterminé mais encore constitue une violation patente de cet article. « Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce » dispose-t-il : lorsque l'une des parties s'est engagée à payer un prix, ce prix constitue à n'en pas douter l'objet même de son obligation. On n'aperçoit pas un seul instant pourquoi le caractère monétaire de l'objet de l'obligation d'une partie le ferait échapper à l'exigence de détermination dans le contrat⁴⁴. La Cour de cassation établit ici un *distinguo* que la loi n'opère pas et dont surtout on ne saisit pas le fondement. Sauf à penser alors que, profitant du désordre engendré par la question de la validité des contrats cadre, la Haute juridiction a souhaité faire reculer l'exigence de détermination du prix dans les contrats. La technique est singulière. Alors que les contrats cadre ne comportent précisément aucun prix et étaient donc par nature impropres à faire évoluer le droit français sur cette question de la détermination du prix⁴⁵, la confusion des conventions cadre et des contrats d'application en donne l'occasion à la Cour de cassation. Si on admet un instant avec elle que l'article 1129 est inapplicable à la détermination du prix, il en résulte que la plupart des contrats seront dorénavant valablement conclus alors même qu'aucun prix n'aurait été fixé par les parties. Faut-il alors en conclure à l'acculturation éclatante d'un principe étranger à la conception française traditionnelle des contrats ? Rien d'éclatant en vérité.

22] *Ratione materiae*, l'innovation est loin d'être aussi étendue qu'elle peut paraître. Elle n'affecte en effet pas les principaux contrats d'affaires, soit pour certains d'entre eux parce que la solution était déjà admise de longue date, soit pour d'autres parce qu'au contraire des textes spéciaux continuent d'en interdire l'application. De la première catégorie relèvent les contrats d'entreprise ou de mandat : une jurisprudence plus que centenaire admet en effet leur pleine validité en dépit de l'absence de fixation du prix⁴⁶. Il n'y a donc point d'acculturation ici. Quant au contrat de vente, à l'inverse, les solutions traditionnelles ne sont certainement pas modifiées par les arrêts du 1^{er} décembre 1995 : la vente en droit français interne continue à n'être valablement formée qu'à condition que le prix en soit déterminé ou déterminable. La Cour de cassation n'a en effet pas osé biffer dans le même élan l'article 1591 qui réaffirme spécifiquement cette nécessité⁴⁷.

⁴³ Pour la réaffirmation de cette solution : Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2004 : RDC 2004 p. 925 obs. D. Mazeaud.

⁴⁴ Voir en ce sens J. Huet, *Critique de la jurisprudence de l'Assemblée plénière sur l'indétermination du prix* : Mél. Sayag 1997 p. 311 s., spéc. p. 324 s. *Adde.*, CA Paris, 6 fév. 1998 : « La vente étant un contrat synallagmatique source d'obligations, l'article 1129 du Code civil qui traite de la validité des obligations lui est applicable en l'absence de dispositions propres à ce contrat, quoiqu'en dise la Cour suprême » (D. 1998, Inf. rap. p. 75 ; RTD civ. 1998 p. 898 obs. J. Mestre).

⁴⁵ V. J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.* n°237 : « La question de la détermination du prix s'est trouvée curieusement posée à propos d'un contrat, le contrat cadre, qui n'en comporte pas ».

⁴⁶ Pour le contrat de mandat, Cass. req., 29 janv. 1867 : DP 1867, I, p. 53 ; Cass. req., 19 mai 1930 : S. 1930, I, p. 301. – Pour le contrat d'entreprise, Cass. 1^{re} civ., 15 juin 1973 : Bull. civ. I n°202.

⁴⁷ Elle ménage d'ailleurs, sur la question de l'indétermination du prix qu'elle affirme ne plus être un obstacle à la validité des contrats cadre, les « dispositions légales particulières ».

23] Finalement, l'impact de la solution nouvelle n'a qu'un domaine limité et concernera principalement les contrats de bail ou de prêt. L'article 1129 étant inapplicable, est ainsi valable la clause du contrat de prêt prévoyant que l'emprunteur s'engage à verser une indemnité au prêteur en cas de remboursement anticipé alors même que son montant n'est pas déterminé ni déterminable⁴⁸. Sera pareillement valable la clause de permettant au prêteur de faire varier le taux d'intérêt⁴⁹. Et la même solution, à appliquer radicalement la règle nouvelle, devrait s'imposer pour le louage de choses. À suivre la logique initiée par la Cour de cassation, le contrat serait alors valable non seulement lorsque le prix est à la merci de l'un des contractants mais encore lorsqu'il n'a fait l'objet d'aucun accord des parties. Sur ce dernier point, l'innovation serait importante car il ne s'agirait plus d'assouplir la conception de ce qu'est un prix déterminable, en admettant que répond à cette exigence le prix au pouvoir d'une partie, mais de manière plus radicale d'admettre la validité du contrat comportant un prix non déterminé, ce qui revient à faire une place déterminante au juge dans la fixation du contenu du contrat. En somme, on assisterait à un changement de paradigme⁵⁰, le prix n'étant soumis à l'exigence de détermination que dans les cas où la loi en dispose ainsi. Mais parce que d'une part le droit admettait déjà une telle solution pour des contrats aussi importants que l'entreprise et le mandat et que la solution nouvelle ne joue pas pour d'autres contrats au premier rang desquels se trouve la vente, le changement de modèle, s'il est théoriquement majeur, est pratiquement mineur.

II / L'EXECUTION DU CONTRAT DE VENTE

24] Pour le juriste français, si le contrat est obligatoire et que l'on peut contraindre à son exécution, c'est par cela qu'on doit fidélité à la parole donnée. L'essentiel est que le contractant puisse être contraint à respecter son engagement : « on ramène le pêcheur à l'accomplissement exact de ses devoirs, on le ramène sur le droit chemin »⁵¹. La force obligatoire du contrat repose sur un substrat moral. Pour la *common law*, dont l'inspiration utilitariste est en phase avec les exigences modernes de l'analyse économique du droit, le contrat est avant tout un instrument destiné à procurer à chacun de ses acteurs une utilité maximale. Si le contrat cesse de présenter un intérêt pour l'un des contractants, celui-ci ne pourra être contraint de l'exécuter si le marché offre à l'autre partie le moyen de se procurer sans difficulté l'utilité convoitée. Il sera alors seulement tenu de prendre à sa charge le surcoût que peut représenter ce recours au marché pour son cocontractant. Ce n'est que dans le cas où le marché n'est pas à même de fournir la contrepartie attendue au contrat que celui-ci pourra faire l'objet d'une exécution forcée. Il n'y a pas de respect de la parole donnée qui tienne, seulement respect de l'utilité économique essentielle que continue de représenter le contrat pour l'une des parties, même si cette utilité a disparu pour l'autre.

Cette différence de philosophie quant au fondement de la force obligatoire des contrats entraîne des divergences dans la manière dont les deux systèmes appréhendent la question des sanctions de leur inexécution (A) et celle de leur adaptation au changement des circonstances économiques (B). La CVIM, qui est proche sur ces points du modèle anglo-saxon, pourrait

⁴⁸ Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2000 ; RTD civ. 2000 p. 830 obs. J. Mestre et B. Fages. – Cass. com., 17 juill. 2001 : Bull. civ. IV n°142. L'indemnité de remboursement anticipé est perçue comme le prix versé en contrepartie de l'exercice d'une faculté de résiliation anticipée. *Contra*, avant 1995 : Cass. 1^{re} civ., 2 mai 1990 : D. 1991 p. 41 note Gavalda ; RTD civ. 1991 p. 111 obs. J. Mestre et, plus curieusement, au lendemain des arrêts d'assemblée plénière, Cass. 1^{re} civ., 9 mai 1996 : D. 1997, som. com. p. 176.

⁴⁹ Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1998 : Bull. civ. I n°323 ; D. aff. 1999 p. 163 obs. C. R.

⁵⁰ En ce sens, N. Molfessis et D. Bureau, *Petites Affiches*, 27 déc. 1995, p. 14 n°7 et p. 15 n°11.

⁵¹ Ph. Stoeffel-Munck, *Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale*, Dr. et pat. n°126, mai 2004 p. 70 s., spéc. p. 75 col. 1.

contribuer à une évolution jurisprudentielle réclamée de longue date par une partie de la doctrine. On peine pourtant à en percevoir ne serait-ce que les prémices.

A / LES SANCTIONS DE L'INEXECUTION DU CONTRAT

25] L'obligation de modérer le dommage (1) et le caractère extrajudiciaire de la résolution (2) sont consacrés par la CVIM, au rebours du droit interne qui pose le principe de la réparation intégrale du préjudice et impose officiellement le recours au juge pour résoudre le contrat inexécuté. Parce que ces questions ont été récemment au cœur d'un important débat doctrinal et d'une évolution jurisprudentielle certaine, elles fournissent un terrain propice à l'analyse de l'acculturation de solutions exogènes en droit interne.

1) L'ACCULTURATION DE LA MITIGATION OF DAMAGES

26] La CVIM consacre le devoir de coopération des parties au travers du principe de *mitigation of damages* et n'est en cela que le reflet d'une tendance lourde du *jus comune*⁵². Son article 77 dispose que « la partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages et intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée ».

27] Ce mécanisme présente une originalité certaine pour un juriste français, qui fait douter de la possibilité de le transposer en droit interne. En effet, « l'obligation » de minimiser le dommage n'en est à proprement parler pas une dès l'instant que sa violation ne peut pas être sanctionnée par la mise en jeu de la responsabilité contractuelle du contrevenant, pas plus qu'elle ne peut faire l'objet d'une exécution en nature. La plupart des auteurs considèrent qu'il s'agit d'une incombance : sa violation produit des effets de droit à l'encontre du débiteur, sans pour autant constituer une créance pour son cocontractant. Si cette notion d'incombance est connue des droits suisse et allemand, elle est en revanche ignorée des juristes français⁵³, si bien que la possibilité de son éventuelle acculturation en droit français semble devoir acheminer sur un obstacle majeur, l'absence de concept technique susceptible de la traduire fidèlement.

28] Il n'est pas sûr qu'un tel obstacle soit réel. Il est en effet possible de traduire en droit français cette incombance par la notion d'obligation. Il n'a jamais fait difficulté pour un juriste français de dire que l'acquéreur a « l'obligation » de dénoncer le vice caché dans le délai de l'article 1648 du Code civil, alors qu'il est clair que dans le cadre de la CVIM, il s'agit encore une fois d'incombance et non d'obligation. Toutefois, il ne faut pas se dissimuler que créer une véritable obligation de modérer le dommage à la charge de la victime d'une inexécution contractuelle en élargirait la portée. Telle qu'elle est conçue dans la Convention de Vienne, la *mitigation of damages* ne peut être invoquée que dans la seule hypothèse où le créancier de l'obligation inexécutée réclame l'octroi de dommages et intérêts,

⁵² Voir, pour les principes Unidroit, art. 7-4-8 : « Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables », pour les Principes du droit européen des contrats, art. 9-505 : « Le débiteur n'est point tenu du préjudice souffert par le créancier pour autant (...) qu'il aurait pu réduire son préjudice en prenant des mesures raisonnables ». Le principe de la *mitigation of damages* est admise notamment en droit américain, anglais (V. H. Muir-Watt : *La modération des dommages en droit anglo-américain*, Petites Affiches, 20 nov. 2002 n°232 p. 45 s.), allemand et par la jurisprudence belge.

⁵³ L'article majeur de Pascal Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat* (RTD civ. 1999 p. 771 sq.) a cependant fait prendre conscience aux juristes français que le contrat ne se limitait pas à faire naître des obligations entre les parties et que l'obligatoire ne devait pas être ramené à l'obligation.

en place de l'exécution forcée. La métamorphoser en véritable obligation autoriserait son utilisation en cas d'action en exécution forcée. Ainsi du vendeur qui, sachant que son client n'acquerra pas la marchandise commandée, choisit, plutôt que d'engager la responsabilité de ce dernier, de poursuivre la production, de mettre les marchandises à disposition du client et d'agir en paiement forcé du prix convenu. Dans le cadre de la CVIM, dès lors que c'est l'exécution forcée qui est requise, l'acheteur ne pourra exciper de ce que le vendeur, en poursuivant la production tout en sachant qu'il ne se porterait pas acquéreur, n'a pas agi de manière à minimiser son dommage. Dans le cadre d'une véritable obligation de modérer le dommage, la violation de cette obligation créera un préjudice au détriment de l'acheteur, le rendant créancier de dommages et intérêts venant alors en déduction du prix dont il est redevable⁵⁴. Cette différence de portée ne peut cependant certainement pas condamner à elle seule l'intégration d'une obligation de modérer le dommage dans le droit français interne de la vente. Certes, on s'éloignera du modèle, mais c'est le propre de toute acculturation que de procéder à l'adaptation de la norme afin qu'elle puisse prospérer dans un système juridique différent.

29] Reste à savoir ce qui pourrait justifier techniquement qu'une telle obligation soit mise à la charge de la victime de l'inexécution du contrat. Il vient immédiatement à l'esprit de solliciter l'article 1134 al. 3 du Code civil qui impose l'exécution de bonne foi des conventions. Le devoir de solidarité des contractants se maintiendrait alors même que l'un d'eux aurait manqué à la loi contractuelle en n'exécutant pas ses obligations. L'article 1135, qui permet d'enrichir le contenu obligationnel du contrat de toutes les suites que lui donnent la loi, l'usage ou l'équité, pourrait également être mobilisé en ce sens. Mais il y a sans doute un meilleur moyen de procéder à l'acculturation de l'obligation de minimiser le dommage en droit interne, en recourant à l'idée de causalité.

30] Fondamentalement, la *mitigation of damages* opère comme une technique d'évaluation des dommages et intérêts contractuels. La victime est tenue de prendre les mesures raisonnables pour limiter son dommage. L'exemple type en est l'achat de remplacement lorsque le vendeur n'exécute pas son obligation de livraison ou, inversement, la vente compensatoire lorsque l'acheteur ne procède pas au retrait de la chose. Dès l'instant que ces opérations ont eu lieu d'une manière et dans un délai raisonnable, la partie coupable de l'inexécution ne sera plus redevable à l'égard de son cocontractant que du différentiel de coût entre le prix convenu au contrat et celui finalement obtenu d'un autre fournisseur ou client. L'essentiel sur cette question est que l'article 76 de la Convention commande de fixer de cette façon les dommages et intérêts alors même que ces facultés n'auraient pas été effectivement mises en œuvre⁵⁵. Autrement dit, l'existence d'une obligation de minimiser le dommage (art. 77) conduit automatiquement à fixer les dommages et intérêts au montant du préjudice qui aurait effectivement été subi si leur créancier avait pris tout les mesures raisonnables propres à en limiter l'importance (art. 76).

31] Si l'on tient donc que l'obligation de minimiser le dommage est, malgré son nom, d'abord une technique d'évaluation du préjudice, son acculturation en droit interne semble devoir se

⁵⁴ En ce sens, Cl. Witz, *L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale* : Petites Affiches, 20 novembre 2002, n°232, p. 50 s., spéc. p. 51.

⁵⁵ On tiendra compte alors du prix courant des marchandises en cause sur le marché à l'époque où le contractant aurait raisonnablement dû mettre en œuvre la faculté de remplacement ou la vente compensatoire. À défaut de prix courant, l'article 76 est inapplicable et on en revient alors à l'article 77, les dommages et intérêts étant réduits à hauteur du préjudice qu'une opération de remplacement raisonnable aurait permis d'éviter.

heurter à un obstacle culturel apparemment redoutable, celui du principe de réparation intégrale. Mais en réalité, un tel principe ne s'est imposé en matière contractuelle qu'à la faveur de l'attraction considérable exercée par le modèle de la responsabilité civile délictuelle, dont le résultat fut l'atrophie de certains textes majeurs du Code civil qui rejettent précisément cette idée de réparation intégrale du préjudice dans le domaine contractuel. Ainsi en est-il de l'article 1150 qui limite la réparation au dommage prévisible et surtout, pour le point qui nous intéresse, de l'article 1151 énonçant que « dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution ». L'idée mise en œuvre dans ce texte est celle de causalité. Seul le dommage effectivement causé par l'inexécution doit être supporté par celui qui s'en est rendu coupable. Dès lors, si le préjudice effectivement subi par le créancier de l'obligation inexécutée a en partie pour origine sa propre négligence, il ne sera pas réparé pour cette partie. L'acculturation de l'obligation de modérer le dommage pourrait donc être reçue avec une grande aisance par le droit français, à condition que recule le dogme de la réparation intégrale du préjudice en matière contractuelle, où il n'a pas sa place et qui ne s'y est imposé qu'à la faveur d'une transposition peu réfléchie des habitudes de pensée acquises en matière délictuelle. Le grand débat qui a agité la doctrine française sur la question de la responsabilité contractuelle sous l'impulsion des travaux de Ph. Rémy il y a quelques années⁵⁶ pourrait avoir suffisamment secoué les vieilles habitudes pour que la transplantation de cette obligation de minimiser le dommage puisse s'opérer sans de trop vives difficultés.

32] La jurisprudence a d'ailleurs pu donner des gages à cette institution. Ainsi, une société ayant revendu à un viticulteur des tanins en dépit de leur odeur anormale n'a pu se faire garantir de sa condamnation pour vices cachés par le laboratoire ayant fabriqué les tanins défectueux. La Cour de cassation estime en effet que « l'acquéreur, également vendeur professionnel qui a décelé le vice après la livraison, ne peut se faire garantir par son propre vendeur de la faute qu'il a commise en revendant le produit en connaissance de cause ». Autrement dit, pour la Cour de cassation, la société aurait dû limiter son dommage en s'abstenant de procéder à la revente des tanins défectueux⁵⁷. La Cour d'appel de Douai, dans un arrêt du 15 mars 2001⁵⁸, a condamné une société pour rupture brutale des relations commerciales qu'elle entretenait avec l'un de ses fournisseurs. Mais les dommages et intérêts alloués à ce dernier sont néanmoins cantonnés à 75% du préjudice entraîné par cette rupture brutale, au motif qu'en acceptant d'avoir pour seul client ou presque cette société, le fournisseur avait pris délibérément le risque de subir un préjudice important en cas de rupture de la relation commerciale. En d'autres termes, le préjudice subi par le fournisseur avait en partie pour origine sa propre négligence. Trois mois plus tard, la Cour de Paris⁵⁹ devait décider que le créancier, victime de l'inexécution du contrat pendant trois ans, et qui pourtant ne fait pas obstacle à sa tacite reconduction, manque à la bonne foi contractuelle et doit voir la réparation de son préjudice réduite. De même, dans une décision du 26 novembre 1986, la Cour d'appel de Versailles a estimé que l'acheteur d'un matériel livré non conforme qui demandait la résolution de la vente et l'octroi de dommages et intérêts devait voir ces derniers réduits dès l'instant « que l'acheteur n'a pas tout mis en œuvre, en ayant recours à des solutions intermédiaires, pour pallier la carence du vendeur et en limiter les conséquences »⁶⁰.

⁵⁶ Ph. Rémy, *La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept*, RTD civ. 1997 p. 323 s.

⁵⁷ Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1985 : Bull. civ. I n°210.

⁵⁸ D. 2002, p. 307, note C. André ; JCP E 2001 p. 1861 note M. Pédamon ; RTD civ. 2002 p. 296 obs. J. Mestre et B. Fages.

⁵⁹ CA Paris, 22 juin 2001 : D. 2002, p. 843 note C. Coulon.

⁶⁰ CA Versailles, 26 nov. 1986 : Gaz. pal. 1987, 2, som. p. 402.

33] Refusant d'emboîter le pas aux juges du fond, la Cour de cassation a donné un net coup d'arrêt à toute velléité de consacrer en droit français une quelconque obligation de minimiser le dommage dans deux arrêts du 19 juin 2003⁶¹ repris dans son rapport annuel, et qui, à titre de principe, énoncent : « la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ». En dépit de la netteté de l'attendu, il y a lieu de penser que la porte n'est pas définitivement refermée sur cette institution. L'un de ces arrêts concerne le préjudice corporel : le principe de l'indisponibilité du corps humain justifie alors suffisamment qu'on n'impose pas à la victime de se prêter à telle opération ou traitement susceptible de modérer son préjudice si elle ne le veut pas. Quant au second, son opportunité est plus discutable. Il concernait le préjudice économique subi par la victime d'un accident qui n'avait pas pu pour cette raison exploiter personnellement son fonds de commerce de boulangerie pendant quatre ans, ce qui évidemment lui avait fait perdre toute valeur. La Cour d'appel refuse à la victime l'indemnisation de ce préjudice au motif qu'elle aurait pu l'éviter en donnant son fonds en location-gérance⁶² : sa décision est cassée par la Cour de cassation au visa de l'article 1382 et de l'attendu de principe susmentionné.

Reste qu'on peut penser que la portée de cette condamnation de la *mitigation of damages* doit être cantonnée à la matière délictuelle, sans qu'elle ait vocation à s'appliquer au domaine contractuel. On a dit en effet que le principe de réparation intégral est une donnée culturelle majeure du droit de la responsabilité délictuelle mais qu'il n'a été importé dans le domaine contractuel que par accident : le principe qui la fonde fait défaut lorsque la victime se plaint de l'inexécution du contrat. Mais au vrai, la question essentielle demeure : quand bien même elle ne se heurterait à aucun réel obstacle d'ordre technique, l'obligation de minimiser le dommage peut-elle être introduite en droit français sans attenter gravement à notre culture du contrat ? La réponse est négative.

34] Une partie de la doctrine est favorable à l'acculturation dans notre droit d'une telle obligation⁶³, parce qu'elle vient d'ailleurs et surtout, parce qu'elle participe de la vogue que connaît actuellement la notion de bonne foi contractuelle en droit français⁶⁴. L'obligation de minimiser le dommage apparaît en effet comme son ultime prolongement, puisqu'elle manifeste la permanence du devoir de collaboration des parties au stade de la violation même du contrat. En réalité, l'introduction dans notre droit d'une telle obligation n'est pas neutre et on ne saurait plaider en sa faveur sans avoir au préalable pris l'entière mesure des conséquences susceptibles de s'en évincer. La question a en effet partie liée avec celle des remèdes à apporter à la violation du contrat. Si l'obligation de modérer le dommage existe en droit anglo-saxon, c'est parce que le contrat n'est perçu que comme un outil juridique utile à procurer une satisfaction économique aux parties. Lorsque l'une d'elles se montre défaillante, l'autre doit nécessairement se tourner vers le marché pour obtenir la prestation attendue et ne peut exiger de son ancien partenaire que la compensation de l'éventuel surcoût que ce recours au marché pourra présenter. À moins que le marché ne soit impropre à offrir la prestation convenue au contrat, l'exécution forcée est toujours exclue ; car ce n'est pas le respect de la

⁶¹ Cass. 2^e civ., 19 juin 2003 : Bull. civ. II n°203 ; RTD civ. 2003 p.716 obs. P. Jourdain ; JCP G 2004, I, 101 obs. G. Viney ; Petites Affiches, 17 oct. 2003 n°208 p. 16 s. note S. Reifegerste.

⁶² Voir, pour une décision précédentes de juges du fond dans le même sens : CA Montpellier, 9 déc. 1965 : D. 1967 p. 477 note P. Azard.

⁶³ V. S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, préf. H. Muir-Watt, PU Aix-Marseille, 2002.

⁶⁴ L'avant projet de réforme du droit des obligations (projet Catala remis au Garde des Sceaux le 22 sept. 2005) prévoit dans son article 1373 que « lorsque la victime avait la possibilité, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation, il sera tenu compte de son abstention par une réduction de son indemnisation, sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique ».

parole donnée que le droit veut garantir mais la seule utilité économique du contrat. L'obligation de modérer le dommage n'a donc de sens que parce que l'exécution forcée du contrat est par principe refusée au créancier. Or le droit français, parce qu'il a une conception morale et non économique de la force obligatoire des conventions, reste viscéralement attaché au principe de l'exécution forcée du contrat, laquelle demeure la sanction « naturelle » de celui-ci. Il n'est donc pas possible de reprocher à un créancier, dont on entend qu'il demeure libre de poursuivre une telle exécution forcée, de ne pas avoir procédé soit à un achat de remplacement, soit à l'inverse à une vente compensatoire⁶⁵. Autrement dit, la consécration de l'obligation de modérer le dommage porte en elle l'abandon du droit à obtenir l'exécution forcée du contrat et au-delà, le renversement du fondement de la force obligatoire du contrat en France⁶⁶. Faut-il alors s'étonner que la Cour de cassation l'ait condamnée en 2003 ?

Plus prosaïquement, on remarquera qu'elle suppose aussi que la partie victime de l'inexécution ait pu, avant de procéder à la revente ou au remplacement, se libérer du contrat inexécuté. Une telle libération, qui doit opérer rapidement, s'accorde mal avec le recours au juge, si bien que l'obligation de modérer le dommage va de pair avec une faculté de résoudre unilatéralement le contrat. Or cette faculté est en principe rejetée par le droit français.

2) LE NOUVEAU VISAGE DE LA RESOLUTION DU CONTRAT

35] Le droit français interne des contrats prévoit que la résolution d'une convention pour inexécution ne peut être que judiciaire : l'article 1184 al. 3 du Code civil dispose en effet que « la résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances ». La règle s'explique par le souci d'éviter toute forme de justice privée : la résolution est une sanction grave dont la proportionnalité à l'inexécution reprochée doit pouvoir être appréciée par le juge sans être laissée à l'arbitraire d'une partie. Celui-ci a ainsi toujours la faculté de refuser d'anéantir un contrat lorsque l'inexécution lui apparaît bénigne. Mais elle présente un inconvénient important lié aux délais attachés à l'obtention d'une décision de justice : comme telle, elle n'est pas propice à la rapidité des échanges⁶⁷. D'autres systèmes juridiques prévoient une solution radicalement opposée, permettant à la victime de l'inexécution de décider seule de la résolution du contrat, le juge pouvant alors être saisi par son cocontractant qui estimerait cette décision injustifiée⁶⁸. Autrement dit, tandis que le système français de la résolution prévoit une intervention *a priori* du juge, la plupart des autres systèmes juridiques organisent son intervention *a posteriori*. La CVIM a permis l'introduction en droit français de cette autre logique : son article 49-1 prévoit en effet les cas dans lesquels « l'acheteur peut déclarer le contrat résolu » et l'article 64-1 ceux dans lesquels

⁶⁵ Cette difficulté est d'ailleurs soulignée dans le cadre de la CVIM : l'acheteur qui veut échapper aux conséquences que pourraient avoir pour lui le non respect de l'obligation de minimiser son dommage est contraint finalement de résoudre la vente et d'exercer la faculté de remplacement, alors même qu'il est en principe libre de ne pas procéder à cette résolution (Cl. Witz, *op. cit.*, p. 53).

⁶⁶ On a ainsi pu écrire qu'« introduite en droit français, pareille solution remettrait profondément en cause la primauté de l'exécution en nature que la doctrine française fait découler, comme une conséquence inéluctable, de la force obligatoire du contrat. C'est alors toute la hiérarchie des remèdes contractuels, voire les ressorts mêmes de la force obligatoire du contrat qui se trouvent bouleversés (...) » (H. Muir-Watt, *op. cit.* p. 47, col. 2).

⁶⁷ Voir sur la question, Ch. Jamin, *Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, *Économica* 1999 p. 71 s.

⁶⁸ Voir les Principes du droit européen des contrats, art. 4-301 (« une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution essentielle de la part du cocontractant ») et 4-304 (« Lorsque, dès avant la date à laquelle une partie doit exécuter, il est manifeste qu'il y aura inexécution essentielle de sa part, le cocontractant est fondé à résoudre le contrat »); les Principes Unidroit, art. 7-3-1 (« une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution essentielle de la part de l'autre partie »); le BGB, art. 324 et 325 *etc.* – V. sur ce point, L. Aynès, *Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives* : Droit et pat. mai 2004 n°126 p. 64 s. spéc. p. 66.

« le vendeur peut déclarer le contrat résolu »⁶⁹. On doit s'interroger alors sur la force de ce modèle et son influence sur le droit interne de la vente, et plus largement, des contrats.

36] La tâche est difficile dans la mesure où l'opposition des deux systèmes est bien plus apparente que réelle : la loi, les usages et les pratiques font une large place à la résolution extrajudiciaire des contrats en droit interne⁷⁰ ; si bien qu'il devient en retour beaucoup plus difficile d'observer l'acculturation d'une règle qui est loin de faire figure d'élément réellement exogène.

Quant à la loi, le Code civil comporte une importante disposition, assez peu mise en avant et qui pourtant sert pleinement l'impératif de rapidité des échanges. Si l'on veut favoriser une circulation rapide des biens, il importe que le vendeur qui se heurte à un acheteur récalcitrant refusant de retirer la chose vendue puisse, avant que celle-ci ne se déprécie, la céder à un autre acquéreur intéressé, ce qui suppose à titre préalable qu'il en ait récupéré la propriété, donc que la première vente ait été résolue. L'article 1657 du Code civil dispose alors en ce sens qu'« en matière de vente de denrées et d'effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retraitement ». On remarquera d'une part que les codificateurs n'ont pas limité la portée de ce texte au seul cas de la vente de denrées périssables pour lesquelles la nécessité d'une revente rapide est évidente, mais l'ont étendue à tout objet mobilier, ce qui en fait une disposition tout à fait générale. D'autre part, la solution française est sur ce terrain plus audacieuse que la solution prévue par la CVIM qui n'autorise la résolution par le vendeur qu'à l'issue d'un délai supplémentaire qu'il aura imparti à l'acheteur⁷¹.

Dans la situation inverse, lorsque le vendeur ne met pas le bien à la disposition de l'acquéreur dans le délai convenu, l'acquéreur peut se prévaloir de la faculté de remplacement prévue par l'article 1144 du Code civil, en d'autres termes, se fournir auprès d'un tiers « aux dépens du débiteur ». Une telle faculté suppose que le premier contrat soit d'abord résolu au torts du vendeur et que celui-ci soit condamné à supporter l'éventuel surcoût que représente pour l'acquéreur le recours à un autre fournisseur. Or si cette résolution doit en principe – selon les termes même du texte –, être autorisée par le juge, il en va autrement en matière commerciale. Les usages gouvernant la matière permettent en effet l'exercice de la faculté de remplacement après simple mise en demeure du débiteur restée infructueuse, sans que le juge n'ait à prononcer la résolution⁷². Le droit de la consommation quant à lui autorise la résiliation unilatérale du contrat par le consommateur victime d'un retard de livraison de plus de sept jours⁷³.

Enfin, on ne saurait sous-estimer l'importance des cas de résolution extra-judiciaire en droit français liés à la présence de clauses résolutoires de plein droit. L'acculturation s'opère ici par

⁶⁹ On remarquera que la dispense d'un recours systématique au juge est d'autant plus nécessaire dans un contexte international où il est davantage complexe et coûteux.

⁷⁰ Pour une présentation générale de ces cas de résolution unilatérale des contrats, cf. Ph. Delebecque, *Le droit de rupture unilatérale du contrat : genèse et nature*, *Droit et pat.* n°126, mai 2004, p. 56 s. On remarquera que dans le cadre des procédures collectives, la Chambre commerciale a considéré que le refus exprès par l'administrateur de poursuivre le contrat entraîne sa résiliation de plein droit sans qu'elle ait à être constatée par le juge commissaire (*Cass. com.*, 18 mars 2003 : D. 2003 p. 972).

⁷¹ Art. 64-1 b).

⁷² *Cass. Req.*, 6 janv. 1869 : D. 1869, I, p. 207. – *Cass. 1^{re} civ.*, 20 janv. 1976 : *Bull. Civ. V* n°26. V. sur cette question, D. Plantamp, *Le particularisme du remplacement dans la vente commerciale*, D. 2000 p. 243 s.

⁷³ C. Conso., art. L. 114-1. On remarquera que, dans une certaine interprétation, la nouvelle garantie de conformité dans la vente introduite dans le Code de la consommation par l'ordonnance du 17 février 2005 portant transposition de la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999, permet au consommateur de résoudre le contrat sans en appeler au juge en cas de défaut de conformité de la chose vendue (en ce sens, P. Rémy-Corlay, *RTD civ.* 2005 p. 347 col. 1).

l'adhésion volontaire des contractants à un modèle évinçant le juge du prononcé de la résolution.

37] Reste malgré tout que la lettre de l'article 1184 continue de requérir l'intervention de principe du juge pour prononcer la résolution des contrats. En réalité, et ce n'est un secret pour personne, ce texte ne reflète plus aujourd'hui l'état du droit positif français sur la question⁷⁴. La Cour de cassation a en effet estimé dans un arrêt du 13 octobre 1998 que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, cette gravité n'étant pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis »⁷⁵. L'idée est notamment de sacrifier aux exigences de la rapidité, afin que la victime du manquement puisse conclure un autre contrat propre à lui permettre de réaliser l'opération économique qu'il poursuit. Il faut déduire de cette décision que la résolution peut valablement être décidée de manière unilatérale par une partie à condition qu'elle ait des motifs suffisants pour y procéder, ce qui rejoint l'esprit des dispositions de la CVIM qui n'autorisent la résolution unilatérale qu'en cas de contravention essentielle au contrat⁷⁶. Il est difficile d'apprécier dans quelle mesure la CVIM a pu contribuer à cette importante évolution du droit français⁷⁷, mais il n'est guère contestable que les modèles étrangers auront joué leur rôle, mettant en lumière l'inadaptation du principe posé par l'article 1184 aux exigences de rapidité des échanges.

38] Le constat de l'importation d'un principe de résolution extrajudiciaire des contrats en droit français ne suffit pas pourtant à conclure à un phénomène d'acculturation. La question demeure de savoir en quoi le passage d'une intervention *a priori* à une intervention *a posteriori* du juge caractérise une véritable révolution culturelle et non pas une simple évolution technique de la règle. La réponse dépend du pouvoir reconnu au juge lorsqu'il est appelé à contrôler la légitimité de la rupture unilatérale du contrat.

- Si l'on considère que le juge peut tenir la résolution unilatérale pour inefficace lorsqu'elle n'est pas fondée sur un motif suffisant, l'exécution forcée de la convention peut continuer à être exigée le demandeur. Elle conserve alors sa force et le droit français, bien qu'ayant accepté le principe de résiliation unilatérale, reste fidèle à sa culture qui fonde à titre principal la force obligatoire du contrat sur le principe moral *pacta sunt servanda*.

⁷⁴ D'où la nécessité, défendue par certains, de procéder à sa réécriture : D. Tallon, *L'article 1184, un texte à rénové ?* : in *Clés pour le siècle*, Dalloz 2000 p. 253 s. L'avant projet de réforme du droit des obligations (projet Catala remis au Garde des Sceaux le 22 sept. 2005) prévoit la création d'un article 1158 énonçant qu'en cas d'inexécution, « lorsqu'il opte pour la résolution, le créancier peut soit la demander au juge, soit, de lui-même, mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable, à défaut de quoi il sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Celle-ci prend effet lors de la réception de la notification par l'autre partie ».

⁷⁵ Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1998 : Bull. civ. I n°300 ; D. 1999 p. 197 obs. Ch. Jamin et som. com. p. 115 obs. Ph. Delebecque ; RTD civ. 1999 p. 394 obs. J. Mestre et p. 506 obs. J. Raynard. La solution est applicable que le contrat soit à durée déterminée ou non : Cass. 1^{re} civ., 20 fév. 2001 : D. 2001 p. 1568 note Ch. Jamin et som. com. p. 3239 obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2001 p. 363 obs. J. Mestre et B. Fages. – V. depuis, Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 2003 : Bull. civ. I n°211 ; RTD civ. 2004 p. 89 obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2004 p. 273 obs. L. Aynès et p. 277 obs. D. Mazeaud. Des décisions précédentes avaient admis cette solution en raison soit de l'urgence qu'il y avait de mettre fin au contrat, soit du lien particulier de confiance devant exister entre les parties. C'est donc la généralité du principe posé par la Cour de cassation qui est nouvelle.

⁷⁶ Art. 49-1 a) pour la résolution à l'initiative de l'acheteur, art. 64-1 a) pour la résolution à l'initiative du vendeur ; la résolution étant pareillement autorisée en cas de non respect du délai supplémentaire accordé le créancier pour l'exécution du contrat (art. 49-1 b) et 64-1 b).

⁷⁷ Ainsi, le rapport annuel de la Cour de cassation ne fait pas état des motifs d'une telle évolution.

- Si à l'inverse on dénie au juge le pouvoir de réanimer le contrat unilatéralement et injustement résolu par l'une des parties, alors son cocontractant n'a plus qu'à espérer l'octroi de dommages et intérêts. Ce qui revient à importer en droit français la théorie anglo-saxonne de l'*efficient breach of contract* ; laquelle n'est que la résultante technique d'une philosophie du contrat qui assoit sa force obligatoire sur son utilité économique.

Ainsi qu'on l'a justement écrit, « voilà ce qui est au bout du chemin : une conception essentiellement économique du contrat, où la force obligatoire n'est plus fondée sur le principe moral de la fidélité à la parole donnée, mais sur la rationalité économique de l'opération convenue »⁷⁸. Est donc essentielle la réponse donnée à cette interrogation.

39] La Convention de Vienne n'envisage pas spécifiquement la question de la pérennité d'une résolution prononcée par une partie et dont il s'avérerait que la contravention qui l'a justifiée ne pouvait être qualifiée d'essentielle. Il semble cependant que seule l'attribution de dommages et intérêts soit envisageable, sans que le contrat puisse à nouveau lier les deux parties.

En revanche, cette solution ne paraît pas s'imposer pour le droit français : le juge pourrait ainsi, s'il estimait la résolution non fondée, condamner le créancier non pas seulement au paiement de dommages et intérêts mais à l'exécution du contrat qu'il avait pris l'initiative de résoudre. Techniquement, une telle solution est autorisée par l'idée de réparation en nature⁷⁹. Elle est éminemment souhaitable si l'on veut éviter qu'un contractant puisse échapper à l'exécution forcée de la convention en décidant de la résoudre, tirant un fallacieux prétexte d'une inexécution vénielle émanant de son partenaire⁸⁰. De surcroît, la rejeter aboutirait à établir une discrimination injustifiable entre les auteurs d'une inexécution du contrat. Le débiteur qui prendrait la peine, avant de violer son engagement, d'avertir son partenaire qu'il résilie le contrat, échapperait à tout risque de condamnation à l'exécution forcée. En revanche, celui qui ne prendrait pas une telle précaution resterait exposé à respecter sa parole, au besoin sous astreinte. Ce qui explique que la doctrine reste généralement favorable à l'idée qu'une résiliation unilatérale injustifiée doit tout simplement être tenue pour inefficace par le juge, lequel doit pouvoir alors sans difficulté imposer l'exécution forcée d'un contrat bien vivant⁸¹. La Cour de cassation, quant à elle, ne s'est pas nettement prononcée sur la question, même si le 29 mai 2001, elle a approuvé les juges du fond d'avoir ordonné la poursuite d'une relation contractuelle dénoncée sans motif légitime par l'une des parties⁸². Cinq ans plus tôt, elle avait semblé écarter cette possibilité⁸³. Semblé seulement, parce qu'en réalité, les hauts magistrats se sont contentés d'affirmer que le créancier ne pouvait exiger l'exécution forcée de la convention résiliée unilatéralement par son partenaire sans fournir lui-même la prestation à laquelle il s'était engagé, ce qui ne peut être qu'approuvé. En revanche, s'il offre l'exécution demeurée possible, rien ne semble alors faire obstacle à l'exécution forcée.

40] Si la décision du 29 mai 2001 venait à être nettement confirmée par la Cour de cassation, il en résulterait que le juge, privé du pouvoir exclusif de prononcer la mort du contrat, obtiendrait en échange celui de le ressusciter. L'acculturation du principe de résolution

⁷⁸ Ph. Stoeffel-Munck, *ibidem*, col. 2.

⁷⁹ En ce sens, D. Mazeaud, D. 2001, som. com. p. 3240. – V. aussi, A. Marais, *Le maintien forcé du contrat par le juge*, Petites Affiches du 2 oct. 2002, n°197 p. 7 s.

⁸⁰ En ce sens, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz 2005 n°661.

⁸¹ Outre les auteurs cités note 79, cf. Ph. Stoeffel-Munck, *op. cit.*, spéc. p. 74 s.

⁸² Cass. 1^{re}, 29 mai 2001 : RTD civ. 2001 p. 590 obs. J. Mestre et B. Fages (arrêt non publié au Bulletin).

⁸³ Cass. com., 22 oct. 1996 : Bull. civ. IV n°260 ; RTD civ. 1997 p. 123 obs. J. Mestre et p. 439 obs. P. Jourdain : les juges ne peuvent condamner la partie qui a résilié indûment le contrat à payer l'intégralité des sommes prévues, cela au motif que le prix n'est dû qu'en contrepartie de l'exécution de la prestation convenue. V. aussi, CA Lyon, 13 fév. 2003 : Juris-Data n°209315.

extrajudiciaire des contrats, véhiculé entre autres par la CVIM, n'opèrerait alors en réalité qu'un recul très mesuré du pouvoir judiciaire dans le domaine étroit qui est de toute façon d'ores et déjà le sien⁸⁴. La philosophie de l'exécution des contrats en droit français, principalement assise sur le principe moral *pacta sunt servanda*, resterait intègre et l'acculturation ne s'opèrerait alors qu'en trompe-l'œil.

B / L'ADAPTATION DU CONTRAT A L'AVENIR

41] Tout contrat est construit en considération des circonstances économiques qui existent au jour de sa formation et de leur évolution prévisible. Mais l'avenir, sauf à ne plus l'être vraiment, est précisément imprévisible : le bouleversement des circonstances économiques sera souvent la cause d'un déséquilibre du contrat que les parties n'avaient nullement anticipé. La question est alors de savoir si le droit doit venir au secours du contractant mis en difficulté par ce changement de circonstances, afin que le contrat soit rééquilibré. Le droit français ne l'admet qu'à la marge : la révision pour imprévision n'est que rarement permise, pour la révision des charges grevant les libéralités⁸⁵ ou pour les cessions de droits d'auteur⁸⁶. En dehors de ces dispositions particulières, le droit commun des contrats ne propose aucun instrument propre à remédier à l'imprévision des parties et la Cour de cassation a décidé dès 1876⁸⁷ que la question était réglée par l'article 1134 du Code civil et a en conséquence interdit aux juges du fond « de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier la convention des parties ». Le contrat étant la loi des parties, celles-ci doivent en respecter les termes, quand bien même l'équilibre atteint lors de sa conclusion aurait par la suite totalement disparu. L'article 1134, siège de la force obligatoire des contrats, devient du même coup celui de leur intangibilité, alors même que ce second principe ne saurait jamais être perçu comme la conséquence nécessaire du premier.

42] La CVIM ne prévoit pas non plus expressément de mécanisme de rééquilibrage du contrat en cas de modification des circonstances économiques⁸⁸, si bien qu'on aperçoit mal de prime abord à quel titre elle pourrait prétendre constituer un facteur d'évolution des solutions de notre droit interne sur cette question. En vérité, il n'est pas impossible de ménager indirectement une place à la théorie de l'imprévision au sein de la CVIM. Aux termes de son article 79, la partie n'est pas responsable de l'inexécution de ses obligations lorsque cette inexécution « est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences ». La notion, parce qu'elle se rattache bien davantage à la force majeure qu'à l'imprévision, n'est pas directement mobilisable : une modification des circonstances économiques sera souvent prévisible pour le débiteur. La Cour de cassation française est

⁸⁴ Sauf à souligner que plus le temps passe, moins la résurrection du contrat a de chances d'être réclamée par le demandeur qui se contentera de l'allocation de dommages et intérêts.

⁸⁵ Art. 900-2 et s. du Code civil, issus de la loi n°84-562 du 4 juill. 1984 (art. 900-2 : « Tout gratifié peut demander que soient révisées en justice les conditions et charges grevant les donations ou legs qu'il a reçus, lorsque, par suite d'un changement de circonstances, l'exécution en est devenue pour lui soit extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable »).

⁸⁶ Art. L. 131-5 C. prop. intell. : « En cas de cession du droit d'exploitation, lorsque l'auteur aura subi un préjudice de plus de sept douzièmes dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'œuvre, il pourra provoquer la révision des conditions de prix du contrat »

⁸⁷ Cass. req., 6 mars 1876, arrêt Canal de Craponne : DP 1876, 1, p. 193 note Giboulot.

⁸⁸ Ce silence n'est nullement une omission mais résulte de la volonté délibérée des rédacteurs de l'écarter. Il en résulte qu'il n'est pas possible de faire une place à la révision pour imprévision par renvoi à une loi nationale qui en admettrait le principe (en ce sens, D. Tallon, *Commentary on the International Sales Law*, dir. C. M. Bianca et J. M. Bonell, Milan 1987, art. 79).

pleinement en ce sens lorsqu'elle décide en 2004 que ce texte ne pouvait être invoqué par une société alors que « professionnelle rompue à la pratique des marchés internationaux, il lui appartenait de prévoir des mécanismes contractuels de garantie ou de révision »⁸⁹. Les hauts magistrats marquent ici leur volonté très nette de laisser aux parties la responsabilité de se garantir contre l'imprévision par l'insertion dans leur accord d'une clause dite de *hardship*. Il est clair que de telles clauses deviennent de plus en plus courantes dans les contrats du commerce international, et qu'une telle jurisprudence, faisant une lecture stricte de l'article 79, joue de ce point de vue un rôle incitatif important. Si bien qu'on pourrait voir poindre un véritable usage contractuel ouvrant alors l'application de l'article 9 de la convention qui prévoit que les parties sont réputées s'être tacitement référées à tout usage dont elles ont eu ou auraient dû avoir connaissance, dès lors que celui-ci « est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche considérée ». Par le biais de cette référence aux usages internationaux, il serait parfaitement possible de faire pénétrer le principe de la révision pour imprévision au sein de la CVIM : devenue un véritable usage du commerce international⁹⁰, le *hardship* s'appliquerait automatiquement aux parties, celles-ci devant alors pour l'écartier insérer une clause d'intangibilité. La solution serait opportune, parce qu'il a toujours lieu de s'interroger sur le « bien fondé d'une règle supplétive que les particuliers sont encouragés à écarter dans tous les cas »⁹¹. Quoiqu'il en soit de la CVIM, les Principes du droit européen des contrats sont favorables à la révision des contrats pour imprévision⁹² tout comme le sont les principes Unidroit⁹³ et la législation d'un grand nombre de pays⁹⁴. Pour autant, sa consécration en droit positif ne paraît pas acquise.

43] Certes, une large part de la doctrine milite vivement pour son admission en droit interne⁹⁵ au nom de l'article 1134 al. 3. Dès lors que les conventions doivent être exécutées de bonne foi, manque à cette obligation le contractant qui exige l'exécution pure et simple du contrat

⁸⁹ Cass. 1^{re} civ., 30 juin 2004 : Bull. civ. I n°192 ; RDC 2005 p. 456 obs. P. Deumier ; RTD civ. 2005 p. 354 obs. P. Rémy-Corlay.

⁹⁰ La chose ne paraît pas encore acquise (cpdt, en sens contraire, É. Loquin, *La réalité des usages du commerce international*, Rev. int. de dr. éco., 1989 p. 163 s. spéc. p. 175). En témoignent les décisions arbitrales contradictoires sur l'existence ou non d'un usage du *hardship* : CCI Zurich, 8486/1996, JDI 1998 p. 1047 obs. Y. Derains ; CCI 7365/1997 ; CCI 8873/1997, JDI 1998 p. 1017 obs. D. H. « Dans la pratique des affaires, l'obligation de rééquilibrer le contrat qui caractérise la clause de *hardship*, constitue un principe tout à fait exceptionnel qui n'est accepté que dans le cadre de clauses contractuelles » ; CCI Rome, 9029/1998 ; CCI 10422/2001.

⁹¹ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 2005 n°471.

⁹² Art. 6-111

⁹³ Art. 6.2.1 à 6.2.3.

⁹⁴ Sans souci d'exhaustivité, on pourra citer : art. 1467 du Code civil italien ; art. 388 du Code civil hellénique ; art. 437 du Code civil portugais ; art. 6-285 du nouveau Code civil néerlandais ; art. 357-1 du Code civil Polonais ; art. 451 à 453 du Code de la Fédération de Russie de 1994 ; art. 478 à 480 du Nouveau Code civil brésilien ; la jurisprudence espagnole ou allemande. Il faut noter cependant quelques systèmes juridiques ignorant la révision pour imprévision, dont principalement le Québec (cf. P.-G. Jobin, *L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans la réforme du code civil au Québec*, RTD civ. 2004 p. 693 s.), et la Belgique. V. pour de plus amples développements, J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ 3^e éd. 2001 n°348 s. ou D. Tallon, *La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé* : Mél. Sayag 1997 p. 403 s.

⁹⁵ Ch. Jamin, *Révision ou intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, Droit et pat. 1998 n°58 p. 46 s. – P.-Y. Gauthier, obs. RTD civ. 1997 p. 444. – C. Guelfucci-Thibierge, *Libres propos sur la transformation des contrats*, RTD civ. 1997, p. 380 s. – J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *op. cit.* n°349 : « quelles que soient les critiques que l'on peut formuler contre la théorie de l'imprévision, sa reconnaissance est une nécessité ». – F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.* n°471 etc.

devenu économiquement déséquilibré. Malgré tout, la Cour de cassation⁹⁶ n'a entendu que de très loin ces appels. Dans son très fameux⁹⁷ arrêt Huard⁹⁸, la chambre commerciale de la Cour de cassation a condamné une société pétrolière à indemniser son mandataire pour lui avoir imposé des prix de revente des carburants tels que ce dernier n'était plus en mesure d'affronter la concurrence. La bonne foi contractuelle, expressément visée par la Cour, obligeait donc la société à renégocier le contrat et cette position fut réaffirmée en 1998⁹⁹. Il faut cependant souligner que dans ces affaires, aucun changement brutal des circonstances économiques n'avait eu lieu, si bien qu'on peut légitimement douter qu'il se soit agi là d'une application véritable de la théorie de l'imprévision. Quant au dernier arrêt en date, rendu le 16 mars 2004, il est très difficilement exploitable, ayant refusé toute révision d'un contrat au motif que le déséquilibre de la convention existait dès l'origine et n'était pas dû à un changement ultérieur des circonstances économiques¹⁰⁰. Au risque de décevoir les partisans du solidarisme contractuel, il faut bien admettre que la solution de l'arrêt Canal de Craponne n'a guère été ébranlée. Contrairement à la position prise par le Conseil d'État, affirmée par les principes Unidroit ou du droit européen des contrats, il n'a jamais été question que le juge judiciaire s'autorise à rééquilibrer autoritairement le contrat si les parties ne parviennent pas à s'entendre.

44] Ce défaut de pénétration de la solution véhiculée par d'autres systèmes juridiques en droit français ne peut s'expliquer que par la résistance opposée par le principe d'intangibilité des conventions, déduit de l'article 1134 du Code civil. Or précisément, ainsi qu'on l'a excellemment montré¹⁰¹, seule une lecture moderne de ce texte en a fait un instrument au service de l'intangibilité du contrat. Parce que le mot loi qu'il emploie doit se comprendre, dans l'esprit des rédacteurs, comme renvoyant non pas à la contrainte du souverain mais à l'équité, le contrat n'oblige que parce qu'il est juste¹⁰² : devenu déséquilibré suite à un changement de circonstances, il ne saurait plus contraindre les parties au respect de sa lettre. La force obligatoire du contrat, assise sur sa conformité à la justice, interdit alors qu'on la prolonge au travers de son intangibilité. Le paradoxe est que ce retour à la signification initiale de l'article 1134 a été opéré de longue date par le droit positif. Il y a beau temps que l'intangibilité du contrat a vécu : on ne compte plus obligations ajoutées aux contrats, par la jurisprudence qui procède à son forçage¹⁰³ ou par le législateur qui opérerait une véritable

⁹⁶ La question ne se pose pas pour le Conseil d'État dont on sait qu'il a admis la révision du contrat suite au bouleversement des circonstances économiques dans son arrêt Gaz de Bordeaux du 30 mars 1916 (Grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz 1996, 11^e éd., n°34 p. 176).

⁹⁷ Sans doute davantage fameux par l'exploitation qui en a été faite par les partisans de l'admission de la théorie de l'imprévision qu'en raison de sa portée réelle : « on aura beau lire et relire le fameux arrêt Huard, qui fait office de mythe, on n'y verra jamais cette admission de la théorie de l'imprévision qu'une partie de la doctrine y découvre pour mieux, en réalité, en faire advenir la solution » (N. Molfessis, *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat*, in *Le principe de proportionnalité*, Petites Affiches 1998 n°117 p. 21 s., n°6).

⁹⁸ Cass. com., 3 nov. 1992 : Bull. civ. IV n°340 ; RTD civ. 1993 p. 124 obs. J. Mestre ; JCP G 1993, II, 22164 note G. Virassamy.

⁹⁹ Cass. com., 24 nov. 1998 : Bull. civ. IV n°277 ; RTD civ. 1999 p. 98 obs. J. Mestre et p. 643 obs. P.-Y. Gautier ; JCP G 1999, II, 10210 note Y. Picod et I, 143 n°6 obs. Ch. Jamin.

¹⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 16 mars 2004 : D. 2004 p. 1754 note D. Mazeaud ; RTD civ. 2004 p. 290 obs. J. Mestre et B. Fages. L'analyse de cet arrêt a donné lieu à un petit remue-ménage dans la doctrine française, J. Ghestin ayant critiqué les analyses tronquées opérées par la doctrine (*L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation*, D. 2004 p. 2239 s.), ce qui ne fut pas du goût de tous (v. A. Bénabent : *Doctrine ou Dallas*, D. 2005 p. 852 s.).

¹⁰¹ J.-P. Chazal, *De la signification du mot loi dans l'article 1134 al 1^{er} du Code civil*, RTD civ. 2001 p. 265 s. – *Adde.*, Ch. Jamin, *op. cit.*

¹⁰² Ce qui rejoint d'ailleurs les propositions de J. Ghestin : « le contrat n'est obligatoire que s'il est juste » : *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ 1993 3^e éd. p. 251.

¹⁰³ L'expression, fameuse, est de L. Josserand (*Le contrat dirigé*, DH 1933 p. 89 s.).

« publicisation » des contrats de droit privé¹⁰⁴. Sans nombre sont les techniques utilisées par le législateur ou la jurisprudence pour nettoyer le contrat des clauses qui, paraissant favoriser exagérément l'un des contractants, sont qualifiées d'abusives. Si bien que s'il fallait répondre à la question de Carbonnier : « il y a encore des gens qui croient à l'intangibilité du contrat et la respectent : quelle sorte de gens ? »¹⁰⁵, on n'y verrait qu'une réponse : les adversaires de la révision pour imprévision. Cette théorie finira par être reçue en droit positif¹⁰⁶, parce qu'elle est la seule qui soit aujourd'hui en adéquation avec la conception que l'on a aujourd'hui en France du rôle de la volonté dans la détermination de l'objet du contrat. Si l'on fait triompher sans état d'âme l'équilibre du contrat contre la volonté exprimée par les parties lors de sa formation en y ajoutant et en y retranchant des obligations, on aperçoit mal pourquoi il faudrait au cours son exécution défendre la solution inverse. Cela d'autant plus qu'on impose alors le respect de la volonté formelle des parties contre leur volonté initiale réelle, qui était de conclure entre elles un contrat économiquement équilibré.

De ces observations on conclura que la consécration de la théorie de l'imprévision à son heure ne pourra être perçue comme l'acculturation d'un principe étranger : elle ne sera pas autre chose qu'une mise en adéquation des règles régissant cette question avec la culture juridique française relative à la force obligatoire des contrats.

¹⁰⁴ V. R. Savatier, *Du droit civil au droit public, à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, LGDJ 1950, et l'analyse critique de l'erreur de perspective commise par l'auteur par Ch. Eisenmann, *Droit public, droit privé (en marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIXe au XXe siècle)*, RD publ. 1952 p. 903 s.

¹⁰⁵ J. Carbonnier, *Droit civil, T. IV, Les obligations*, PUF coll. Thémis, 22^e éd. 2000, n° 114.

¹⁰⁶ L'avant projet de réforme du droit des obligations du 22 sep. 2005 prévoit que « 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. 1135-1). « À défaut d'une telle clause, la partie qui perd tout intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation » (art. 1135-2). Cette rédaction reste très restrictive et montre l'hostilité latente de certains juristes français à l'encontre de la révision pour imprévision.