

LES CONTRATS RELATIONNELS ET LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

Hugues BOUTHINON-DUMAS*

Certains contrats devraient pouvoir faire l'objet d'une révision pour imprévision. Il s'agit des « contrats relationnels » dont la théorie a été initialement élaborée par la doctrine juridique et économique américaine. Ces contrats visent à organiser une relation économique durable entre des agents juridiquement autonomes. Après avoir défini cette catégorie de contrats, il est proposé d'appliquer distributivement la théorie de l'imprévision à ces seuls contrats. La révision pour imprévision de ces contrats n'est pas contradictoire avec le principe de la force obligatoire des contrats, elle découle d'une interprétation téléologique permettant de reconnaître la primauté de la pérennité de la relation contractuelle sur l'équilibre des prestations.

The American theorist Ian R. Macneil makes a distinction between «relational contracts » and « discrete transactions ». The purpose of this article is to investigate the peculiarities of the relational contracts and the possibility to adapt some clauses of the agreement, even against one party's will. A relational contract is a legal relation which aims to facilitate cooperation based on interdependence between the parties. That sort of contract is mainly designed to create and preserve an economic structure intended by the parties. The fulfilment of a relational contract may require its instrumental clauses to be adapted in order to cope with unexpected circumstances affecting the balance of the parties' obligations. This analysis contrasts with the traditional French contract law under which a judge is not allowed to adapt any clause of a private contract, being relational or not.

* Agrégé de sciences économiques et sociales, Moniteur en droit privé, Université Paris-Dauphine.

INTRODUCTION

Si on reconnaît que le problème de la théorie de l'imprévision ne se pose pas de la même manière pour tous les contrats, on admettra plus facilement que les contrats « relationnels » – ceux qui permettent à des agents d'organiser une collaboration durable – doivent pouvoir être révisés.

Prenons le cas d'un opérateur spécialisé dans les contrats à terme sur devises qui investit sur un marché de *futures* (destiné à permettre de se couvrir contre les risques de changes), par exemple en achetant à une échéance de quelques semaines un montant important de dollars. Si à la suite d'événements politiques, économiques ou sociaux, la monnaie américaine vient à se déprécier de telle sorte que la contrepartie des devises américaines, au jour de la livraison, est beaucoup plus faible et met notre opérateur dans une situation financière délicate, il est hors de question d'envisager que celui-ci puisse demander la révision de son contrat, arguant de l'interférence imprévue d'événements extérieurs aux contractants. Mais considérons maintenant la situation d'un détaillant de bois de chauffe, contractuellement lié à un grossiste à qui il est tenu d'acheter un certain volume de bois à un prix fixé au début de leur relation, alors qu'à la suite d'une tempête, les cours du bois s'effondrent, empêchant le détaillant de pouvoir pratiquer des prix concurrentiels. Il semblerait moins injuste d'imaginer que le détaillant ait le droit de demander la révision de son contrat de manière à ce qu'il puisse maintenir des marges suffisantes pour survivre économiquement. On doit remarquer qu'il ne serait pas d'ailleurs nécessairement de l'intérêt du grossiste de provoquer la disparition de son détaillant alors que sitôt la conjoncture redevenue normale dans le secteur du bois, il devra de nouveau s'appuyer sur des détaillants qu'il connaît et avec qui il a l'habitude de travailler. Seul le deuxième exemple illustre un cas de contrat relationnel susceptible d'être révisé.

Le problème de l'imprévision se pose lorsqu'un contractant se trouve obligé d'exécuter une obligation, alors que la survenance de circonstances nouvelles et imprévisibles au jour de la conclusion du contrat rend cette exécution beaucoup plus difficile ou très onéreuse. La théorie de l'imprévision propose de modifier le contrat de manière à soulager le créancier surchargé par les circonstances. À première vue, la révision du contrat est pour le créancier une manière de revenir sur son engagement et de s'en délier. C'est pourquoi, sous le visa de l'article 1134 alinéa 1 du Code civil qui affirme la force obligatoire du contrat, la Cour de cassation a rendu le très célèbre arrêt *Canal de Craponne* du 6 mars 1876.

« Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants »¹.

1. *De Galiffet c. Commune de Pélissane (Canal de Craponne)*, Civ. 6 mars 1876, in Fr. Terré et Y. Lequette (eds), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, Dalloz, 2000, n° 163.

Cet arrêt rejette sans ambiguïté possible la théorie de l'imprévision en droit privé. La position du droit positif français est donc le refus en principe de toute révision d'un contrat. Elle est réaffirmée avec constance. Avec encore plus de précision, la Cour de cassation a explicité comment l'article 1134 al.1 ferme la porte à toute révision judiciaire, dans un arrêt de 1933 :

« La règle que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites est générale et absolue : en aucun cas, il n'appartient aux tribunaux de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et ils ne pourront davantage, sous prétexte d'une interprétation que le contrat ne rend pas nécessaire, introduire dans l'exercice du droit constitué par les contractants, des conditions nouvelles, quand bien même le régime ainsi institué paraîtrait plus équitable à raison des circonstances économiques »³.

La théorie de l'imprévision est ainsi généralement présentée par la doctrine comme un dispositif susceptible de limiter une injustice dans l'exécution d'une obligation mais cette règle est en opposition avec le principe de la force obligatoire du contrat qui ne saurait être mis en échec⁴. D'un point de vue moral, l'équité est en balance avec le respect de la parole donnée ; d'un point de vue économique, la flexibilité est en balance avec la sécurité des transactions commerciales⁵. Le rôle de correction équitable que pourrait jouer la révision pour imprévision explique sans doute pourquoi presque tous les auteurs de manuels et de traités consacrent des développements non négligeables à une théorie juridique qui n'est pourtant pas de droit positif. D'importants efforts doctrinaux ont été déployés pour contourner la règle posée par

-
2. La position du droit administratif est divergente puisque le Conseil d'État, depuis l'arrêt *Gaz de Bordeaux*, impose la compensation des conséquences de circonstances imprévisibles par le versement d'indemnités au contractant malheureux afin qu'il puisse continuer à assurer une mission de service public.
 3. Civ. 15 novembre 1933, S. 1934. 1. 13.
 4. D. Tallon présente la révision pour imprévision comme une atteinte portée à la force obligatoire du contrat (cf. « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Études Sayag. Droit et vie des affaires*, 1997). Pour J. Ghestin, il y a une opposition entre l'art. 1134 al.1 et la théorie de l'imprévision sur le plan des principes : opposition entre *pacta sunt servanda* et *rebus sic stantibus* (cf. J. Ghestin (dir.), Ch. Jamin & M. Billiau, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1994, n° 269). Pour Ch. Jamin, la théorie de l'imprévision se heurte au pivot du droit des contrats qu'est l'art. 1134 al.1 ; il faudrait donc changer de pivot et lui substituer l'art. 1134 al. 3 (cf. « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Droit et Patrimoine*, mars 1998, n° 58, pp. 46 s).
 5. Cf. Ph. Delmas-Saint-Hilaire, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », in Paul Durand (dir.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel. Études de droit privé*, L.G.D.J., 1960, p. 193 et Ph. Stoffel-Munck, *Regard sur la théorie de l'imprévision*, mémoire avec préf. A. Sériaux, Aix, P.U.A.M., 1994, pp. 43 s.
 6. Cf. Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*

l'arrêt de 1876⁷ ou pour remettre en cause le principe de l'art. 1134 al.1 sur lequel le refus de la révision pour imprévision est fondé selon la plupart des auteurs⁸.

Comme dans l'affaire du *Canal de Craponne*, ce qui est généralement considéré par les auteurs⁹ comme la cause de l'accroissement d'une obligation et donc du déséquilibre, consiste dans les fluctuations monétaires qui modifient la valeur réelle de l'équilibre des prestations dans tous les contrats monétaires dans lesquels aucune clause d'indexation n'est stipulée. Dans ce cas, s'oppose également à la révision du contrat pour imprévision l'ordre public monétaire¹⁰. La révision est vue comme une cause d'inflation. On peut en effet craindre que « la révision [n'] appelle la révision »¹¹ et que par une correction ponctuelle d'un déséquilibre contractuel, on n'ouvre la porte à un déséquilibre macroéconomique. C'est pourquoi le juge est moins bien placé que le législateur pour connaître les conséquences d'un rééquilibrage des contrats et donc pour procéder éventuellement à une révision¹². La doctrine semble à cet égard avoir été très marquée par la conjoncture d'après guerre et des années de stagflation. Si le problème posé par l'inflation a beaucoup perdu en acuité, le problème de l'imprévision n'est pas pour autant devenu caduc.

Au contraire, cette question a suscité un renouveau de l'attention qu'on lui porte. Certaines décisions de jurisprudence ont été interprétées comme les prémices d'une introduction de la révision pour imprévision en droit français par le biais de la notion de bonne foi, notion invoquée par l'arrêt *Huard* en particulier. D'éminents auteurs ont défendu vigoureusement un retour sur la jurisprudence du *Canal de Craponne*¹³. Plusieurs arguments, en effet, peuvent être mobilisés pour faire admettre la théorie de l'imprévision : notamment la nécessité de rapprocher la règle de droit du bon sens¹⁴, l'opportunité de rechercher par la révision une plus grande justice contractuelle¹⁵, le besoin d'unité des systèmes de droit privé européens dans la perspective de la construction européenne¹⁶, l'aiguillon de la concurrence qui s'exerce entre systèmes juridiques qui impose de ne pas laisser subsister une règle désavantageant

7. Voir les riches bibliographies données par J. Ghestin dans son *Traité* (n° 263 s.) et par Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*

8. Cf. notamment Ch. Jamin, *op. cit.* et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, pp. 33-58.

9. J. Ghestin va jusqu'à restreindre le champ de la question de l'imprévision aux seuls déséquilibres monétaires : « l'imprévision est liée à la monnaie », *op. cit.*, n° 264.

10. Cf. Ph. Delmas-Saint-Hilaire, *op. cit.*, p. 193.

11. J. Flour & J.-L. Aubert, *L'acte juridique*, Paris, Colin U, 8e éd., 1998, n° 418.

12. Cf. J. Flour et J.-L. Aubert, *op. cit.*, n° 418 et B. Oppetit : « Le juge ne dispose ni des pouvoirs ni de la compétence nécessaire pour opérer de tels choix (adapter le contrat par exemple aux circonstances économiques), et les procédés d'économie dirigée semblent beaucoup plus aptes à réaliser une justice contractuelle de masse que la voie judiciaire ». (« Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, tome XXII, *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques*, 1970, p. 190).

13. Notamment Ph. Stoffel-Munck, Ch. Jamin et J. Ghestin, *op. cit.*

14. Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, p. 16.

15. Par exemple J. Ghestin, *op. cit.*, n° 314.

16. Cf. D. Tallon, *op. cit.*

les sujets de droit nationaux qui y sont soumis¹⁷. La comparaison avec le droit administratif constituait déjà une contribution à la remise en cause du rejet de l'imprévision : est-ce que les justifications données par la doctrine administrative ne vaudraient pas aussi pour les contrats de droit privé ? Plus précisément, est-ce que le type de contrat administratif susceptible d'être révisé n'a pas des correspondants en droit privé ? Le droit comparé, en soulignant que la position française est aujourd'hui relativement isolée, continue à apporter des démentis aux craintes qui avaient pu justifier le refus de l'imprévision¹⁸. En Allemagne, en Suisse ou en Italie où sous des formes diverses, la théorie de l'imprévision a été adoptée, on doit bien reconnaître que l'inflation n'est pas plus importante pour autant, les révisions décidées par les juges n'ont pas semblé arbitraires et surtout on a n'a pas observé de fuite devant des contrats fragilisés par la brèche ouverte par la révision dans le roc de la force obligatoire.

On observe donc un mouvement grandissant en faveur de la théorie de l'imprévision. Mais les défenseurs d'aujourd'hui raisonnent dans le même cadre de pensée que les détracteurs d'hier : d'abord, ils opposent la révision pour imprévision à la force obligatoire du contrat ; ensuite, ils ne distinguent pas selon la nature des contrats ; enfin, les circonstances imprévues génératrices d'un déséquilibre contractuel relèvent toujours de l'environnement (macro) économique. Ces plaidoyers pour la théorie de l'imprévision s'inscrivent donc dans une conception sociale de la régulation du contrat. Il s'agit de savoir comment le contrat doit opérer une répartition des biens, des avantages et des risques en jeu dans le contrat. Or la théorie de l'imprévision n'intéresse pas que l'équilibre des obligations¹⁹ mais aussi et surtout le développement du contrat lui-même.

Il nous semble plus aisé d'analyser le problème de l'imprévision et de militer pour son admission en droit français, en distinguant parmi tous les contrats ceux dont la nature constitue en quelque sorte un appel à la révision. Ces contrats sont les « contrats relationnels » dont la théorie a été élaborée principalement par la doctrine américaine. Nous proposons donc de relire la théorie de l'imprévision à la lumière de la notion de contrat relationnel. Cette perspective nous semble revêtir trois intérêts.

- Les contrats relationnels contiennent structurellement de l'imprévision. Ils invitent donc à prendre « l'imprévision » dans une acception plus large que celle qui est généralement retenue. L'imprévision vise simplement « ce qui n'a pas été prévu par les parties et qui affecte l'exécution du contrat ». Il n'y a peut-être pas de raisons de limiter la « théorie de l'imprévision » à l'imprévision résultant de circonstances extérieures aux parties. Le contrat relationnel est une source endogène d'imprévision.

17. Cf. D. Tallon, *op. cit.*, p. 410 et J. Ghestin, *op. cit.*

18. Cf. R. David, « L'imprévision dans les droits européens », in *Études Jauffret*, 1972, p. 211.

19. « L'imprévision est une théorie qui s'attache à l'exécution de l'obligation », J. Ghestin, *op. cit.*, n° 265.

- En examinant la théorie de l'imprévision à la lumière des contrats relationnels, il est possible de mettre en évidence les exigences propres de ces contrats: leur vocation à perdurer. Cela permet d'exclure un grand nombre des mécanismes juridiques envisagés pour introduire la révision pour imprévision. En effet toute technique qui aboutit à l'anéantissement du contrat ne saurait être considérée comme pleinement satisfaisante dans le cas des contrats relationnels. Plutôt que de rechercher l'annulation du contrat par exemple, à travers une quête de vices du consentement constitutifs de l'imprévision par exemple²⁰, il est préférable d'examiner la théorie de l'imprévision comme un problème relevant de l'exécution et non de la formation du contrat.
- La reconnaissance de la spécificité des contrats relationnels permet d'envisager une application distributive de la règle de révision pour imprévision, sans qu'elle soit contradictoire avec le principe de la force obligatoire du contrat.

Nous analyserons donc tout d'abord la notion de contrat relationnel (1), avant d'envisager de leur appliquer naturellement la révision pour imprévision (2).

1 LA NOTION DE CONTRAT RELATIONNEL

La catégorie de contrat relationnel n'apparaît pas dans le Code civil. Ce n'est pas non plus une catégorie usuelle de la doctrine française²¹. Pourtant, les contrats relationnels correspondent à une réalité juridique et économique et possèdent certaines spécificités qui mériteraient un régime particulier et adapté. La notion de contrat relationnel est une invention de la doctrine juridique américaine, en écho aux travaux de certains économistes. Mais cette notion va à la rencontre de la réorientation de la théorie française des contrats et de certaines intuitions d'auteurs comme les doyens Hauriou et Carbonnier. C'est pourquoi il n'est pas invraisemblable d'envisager l'accueil de la notion de contrat relationnel en droit français.

20. Les tentatives pour appliquer les causes d'anéantissement du contrat (force majeure, erreur, lésion, etc.) pour traiter l'imprévision sont exposées notamment par Ph. Delmas-Saint-Hilaire, *op. cit.*, p. 197 s.

21. On trouve toutefois un écho à la théorie américaine des contrats relationnels dans certains compte rendus (G. Rouette, Compte rendu de *The New Social Contract* de I. Macneil, *Journal du droit international (Clunet)*, n° 4, 1983), ou dans des manuels de droit civil (Ph. Malaurie & L. Aynès, *Cours de droit civil. Les obligations*, Paris, Cujas, 10^e éd., 1999-2000) ou dans des articles (D. Tallon, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTDCiv.*, 1994, pp. 223 s.). On peut toutefois regretter que ces références demeurent trop allusives. Mais Ch. Jamin fait référence de façon significative à Macneil dans son article sur la révision et l'intangibilité du contrat : « les contrats de longue durée commencent à constituer un objet d'étude spécifique, au point que l'on peut aujourd'hui se demander s'ils ne forment pas une catégorie juridique originale, et Ian Macneil nous a appris que les contrats pouvaient avoir plusieurs futurs ».

1.1 La doctrine américaine des contrats relationnels

1.1.1 La théorie des contrats relationnels développée par I. Macneil

Ian R. Macneil est le juriste qui a principalement élaboré la notion de contrat relationnel. Il l'a développée en réaction au modèle dominant de la théorie du contrat : il oppose ainsi les « contrats relationnels » aux « transactions discrètes »²². Les transactions discrètes correspondent au modèle de l'échange tel que le conçoit la théorie économique standard et tel qu'il est développé par ce que Macneil appelle la théorie classique des contrats, c'est-à-dire le droit des contrats américain élaboré par la jurisprudence et la doctrine au XIX^e siècle et au début du XX^e siècle. Pour comprendre la spécificité des contrats relationnels, il est indispensable de connaître les caractéristiques du modèle théorique opposé.

Contrats relationnels versus transactions discrètes

La transaction discrète correspond à un pur échange de bien(s) entre des parties qui ne se connaissent pas et n'ont pas à se connaître. La transaction, que Macneil n'arrive pas à qualifier de contrat, ne consiste que dans ce qui est échangé au moment où l'échange se produit. La transaction est discrète quand elle se réduit à l'échange des promesses et des choses promises. Toutes dimensions psychologiques ou sociales – comme la confiance, la réputation, voire le langage lui-même – sont absentes. L'implication des parties est nulle. Les cas qui illustreraient peut-être le mieux cette configuration particulière pourraient être trouvés dans les contrats au comptant sur des produits financiers, échangés par des opérateurs anonymes où l'accord est médiatisé par des techniques télématiques et ne porte que sur des chiffres (les quantités, le prix) et un objet clairement déterminé. D'ailleurs, n'est-ce pas dans le domaine financier que l'on parle le plus volontiers de « transactions » ? Macneil donne l'exemple de l'achat d'essence à une station service sur une route à un pompiste que l'automobiliste n'a pas l'intention de revoir un jour²³.

Les transactions discrètes doivent posséder deux caractéristiques essentielles (deux « *norms* » dans la terminologie de Macneil²⁴) : la *discreteness* et la

22. Macneil prend le soin de ne pas appeler les transactions discrètes des « contrats discrets » comme le font pourtant nombre de ses critiques et commentateurs. Il semble souligner ainsi que les transactions discrètes, à la limite (et il s'agit bien d'un concept limite pour lui puisque ça correspond à un modèle abstrait), ne sont pas des contrats. Il n'y a un contrat que lorsque s'ajoute à la transaction discrète un élément, même faible, de relation.

23. « A cash purchase of gasoline at a station on the New Jersey Turnpike by someone rarely travelling the road » (I. Macneil, « Contracts : Adjustments of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law », *Northwestern University Law Review*, 1978, vol. 72 (january-february), pp. 854-905).

24. Les « *norms* » sont pour Macneil à la fois des caractéristiques descriptives et des orientations normatives : les clauses essentielles qui sont dans les contrats et qui devraient s'y trouver, selon la nature du contrat. Cf. I. Macneil, *The New Social Contract : An Inquiry into Modern Contractual Relations*, 1980, New Haven, Yale University Press, pp. 37-38.

presentation. Le droit classique des contrats comporte de nombreuses règles qui assurent le caractère « discret » du contrat, c'est-à-dire parfaitement ponctuel et délimité²⁵ : l'identité des parties n'est pas censée intervenir dans l'appréciation des obligations qu'elles ont contractées ; l'objet du contrat tend à être considéré comme un bien (même quand il s'agit de travail) ; le contenu du contrat doit principalement être trouvé dans le support (écrit et clair de préférence) qui scelle l'accord ; la distinction entre contractant et non-contractant est aussi claire que possible ; les tiers n'ont *a priori* rien à faire dans la relation entre les contractants. La transaction discrète doit aussi reposer sur une opération de « présentification » aussi complète que possible. Par la conclusion d'un contrat discret, il s'agit pour les parties de ramener le futur dans le présent. Il faut que tous les éléments de l'échange et tous les éléments qui pourraient l'affecter d'une manière ou d'une autre soient prévus. L'idéal est donc que le contrat n'ait plus qu'à s'exécuter, comme si les parties n'avaient plus rien à faire que suivre le plan de réalisation des obligations déterminées. Les règles juridiques qui assurent cette « présentification » sont tout d'abord le principe de liberté contractuelle qui est solidaire de l'adéquation entre les effets juridiques du contrat et les promesses faites ; les règles supplétives qui complètent le contrat de telle sorte qu'il apparaisse « complet » ; les règles qui déterminent précisément les remèdes prévus en cas d'inexécution par une partie de ses obligations : bref tout ce qui concourt directement à la sécurité juridique.

La logique des contrats relationnels

Macneil critique le modèle des transactions discrètes²⁶ et surtout, il conteste le bien-fondé d'une réduction du phénomène contractuel à ce modèle. Selon lui, les hommes ont recours au contrat pour réaliser des projets qui ne peuvent pas s'insérer dans les cadres étroits du schéma des transactions discrètes. Le droit des contrats étant essentiellement conçu en référence à ce modèle, il importe d'en souligner les limites pour permettre un développement des contrats relationnels, cohérent sur le plan juridique et opportun d'un point de vue économique. Macneil observe tout d'abord que, dans une perspective historique et anthropologique, le contrat, défini comme modalité contraignante de réalisation des échanges entre les hommes²⁷, est d'abord relationnel. Par contraste avec les contrats discrets, les contrats relationnels reposent

25. Le terme « discret » est donc *a priori* à comprendre dans son sens scientifique pour signifier des manifestations distinctes, séparées, comme on parle en mathématique de « variable discrète ».

26. Macneil discute la cohérence de ce modèle. Dans le contexte intellectuel et académique nord-américain, il s'inscrit ainsi dans le courant minoritaire des auteurs qui s'opposent à l'impérialisme du modèle dominant de l'analyse économique (la théorie « néo-classique » au sens économique), inspiré largement par le libéralisme et dont l'analyse économique du droit (*Law and Economics*) est une des manifestations les plus remarquées.

27. I. Macneil, *op. cit.* [1980] donne notamment cette définition du contrat : « By contract I mean no more and no less than the relations among parties to the process of projecting exchange into the future. »

en effet sur une implication des parties²⁸, une prise en considération de leurs caractéristiques singulières, l'instauration d'une relation durable et le fait qu'il est une source de satisfaction entre les parties. Pour Macneil, le mariage constitue une bonne illustration de ce qu'est un contrat relationnel²⁹. Les contrats relationnels modernes³⁰ visent à organiser entre les parties un échange portant sur des éléments mesurables et assez précisément déterminés. Dans une certaine mesure, ils sont donc eux aussi caractérisés par *ladiscreteness* et la *presentation*. Mais ce qui constitue une différence radicale avec les contrats discrets, c'est qu'ils comportent une dimension relationnelle spécifique. Celle-ci s'exprime par deux exigences particulières: tout d'abord les parties doivent préserver la relation car celle-ci a une valeur intrinsèque; corrélativement, les parties ont l'obligation d'ajuster leurs prestations de manière à ce que la relation contractuelle soit aussi satisfaisante que possible. Cette double norme spécifique s'ajoute aux normes partagées par tous les contrats. En cas de conflit entre les normes ordinaires du contrat et les normes spécifiquement relationnelles, Macneil estime que ce sont ces dernières qui doivent prévaloir³¹.

C'est ce caractère essentiellement relationnel que le droit traditionnel des contrats ne prend pas en compte ou traite de façon insatisfaisante. Macneil plaide donc pour la reconnaissance de la spécificité des contrats relationnels et pour l'adoption d'un régime juridique qui leur soit adapté. Le régime juridique des contrats relationnels différerait du régime des contrats discrets³² sur trois aspects principaux : la formation du contrat, l'achèvement (*termination*) de la relation contractuelle et la révision du contrat. Nous nous intéresserons surtout à ce troisième volet dans la suite de cette étude. Macneil pense que la formation d'un contrat relationnel n'est pas un fugace échange de promesses, mais au contraire une maturation et un développement qui embrasse, non seulement l'accord formellement conclu, mais aussi les négociations préparatoires, la prise en compte du contexte dans lequel la relation contractuelle va exister et la mise en œuvre du contrat. Le contrat relationnel est donc quelque chose de vivant et d'évolutif. En cas de litige dans

28. Pour Macneil, les contrats relationnels ont plus naturellement vocation à impliquer un grand nombre de personnes, alors que les transactions discrètes sont essentiellement bilatérales.

29. Il est d'ailleurs assez fréquent que l'on évoque l'image du mariage pour évoquer un genre de contrats caractérisés par leur durée et dont la théorie se détache de celle des contrats classiques. Cf. L. Aynès, « Le devoir de renégocier », *Revue de jurisprudence commerciale* (Journal des Agrégés), novembre 1999, p. 12.

30. Macneil, *op. cit.* [1980] distingue les contrats relationnels primitifs qui organisaient les échanges selon lui, dans les sociétés primitives, les transactions discrètes et les contrats relationnels modernes.

31. Cf. Macneil *op. cit.* [1978] et « Values in Contract : Internal and External », *Northwestern Law Review*, 1983, p. 340.

32. On serait tenté de présenter le régime des contrats relationnels comme un régime dérogatoire à un « droit commun des contrats ». Mais cette présentation est trop empreinte du systématisme civiliste et français en particulier. En outre, pour Macneil, ce sont les contrats relationnels qui constituent la catégorie générique, et les transactions discrètes qui sont une sous-catégorie caractérisée par une circonscription aussi poussée que possible de leur dimension relationnelle.

l'exécution ou dans l'interprétation du contrat, la personne chargée de traiter³³ le litige devra tenir compte de l'ensemble de ces sources d'engagements contractuels. Par ailleurs, le contrat ayant vocation à perdurer, mettre un terme au contrat est une question délicate. Autant l'achèvement d'un contrat discret peut être synonyme d'extinction satisfaisante des obligations nées de lui, autant la fin d'un contrat relationnel est toujours un événement malheureux, signifiant généralement un échec de la relation entre les parties, donc un échec du contrat. La vocation du contrat relationnel est d'être à durée indéterminée. Enfin, le contrat relationnel est ouvert sur son exécution, car il comporte des lacunes dans sa planification. Par conséquent, c'est un contrat incomplet qui doit être rempli, à la fois par l'exécution qui réalise la promesse originelle, et par l'adjonction d'engagements contractuels destinés à donner vie au contrat relationnel. Les contrats-cadre³⁴ constituent bien sûr une illustration exemplaire de ce que sont les contrats relationnels. Un autre domaine propice au recours et à l'épanouissement des contrats relationnels est le droit du travail (contrats individuels et collectifs). Macneil reconnaît que ce sont ces formules contractuelles qui ont été à l'origine de sa théorie³⁵.

La théorie « néoclassique » du droit des contrats correspond pour Macneil à la prise en compte d'exigences relationnelles à partir du corpus théorique classique. Concernant la révision du contrat, il observe que les diverses techniques conventionnelles d'adaptation des contrats³⁶ (indexation, recours à un tiers pour fixer un élément du contrat, pour contrôler son exécution ou pour résoudre un litige...) sont considérées comme valides alors qu'elles dérogent aux normes contractuelles discrètes de la *presentation* et de la *discreteness*. Mais Macneil va plus loin. Un droit proprement relationnel des contrats³⁷ devrait autoriser la révision du contrat même en l'absence de clauses conventionnelles d'adaptation, ou au-delà d'elles. En effet, selon lui, il faut rompre avec la théorie du « consentement objectif » dans le contrat parce qu'elle est irréaliste et source d'incohérences juridiques³⁸. Pour assurer la flexibilité des contrats relationnels et leur adaptation à des circonstances imprévues comme l'inflation, Macneil propose, non pas des règles de fond en droit des contrats, mais plutôt des orientations procédurales. Il développe notamment une théorie du

33. Il vaut mieux dire qu'il appartient au juge ou à l'arbitre de « traiter » plutôt que de « trancher » le litige. Une des spécificités du contrat relationnel consiste à ne pas pouvoir être tranché et dépecé en cas de litige. Trancher un organisme vivant, c'est le tuer et donc faillir à sa mission, si celle-ci consiste à aider, voire à forcer la réalisation du contrat.

34. Cf. J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, thèse avec préf. de M. Béhar-Touchais, L.G.D.J., 1996 et L. Aynès, *op. cit.*, p. 12.

35. Macneil reconnaît sa dette envers L. Fuller, O. Khan-Freud et C. Summers, cf. « Reflections on Relational Contract », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1985, p. 541.

36. Cf. Macneil, *op. cit.* [1978], p. 865 s.

37. Droit qu'il appelle de ses vœux, tout en reconnaissant qu'il n'est pas de droit positif aux USA même si certaines orientations de la *Common Law* vont dans ce sens (en droit du travail ; par la prise en compte de la notion de bonne foi ou par la réévaluation de la « *restitution* » comme intérêt contractuel légitime à protéger à côté de la *reliance* et de l'*expectation*). Cf. Macneil, *op. cit.* [1978], p. 895.

38. Ceci rejoint la critique de la doctrine de l'autonomie de la volonté.

processus d'ajustement du contrat (d'abord à l'amiable entre les parties, puis à défaut d'accord consensuel, par le biais de médiateurs, voire d'une révision judiciaire). Macneil insiste sur le fait que cette procédure doit être à l'image du contrat relationnel lui-même : pas nécessairement bipolaire, prospectif et pas seulement rétrospectif, souple dans les remèdes mis en œuvre. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que ce soit le modèle de l'arbitrage qui ait ses faveurs.

La théorie de Ian R. Macneil présente le grand intérêt de proposer une théorie pour une catégorie de contrats dont l'importance pratique est croissante alors que le droit ne leur accorde pas un traitement particulier. En ne reconnaissant pas la dimension spécifiquement relationnelle de ces contrats, le droit traditionnel des contrats n'est pas en mesure d'apporter une réponse satisfaisante à des problèmes particuliers comme la nécessité de compléter et d'adapter les contrats relationnels même quand cette révision n'a pas été prévue. La construction de Macneil nous invite donc à reconsidérer les solutions de la théorie de l'imprévision. Ceci est d'autant plus nécessaire que les contrats relationnels, non seulement existent³⁹, mais ne peuvent pas ne pas exister dans une économie moderne. Il revient à la théorie économique, qui s'est enrichie dans son dialogue avec la doctrine des contrats relationnels, d'avoir expliqué pourquoi il n'est pas possible de s'organiser uniquement au moyen de contrats discrets, et donc pourquoi les contrats relationnels sont indispensables.

1.1.2 La justification économique des contrats relationnels

La théorie de Macneil se présente comme une réplique à la théorie économique standard. Il n'est donc pas étonnant que les économistes qui ont également cherché à contester dans une certaine mesure le modèle dominant dans leur discipline aient inspiré et complété son approche⁴⁰. Les travaux de O. Williamson et H. Simon⁴¹

39. L'approche théorique de Macneil est essentiellement descriptive : il entend montrer que des contrats existent dont la logique profonde ne se limite pas à leur image juridique. Sa perspective contient une large part de sociologisme. C'est d'ailleurs, à nos yeux, sa principale faiblesse : en faisant une théorie du *contract-in fact* plutôt que du *contract-in law*, il prend le risque de ne plus faire la différence entre une situation contractuelle et une situation sociale ordinaire. Toute la société est organisée par le contrat et tout contrat devrait fonctionner comme une petite société, démocratique qui plus est ! Cette présentation engendre le risque majeur de reconnaître une valeur contractuelle (et donc d'obliger une personne) à des faits, des attitudes qui ne valaient pas engagements de la part de leur auteur. C'est pourquoi nous nous inspirerons de l'approche de Macneil jusqu'à un certain point seulement. Ce point est situé entre la théorie « néoclassique » et le droit proprement relationnel des contrats. Nous envisageons en effet d'ouvrir la révision pour imprévision aux contrats relationnels, mais sans bouleverser pour autant les grands principes du droit des contrats alors que Macneil n'hésite pas à le faire.

40. Il y a eu véritablement une inspiration réciproque des travaux de Macneil qui cite souvent H. Simon et plus encore O. Williamson et les travaux de ce dernier. Williamson témoigne de sa dette intellectuelle à l'égard des théoriciens juristes des contrats relationnels, cf. Williamson, « Transaction-Cost Economics Meets Posnerian Law and Economics », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1993, pp. 108-109.

41. On pourrait aussi citer les travaux de A. O. Hirschman (cf. *Défection et prise de parole*, Fayard, 1995, traduction de *Voice, Exit, Loyalty*) qui a montré que la prise de parole (*voice*) était la modalité de

permettent de mieux comprendre la raison d'être des contrats relationnels, mais aussi la nature des solutions que l'on peut concevoir pour traiter un problème comme l'imprévision.

Williamson et la notion d'actif spécifique

Après les travaux pionniers de R. H. Coase qui mettaient en évidence l'existence de deux formes de coordination des activités économiques, le marché – objet privilégié jusque-là de l'analyse économique – et la firme⁴², Williamson cherche à préciser la raison pour laquelle certaines activités économiques s'organisent à l'intérieur d'une entreprise, et d'autres non. La solution qui fonde l'approche néo-institutionnelle des coûts de transaction⁴³ consiste à montrer que le recours au marché comporte des coûts – les coûts de transactions justement⁴⁴ – qui peuvent se révéler plus élevés que les coûts inhérents à l'organisation interne par la firme. Selon Williamson, il existe plusieurs formes « d'arrangements institutionnels », qui reposent chacun sur des contrats mais dont la nature est différente. En fonction de la spécificité des investissements que doit réaliser un offreur, de la fréquence d'achat du produit par le demandeur et de l'incertitude qui règne dans leur relation⁴⁵, les agents économiques auront intérêt à choisir soit une succession de transactions discrètes – c'est-à-dire de rester dans une configuration de marché –, soit une structure contractuelle durable, soit l'intégration au sein d'une même unité de production économique⁴⁶.

Le facteur essentiel qui gouverne le choix des structures contractuelles d'organisation de l'activité économique est la spécificité des actifs. Un agent économique n'investira dans un bien dont l'usage est spécifique et la convertibilité décevante ou nulle, que s'il est relativement sûr de pouvoir l'exploiter. Il faut donc qu'il puisse se fier à la continuité d'un contrat qui organise l'écoulement des biens produits grâce à cet actif spécifique. Aucune entreprise ne prendrait par exemple le risque d'élaborer, de financer et de construire une machine à creuser des tunnels sous la mer sans

révision et d'adaptation des institutions non marchandes. Les institutions marchandes se régulant par la concurrence : le pouvoir de sortir (*exit*) quand la relation n'est pas satisfaisante.

42. Pour R. Coase, la firme est organisée selon le principe de hiérarchie. À ses yeux, seul ce mode de coordination nécessite des contrats parce que c'est alors le droit et non la loi du marché qui oblige les acteurs.
43. Cf. E. Brousseau, « L'approche néo-institutionnelle de l'économie des coûts de transaction », *Revue française d'économie*, vol. 4, 1989.
44. Coût résultant de la recherche par les opérateurs économiques d'une (contre) partie pour contracter avec eux, coût de négociation des contrats, coût de conclusion des contrats comme les honoraires de notaire, d'avocat, etc.
45. Cf. Williamson, « Transaction-Cost Economics : The Governance of Contractual Relations », *Journal of Law and Economics*, vol. 22 (october), 1979, pp. 233-261.
46. Reprenant une terminologie inspirée de Macneil (cf. « The Many Futures of Contracts », *Southern California Law Review*, 1975, vol. 47 (may), pp. 691-816 et *op. cit.* [1978]), Williamson désigne respectivement ces arrangements comme des contrats classiques, des contrats néoclassiques et des contrats personnalisés.

l'assurance qu'on lui confiera la tâche de la réalisation d'une œuvre comme le tunnel sous la Manche. De même, un concessionnaire automobile n'acceptera d'investir que s'il pense pouvoir rentabiliser son investissement sur une période suffisamment longue ; il n'est pas envisageable de construire un garage et un hall d'exposition pour vendre une seule voiture ! Mais le fabricant automobile a généralement lui aussi intérêt à ce que son concessionnaire lui demeure fidèle, ne serait-ce que pour rentabiliser les investissements qu'il a effectués (prospection, formation, publicité...). On comprend que dans le cas des contrats relationnels, si juridiquement les parties sont indépendantes, économiquement elles sont dans une situation de dépendance bilatérale. Normalement chacune a un intérêt dans la continuation de la relation⁴⁷. La relation est génératrice de valeur pour les deux parties. Elle constitue en elle-même un bien spécifique. Par exemple l'existence d'un réseau de distribution – qui repose sur des contrats relationnels – représente une ressource économique en tant que telle. C'est pourquoi le contrat relationnel a une valeur intrinsèque. Elle est logiquement supérieure à l'addition de la valeur des prestations contractuelles de chaque partie⁴⁸.

Simon : des limites de la rationalité à la solution procédurale

En amont de la théorie des coûts de transaction, comme de nombreuses autres branches de la théorie économique des contrats⁴⁹, se trouve la notion de « rationalité limitée » découverte par H. Simon. On peut dire que les agents ont une rationalité limitée parce qu'ils n'ont pas les moyens cognitifs et matériels de recueillir toute l'information⁵⁰ qui serait nécessaire à une prise de décision optimale⁵¹. Ne pouvant déterminer la meilleure solution, l'agent doit adopter une autre démarche, praticable et néanmoins rationnelle. L'agent dont la rationalité est limitée doit donc, selon H. Simon, adopter le principe de satisfaction plutôt que celui de maximisation et procéder de façon séquentielle : l'agent se fixe un niveau de satisfaction puis procède à une comparaison entre ce niveau et les choix qui se présentent à lui ; si ses ambitions apparaissent trop élevées, il est conduit à réviser à la baisse ses prétentions. La rationalité de l'agent peut être dite « procédurale » car ce qui importe est moins le résultat obtenu (rien ne garantit que l'agent n'aurait pas pu mieux faire) que la

47. Cf. B. Baudry, « L'économie des coûts de transaction », in *Les nouvelles théories économiques*, La documentation française, 1995, p. 16.

48. Sinon il serait économiquement rationnel que les agents s'organisent autrement. Cette question pose le problème, débattu par les économistes, de l'efficacité des arrangements institutionnels choisis. Cf. B. Coriat & O. Weinstein, *Les nouvelles théories de l'entreprise*, Le livre de poche, 1995, p. 74 et Brousseau, *L'économie des contrats. Technologies de l'information et coordination interentreprises*, PUF, 1993, p. 41. Par ailleurs, sur la prise en compte des actifs spécifiques dans la valorisation d'une entreprise, à l'occasion d'une cession de droits sociaux, voir D. Danet, « Cession de droits sociaux : information préalable ou garantie des vices ? », *RTDCom.*, vol. 45, n° 2, 1992, pp. 332-333.

49. Cf. E. Brousseau, *op. cit.* [1993].

50. Il faut ici comprendre information comme l'ensemble des données (prix par exemple) mais aussi les conséquences des choix possibles, l'évaluation subjective pour l'agent rationnel de ces choix possibles.

méthode employée pour y parvenir. Ainsi les moyens et les buts de l'agent ne sont pas des données mais l'objet même de la recherche.

La notion de rationalité limitée explique à la fois pourquoi on peut être amené à préférer une relation personnalisée plutôt que de s'adresser abstraitement au marché, et pourquoi la relation contractuelle est elle-même porteuse d'incertitude. Une fois que l'on a trouvé un partenaire satisfaisant, il est tentant de vouloir pérenniser cette collaboration, au lieu de partir à chaque fois à la recherche d'un nouveau partenaire sur le marché (surtout quand le marché n'est pas bien organisé). Mais s'engager dans une relation durable comporte également des risques. L'incertitude n'est donc pas seulement située dans l'environnement des agents mais également au sein même de la relation contractuelle. Or dans un contexte d'incertitude radical⁵², qu'on ne peut de toutes façons pas réduire du fait de la rationalité limitée, il n'est pas possible de tout prévoir. Plus le contrat est durable et plus il est difficile d'imaginer tous les développements possibles d'une relation, sachant qu'il faudrait, pour bien faire, intégrer le comportement stratégique de l'autre, c'est-à-dire ses anticipations, elles-mêmes formées à partir de son propre comportement et donc à se livrer à des spéculations sans fin. C'est pourquoi ces contrats sont structurellement incomplets. Ils constituent un cadre comportant des lacunes. Chaque partie court donc le risque d'être lésée par l'autre puisque chacun peut tirer profit de ces lacunes pour adopter une attitude opportuniste⁵³. Dans ces conditions, il vaut mieux prévoir un but relativement simple à définir que vouloir anticiper toutes les modalités de sa réalisation et toutes les parades à la malignité de son cocontractant⁵⁴. Le recours au contrat relationnel émerge finalement comme une solution relativement satisfaisante, cherchant à pallier les aléas du marché et les aléas d'un engagement rigide et faussement clos sur lui-même.

Le lien entre la rationalité limitée et la rationalité procédurale est riche d'enseignements pour notre étude de la théorie de l'imprévision. Économiquement, une fois

51. La rationalité optimisatrice ou substantielle est le modèle de référence du raisonnement économique standard. Une décision est optimale quand après avoir envisagé toutes les solutions possibles, l'agent choisit la meilleure, c'est-à-dire la moins coûteuse d'entre toutes.

52. On dit que l'incertitude est radicale quand le monde ne peut pas être ramené à un ensemble d'états du monde possibles dont on peut déterminer statistiquement la probabilité de réalisation. Cf. G.L.S. Schackle, *Uncertainty in Economic and other Reflections*, Cambridge, Cambridge University Press, 1955.

53. O. Williamson a beaucoup insisté sur le comportement opportuniste des agents. Il peut se manifester de deux manières : soit un contractant ne procure pas à son partenaire toute l'information dont celui-ci aurait besoin lors de la phase d'avant-contrat (c'est le problème économique de la sélection adverse) ; soit – et c'est le cas qui nous intéresse le plus pour cette étude – un agent trompe l'autre lors de l'exécution du contrat, par un non-respect de ses engagements ou par un respect littéral des clauses du contrat existantes qui trompe en fait l'esprit de l'accord et déjoue la prévision raisonnable de l'autre partie (c'est le problème de l'aléa moral).

54. B. Salanié (cf. « Incitations et théorie des contrats », in *Les nouvelles théories économiques*, La documentation française, 1995, p. 11) résume ainsi les résultats de la théorie des contrats incomplets : « La renégociation est bénéfique lorsque les contrats sont incomplets ».

le but fixé (*subgoal*), la rationalité limitée commande de tâtonner méthodiquement pour atteindre le moyen adéquat. Analogiquement dans le domaine du droit des contrats, comme il est impossible et déraisonnable de vouloir fixer un ensemble complet de règles de fond, mais que la volonté d'avoir une emprise sur le futur n'est pas pour autant complètement illusoire, les parties doivent s'efforcer de déterminer des règles formelles, qui organiseront le processus de remplissage de leur relation: l'exécution d'obligations initialement prévues est une première façon de remplir ainsi le contrat ; l'anticipation et la prévision de modes de règlement des litiges et de procédures de négociation des accords d'application d'un contrat-cadre constituent l'autre traduction importante de la prise en compte de la rationalité limitée des agents parties au contrat. Nous retrouvons la solution finalement proposée par Macneil: le problème de la révision pour imprévision des contrats relationnels doit recevoir un traitement essentiellement procédural.

1.2 L'élaboration d'une notion de contrat relationnel pour le droit français

Nous avons vu qu'un certain type de contrat comportait une dimension relationnelle essentielle, que celle-ci se justifiait notamment par des raisons économiques (nécessité d'organiser une relation de partenariat économique durable et souple). En outre, il appartient à la nature même des contrats relationnels d'être adaptés au cours de la vie du contrat. L'imprévision trouve, comme nous l'avons vu, sa source à la fois dans l'évolution de l'environnement extérieur qui modifie les conditions d'exécution du contrat et dans le comportement des parties qui peut trahir la prévision légitime formée à la conclusion du contrat par les parties qui ont cherché par le contrat relationnel à poursuivre ensemble un certain but (consistant généralement à minimiser leurs coûts respectifs)⁵⁵. Toutefois la notion de contrat relationnel qu'a élaborée la doctrine américaine est essentiellement descriptive. Il convient donc de rechercher des éléments de définition de la catégorie de contrat relationnel pour le droit français, afin de lui appliquer un régime particulier⁵⁶. La reconnaissance de la catégorie de contrat relationnel en droit français pourrait être d'autant plus facile qu'elle a été préparée par les travaux d'une partie de la doctrine française.

55. Nous sommes donc enclin à intégrer des questions qui relèvent de l'abus dans le contrat au problème de l'imprévision. Les deux choses sont souvent intimement liées : une partie cherchera à tirer profit d'une modification de l'environnement pour imposer à l'autre partie des conditions inacceptables, ayant pour finalité de lui nuire pour profiter de la rupture de la relation contractuelle.

56. Nous ne discuterons qu'un seul aspect du régime des contrats relationnels : l'application de la théorie de l'imprévision. Il serait envisageable de mettre en évidence d'autres particularités du régime de ces contrats : les remèdes à l'inexécution contractuelle, le rapport de ces contrats avec le droit de la concurrence, etc.

1.2.1 La préfiguration de la notion de contrat relationnel dans la théorie française des contrats

Le doyen Carbonnier pour une philosophie du contrat successif

C'est sans doute sous la plume du doyen Carbonnier que l'on trouve le plus clairement formulé le besoin d'un droit des contrats relationnels, même s'il n'emploie pas le terme⁵⁷. Il se montre particulièrement sensible à la différence qui existe entre contrat à exécution instantanée et contrat successif, non seulement quant à leur régime, mais aussi quand à leur nature profonde. Il y a pour lui une « philosophie du contrat successif »⁵⁸. Il n'en donne toutefois qu'une brève évocation : c'est « un contrat-organisme où les deux intéressés coopèrent à des fins sociales (la coopération traduisant notamment un devoir permanent de transparence) ». S'il ne qualifie pas ce contrat de « relationnel », on doit remarquer que le type de contrat opposé, le contrat à exécution instantanée, est en réalité présenté comme un contrat discret : « Il est des contrats – les plus nombreux, si l'on songe à la multitude des ventes au détail – qui ne laissent aucune trace à la surface du temps, parce qu'ils se concluent et s'exécutent en un instant, sans même qu'on aperçoive derrière eux la traînée de quelque obligation de garantie »⁵⁹. À partir de cette présentation d'une grande délicatesse, il apparaît que ces contrats sont doublement « discrets » : ils sont ponctuels et, parce qu'ils sont ponctuels, ils n'attirent pas l'attention, comme s'ils effleuraient le droit.

Par ailleurs, le doyen Carbonnier considère qu'un enjeu essentiel de cette distinction concerne la théorie de l'imprévision. Les contrats successifs sont, pour lui, à la fois ceux pour lesquels l'instabilité économique et monétaire peut provoquer un déséquilibre problématique, et ceux qui peuvent constituer une parade face à cette incertitude⁶⁰. Sa position sur la théorie de l'imprévision est assez nuancée⁶¹. Il note que le droit comparé et la jurisprudence administrative constituent un appel à une admission de la révision pour imprévision. Mais il envisage surtout « l'hypothèse du libéralisme parfait » pour reconnaître que, dans ce cas, la révision pour imprévision n'est pas nécessaire voire contraire à la logique de ce système. Il revient alors au marché (par le biais des marchés à terme, des marchés de couverture contre les risques, etc.) et à la capacité de prévision des parties de gérer l'incertitude et le besoin de flexibilité.

57. Voir aussi D. Tallon, *op. cit.* [1994], pp. 234-235, sur l'intérêt des contrats relationnels pour l'élaboration d'une théorie des remèdes contractuels.

58. J. Carbonnier, *Droit civil. Les obligations*, 21^e éd., PUF, 1998, p. 264, n° 141.

59. J. Carbonnier, *op. cit.* [1998], p. 261, n° 138. Ainsi présenté, le contrat à « exécution instantanée » est réduit à un contrat discret, puisque tout ce qui peut relever d'une dimension relationnelle dans le contrat de vente qui est le plus typique des contrats discrets est mis de côté (notamment l'obligation de garantie du vendeur).

60. « Le contrat successif prête le flanc à cette instabilité ; mais il est aussi un refuge contre elle », *ibid.* p. 64, n° 141. C'est bien la même idée que met en évidence l'analyse économique contemporaine.

61. Cf. J. Carbonnier [1998 : 275-276, n° 149].

Si l'on articule les différentes remarques du doyen Carbonnier, il nous semble que l'on est très proche de la position que nous voudrions proposer: a) la notion de contrat relationnel est proche de celle de contrat successif mais pas exactement confondue, tout comme on a remarqué que les contrats discrets n'étaient pas exactement assimilables aux contrats à exécution instantanée; b) la théorie de l'imprévision n'a pas vocation à s'appliquer aux contrats typiques d'un pur marché libéral, c'est-à-dire aux contrats discrets; c) on en déduit qu'il serait opportun de réserver la révision pour imprévision aux seuls contrats relationnels.

Hauriou et l'extension de la théorie de l'imprévision au contrat-institution de droit privé

Suivant une voie différente, le doyen Hauriou a également envisagé une application de la théorie de l'imprévision à certains contrats, lesquels ressemblent fort, en fait, aux contrats relationnels. Le point de départ de l'approche d'Hauriou est bien sûr la jurisprudence du Conseil d'État qui a admis la théorie de l'imprévision en 1916⁶² sous la forme d'une indemnisation versée au concessionnaire afin de rétablir l'équilibre financier de ce contractant et prévenir ainsi l'interruption du service public. C'est donc apparemment l'objectif de continuité du service public qui justifie l'adaptation des relations contractuelles entre les deux parties, l'équilibre financier (et non pas l'équilibre contractuel) en étant l'instrument. Selon Hauriou, la dimension institutionnelle de ces contrats administratifs explique l'application de la théorie de l'imprévision. En effet, si le « contrat pur » n'implique aucune justice distributive à l'intérieur de la relation contractuelle et aucune convention de répartition des risques, il n'en va pas de même lorsque le contrat est dominé par une institution⁶³. C'est le cas quand le partenariat contractuel comporte « une fondation ou une association masquée »⁶⁴. Il y a alors entre les parties une communion d'idées, une communion d'intérêts que couronne dans le cas de l'institution un « esprit de communion ». La ressemblance est sensible entre la notion de contrat relationnel et le contrat-institution du doyen Hauriou caractérisé par sa durée et par l'idéal qui l'inspire. Ceci justifie, dans son cas, le partage des risques imprévus affectant l'exécution du contrat. En outre, pour Hauriou, la source juridique de la théorie de l'imprévision est située au cœur même du contrat. Certes, il appartient au juge de mettre en œuvre la révision pour imprévision de la relation contractuelle, mais ce faisant, il n'est que l'interprète du contrat-institution. Selon Hauriou, la révision n'est donc pas une mesure d'équité

62. Arrêt *Gaz de Bordeaux*, 30 mars 1916, *Sirey* 1916, n° 3, note de M. Hauriou.

63. Sur la théorie de l'institution, cf. M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Publication du Centre de philosophie politique et juridique, 1990.

64. Cf. Hauriou, « L'imprévision et les contrats dominés par des institutions sociales », in *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Publication du Centre de philosophie politique et juridique, 1986 (1926), pp. 131-132.

mais simplement l'exécution du contrat⁶⁵. Aussi la révision pour imprévision n'est-elle pas vue comme une exception au principe de la force obligatoire du contrat⁶⁶. Pour Hauriou cette conception du contrat-institution n'est pas spécifique aux contrats administratifs : « Ce qui justifie la théorie de l'imprévision dans les relations du droit administratif doit la justifier aussi dans celles du droit privé. Cela seul et rien d'autre, car il y a unité des principes du droit »⁶⁷.

La construction du doyen Hauriou représente une remarquable tentative pour faire admettre la théorie de l'imprévision. Nous retiendrons en particulier que a) le contrat-institution constitue une unité contractuelle, assurée par la détermination d'un but (« l'idée d'œuvre » de l'institution) ; b) le contrat est le fondement de la révision et c) l'adhésion à la dimension relationnelle du contrat peut être implicite. Toutefois cette représentation est trop dépendante d'une philosophie spiritualiste qui se manifeste notamment dans la reconstitution d'esprits de communion (« l'esprit de famille », « l'esprit public », « l'esprit corporatif »...) qui relève trop souvent de l'artifice. De plus, la vision du doyen Hauriou, marquée par son époque, sous-estime l'importance de la dimension spécifiquement économique de nombreux contrats de droit privé. Aussi convient-il de donner plutôt un soubassement économique aux contrats relationnels.

Le nouveau regard porté sur le contrat

Au-delà des propositions originales de certains auteurs français, on peut attendre un accueil favorable à une notion comme celle de contrat relationnel du fait que la théorie générale des contrats a évolué dans une direction qui est semblable à celle qu'illustrent les contrats relationnels. Il existe, en effet, un courant général au sein de la doctrine française actuelle qui a changé le regard porté sur le contrat.

Il semble que le centre d'intérêt porté sur le contrat s'est déplacé de la formation vers l'exécution du contrat⁶⁸. Si le contrat est toujours vu comme une source d'obligations – c'est la conception traditionnelle⁶⁹ – il n'est plus seulement cela : la doctrine, qui en cela reflète une évolution du rôle que la pratique fait jouer au contrat, s'intéresse désormais à la vie du contrat après sa naissance (interprétation, modalités de son exécution, groupe de contrats, circulation, etc.). Ces questions se posent parce

65. « C'est toujours à l'intérieur de la situation contractuelle que l'institution exerce sa domination et que s'opère, sous son influence, la répartition distributive des conséquences du risque imprévisible. » (M. Hauriou, *ibid.*, p. 136.)

66. « Par ce détour de l'acceptation implicite de l'institution incorporée au contrat, avec ses nécessités naturelles, on peut dire que l'imprévisible lui-même se trouve prévu et réglé par le contrat. » (M. Hauriou, *ibid.*, p. 137.)

67. M. Hauriou, *ibid.*, p. 138.

68. À cet égard, rien n'est plus évocateur que le titre choisi par Ch. Jamin : « Pour en finir avec la formation du contrat ! », in numéro spécial *Le contrat. Liberté contractuelle et sécurité juridique*, *Petites Affiches*, n° 54, 1998. Cf. aussi H. Beale, « L'abus de pouvoir dans les contrats de longue durée et les limites du droit des contrats », in *Études Sayag. Droit et vie des affaires*, 1997, pp. 117 s.

69. Cf. Ch. Jamin, *ibid.* et L. Aynès, *op. cit.*, p. 12, n° 5.

que se développe une famille de contrats – à laquelle appartiennent les contrats relationnels – caractérisés par leur longue durée et par leur fonction d'organisation d'une relation. Ainsi le contrat-cadre émerge-t-il comme le représentant exemplaire de cette nouvelle vocation du contrat. Le contrat spécial de référence ne doit peut-être plus être le contrat de vente mais le contrat d'entreprise, voire le contrat de société⁷⁰. Nous verrons que c'est parmi ce deuxième groupe de contrats qu'il faut chercher les contrats relationnels.

De façon complémentaire, se répand l'idée que le contrat doit être considéré d'abord comme une valeur économique voire comme un bien. Elle est exprimée notamment par Ph. Rémy : « chaque contrat représente une valeur économique, dont il faut à l'occasion modifier le contenu pour assurer le maintien de ses utilités essentielles ; que le contrat, comme tous les biens, est transférable et qu'il n'y a pas là atteinte à la force obligatoire du contrat ni à sa relativité, mais l'occasion de constater que ces vieux principes sont toujours souples, donc toujours vivants »⁷¹. L'auteur fait référence à cette occasion aux thèses d'A. Ghozi et de L. Aynès⁷² qui témoignent de la prise en compte de la nécessité de considérer le contrat comme un « organisme vivant », susceptible d'évolution. La révision du contrat est une façon parmi d'autres (cession, adaptation, modification) de faire vivre le contrat, au lieu de constater sa mort à la première difficulté que rencontre sa réalisation.

La conception du contrat aujourd'hui, déclinée de différentes manières, repose sur l'idée que le contrat – nous serions tenté de préciser : certains d'entre eux – n'est pas simplement un « bloc contractuel » mais aussi un « lien »⁷³. Il ne faudrait toutefois pas tomber d'un extrême à l'autre : après avoir eu, suivant l'inspiration même du Code Napoléon, une vision du contrat restreinte à un échange, à un complexe de droits et d'obligations, se dessine une tendance⁷⁴ à vouloir relire la théorie des contrats – c'est-à-dire de tous les contrats – à la lumière de cette nouvelle génération de contrats et à vouloir faire d'une particularité, certes essentielle, une nouvelle généralité. La philosophie solidariste du contrat trouve dans cette orientation matière à s'alimenter⁷⁵.

70. Cf. Ch. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Droit et Patrimoine*, mars 1998, n° 58, p. 52.

71. Ph. Rémy, « Droit des contrats : questions, positions, propositions », in L. Cadet (dir.), *Le droit contemporain du contrat*, préf. G. Cornu, Economica, 1987, p. 277.

72. Cf. A. Ghozi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, thèse avec préf. D. Talon, L.G.D.J., 1980 et L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, thèse avec préf. Ph. Malaurie, Economica, 1984. Pour ce dernier auteur, « La cession de contrat permet la survie du contrat [...]. Si l'opération [de cession de contrat] "comporte" un transfert d'obligations, là n'est pas sa finalité ; il s'agit plutôt de préserver le contrat au moyen de ce transfert » (L. Aynès, p. 11, n° 3).

73. Cf. C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTDCiv.*, 1997, pp. 957 s.

74. Cf. Ch. Jamin, *op. cit.* ou C. Thibierge-Guelfucci, *op. cit.*

75. Cf. Ch. Jamin, *op. cit.* et D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges François Terré. L'avenir du droit*, PUF-Dalloz-JC, 1999.

1.2.2 La catégorie juridique des contrats relationnels

Après avoir décelé une certaine ouverture de la doctrine française contemporaine à un type de contrats qui semble correspondre à la notion de contrat relationnel que nous avons essayé de dégager à partir des travaux de la doctrine américaine, il reste à donner des éléments permettant de caractériser les contrats relationnels, de manière à pouvoir les traiter comme une catégorie juridique pertinente pour le droit civil.

La structure du contrat relationnel : un contrat en relief

Les contrats relationnels se singularisent par une intégration particulière de la dimension temporelle dans le contrat. À cet égard, le droit civil distingue les contrats à exécution immédiate⁷⁶ et les contrats pour lesquels une période de temps s'écoule entre la formation du contrat et l'exécution de toutes les obligations nées de lui. Surtout, il distingue les contrats à exécution instantanée (qui incluent les contrats à terme) et les contrats à exécution successive. La catégorie des contrats relationnels est incluse dans celle des contrats à exécution successive, mais elle n'est pas confondue avec elle. Il existe des contrats à exécution successive qui ne sont pas des contrats relationnels. C'est notamment le cas des contrats de vente échelonnée. On pourrait dire, en utilisant une conceptualisation bergsonienne, que les contrats relationnels incorporent la *durée* et pas seulement le temps. En effet, les parties à un contrat relationnel cherchent à organiser leurs relations réciproques tout en considérant le temps dans lequel le contrat va se réaliser comme un milieu ouvert. La présentification n'est pas parfaitement réalisée. Mais le contrat n'est pas pour autant indéterminé, ce qui pourrait faire encourir à la convention un risque d'annulation⁷⁷. Le contrat relationnel est d'abord déterminé par le but que les parties veulent atteindre. Ce but peut consister par exemple dans la mise en place d'un réseau de distribution ou dans l'organisation d'une coopération professionnelle. Les moyens que les parties envisagent et qui consistent en obligations particulières, plus ou moins précises (de donner, de faire ou de ne pas faire) sont subordonnés à la recherche de ce but à atteindre. Par exemple, un fabricant automobile s'engage à fournir des voitures à un concessionnaire contre un certain prix, mais ce genre d'échanges particuliers visent surtout à faire vivre la structure de distribution mise en place.

La structure du contrat est donc ce qui caractérise le contrat relationnel. C'est un contrat en relief : le plan des droits et obligations établis et échangés par les parties est surmonté d'une dimension téléologique. C'est cette clause déterminante qui régit l'exécution dans le temps du plan des obligations prévues. Il est alors logique que les devoirs découlant de la « relation contractuelle » priment les obligations du

76. Ces contrats n'encourent pas le risque de l'imprévision, à moins de la confondre alors avec la lésion.

77. On sait que le risque de nullité des contrats-cadre n'est pas virtuel comme l'ont montré notamment les affaires des « pompistes de marque » à cause de l'article 1129 du Code civil. Si l'indétermination relative et partielle de ces contrats ne semble plus poser un problème rédhibitoire, une indétermination générale du contrat reste inconcevable et en fait contraire à l'idée même de contrat.

« bloc contractuel »⁷⁸. Il y a une sorte de hiérarchie des normes au sein du contrat relationnel⁷⁹. Pour en rendre compte, Macneil utilise l'image d'une « constitution » de la relation⁸⁰. Il souligne ainsi que les règles qui déterminent l'objectif que les parties entendent poursuivre par le contrat relationnel ou celles qui organisent les procédures de négociation destinées à compléter ou à réformer le contrat initial sont des normes fondamentales.

La catégorie complémentaire des contrats relationnels est la catégorie des transactions discrètes. On pourrait aussi les qualifier de *contrats de marché*. La structure des contrats de marché est celle d'un plan d'échange. Les parties prévoient parfaitement l'identité, les quantités et l'échéance des choses objet de l'opération d'échange réglée par le contrat. Que cette opération soit présente, future ou à la fois présente et future est indifférent à la qualification de contrat de marché. Le but de l'opération est confondu avec l'objet même de la transaction. Les parties contractent pour échanger.

L'objet du contrat : l'obligation de faire-ensemble

Les parties à un contrat relationnel contractent pour faire quelque chose ensemble. On pourrait donc proposer comme caractéristique du contrat relationnel l'obligation de faire-ensemble. Cette obligation est commune aux parties; sa visée est identique même si son contenu est différent pour chacune des parties. Dans un contrat relationnel, chacune des parties s'engage à contribuer à la réalisation du but définissant la structure économique (réseau, consortium, etc.) élaborée par le contrat. Il naît donc logiquement du contrat relationnel une obligation de coopération dont le contenu peut être plus ou moins intense et étendu. La coopération n'implique pas nécessairement la solidarité ou la fraternité entre les contractants. En s'engageant *par* ou *dans* un contrat relationnel, les parties n'entendent pas nécessairement venir en aide à leur partenaire le cas échéant, mais simplement elles s'engagent l'une envers l'autre, à jouer le jeu convenu.

Il existe d'ailleurs une très grande variété de jeu : les parties peuvent vouloir « jouer » à la société, à la distribution, au financement... La catégorie des contrats relationnels est une catégorie ouverte puisque seule l'imagination contractuelle est une limite à l'agencement de relations contractuelles sur mesure. Il importe surtout de reconnaître que le jeu en question est une source de satisfaction pour les parties, indépendamment des satisfactions particulières procurées par les échanges ponctuels réalisés au cours du jeu. D'un point de vue économique, il faut donc reconnaître aux contrats relationnels une valeur pour eux-mêmes.

78. Cf. C. Thibierge-Guelfucci, *op. cit.*, 360 s.

79. Gardons-nous toutefois de voir dans la théorie des contrats relationnels une quelconque perspective kelsénienne. D'ailleurs, l'inspiration réaliste (sociologique et économique) de cette théorie est à l'opposé de l'ambition kelsénienne de construction d'une théorie « pure » du droit.

80. Cf. I. Macneil, *op. cit.* [1978], pp. 889-895.

Au terme de cette succincte étude de la notion de contrat relationnel, on peut dire qu'il s'agit d'un contrat instituant un cadre incomplet et donc ouvert sur l'avenir, visant à organiser au profit des parties une activité durable. Juridiquement, le contrat relationnel se présente comme un contrat contenant une clause prédominante fixant l'objectif que les parties ont voulu s'obliger à faire ensemble. La révision pour imprévision des contrats est concevable parce qu'il s'agit d'adapter la partie instrumentale du contrat pour mieux assurer la pérennité de la relation contractuelle.

2 L'ADMISSION DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION POUR LES CONTRATS RELATIONNELS

Nous examinerons dans quelle mesure il est possible d'asseoir la révision pour imprévision des contrats relationnels sur un fondement conforme aux principes du droit des contrats, avant d'envisager les mécanismes juridiques susceptibles de permettre la mise en œuvre de la révision des contrats relationnels.

2.1 Les fondements de la révision pour imprévision des contrats relationnels

Le principe qui est aujourd'hui avancé par de nombreux auteurs pour fonder la révision pour imprévision des contrats consiste dans la notion de bonne foi mentionnée dans l'article 1134 al.3 du Code civil. Toutefois, il n'est pas évident que ce fondement soit le plus adéquat pour justifier une admission de la théorie de l'imprévision réservée aux seuls contrats relationnels.

2.1.1 La bonne foi ?

Les manifestations les plus spectaculaires d'un ébranlement de la règle posée par l'arrêt *Canal de Craponne* sont venues d'arrêts mobilisant la notion de « bonne foi », que ce soit, dans l'arrêt *Expovit*⁸¹, pour sanctionner un employeur ne mettant pas à profit la libération d'un poste dans une entreprise pour éviter un licenciement ou, dans l'arrêt *Huard*⁸², pour condamner une firme pétrolière qui ne permettait pas à l'un de ses revendeurs de pratiquer des prix concurrentiels. Il était tentant d'interpréter ces décisions comme des atteintes au rejet absolu de toute révision du contrat pour cause d'imprévision, même si, dans ces deux espèces, le caractère proprement « imprévisible » des circonstances est matière à discussion.

La notion de bonne foi a été avancée par de nombreux auteurs pour tenter d'écarter la sévérité du rejet de toute révision judiciaire du contrat⁸³. En 1987,

81. Cass. soc. 25 février 1992, Bull. V, n° 121.

82. Cass. com. 3 novembre 1992, Bull. IV, n° 340.

83. On peut toutefois noter que pour J. Ghestin (*op. cit.*, n° 314-315), la bonne foi, si elle montre une direction à suivre, ne constitue pas, à elle seule, une justification suffisante pour permettre la révision pour imprévision.

Ph. Rémy suggérerait ainsi deux orientations pour une éventuelle remise à plat du droit des contrats : « la révision judiciaire en cas de survenance de circonstances imprévisibles, et un principe général accordant au juge le pouvoir d'annuler ou de modérer les clauses abusives »⁸⁴. Dans son étude du bien-fondé d'une admission de la théorie de l'imprévision, Ph. Stoffel-Munck reprend à son compte la solution disponible dans le principe de bonne foi⁸⁵. C'est encore ce principe qui est convoqué par les Codes doctrinaux (Principes du droit européen des contrats et Principes Unidroit) afin de limiter l'abus de pouvoir d'une partie dans l'ajustement des contrats durables⁸⁶. Ce principe que l'on doit rattacher bien sûr à l'article 1134 al.3 (et éventuellement à l'article 1135) du Code civil se voit reconnaître une importance croissante, y compris en droit américain alors que cette notion *esta priori* étrangère à la tradition de *Common Law*⁸⁷.

Souvent cette notion est associée à celle d'équité et elle traduit de toute façon une impulsion morale introduite dans le droit des contrats. Il nous semble toutefois que l'invocation de cette notion est une source possible d'insécurité juridique étant donné son caractère assez imprécis.

Sur le plan des principes, la promotion de la notion de bonne foi est peut-être solidaire d'un affaiblissement corrélatif de la force obligatoire du contrat. C'est ce que met en lumière Ch. Jamin dans son article « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil »⁸⁸. Cet auteur propose un changement de pivot pour le droit des contrats⁸⁹ : à une déconstruction érudite de l'article 1134 al.1 répond une mise en avant de l'article 1134 al.3, actualisant selon cet auteur l'inspiration solidariste que relayait déjà Demogue⁹⁰ : « la révision devrait pouvoir être admise et imposée à celle des parties qui en a les moyens, dès lors que l'autre est susceptible d'être exclue du rapport contractuel ». En réalité, le message de Ch. Jamin nous semble quelque peu ambigu : s'il s'agit simplement de limiter aux contrats relationnels le recours à la bonne foi⁹¹, nous ne pouvons que souscrire à ce

84. Ph. Rémy, *op. cit.* [1987], p. 280, qui a été suivi dans ses intuitions en ce qui concerne le second point.

85. Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, pp. 84 s.

86. Cf. H. Beale, *op. cit.*, p. 123. Nous avons vu que le problème de l'abus de droit peut dans certaines conditions être assimilé à un problème d'imprévision, ayant en quelque sorte une source endogène.

87. « Good Faith » in art. 1.203 du Uniform Commercial Code et § 205 du Restatement 2nd Contracts. Cf. D. Tallon, *op. cit.* [1997], p. 416. Cf. aussi H. Beale, *op. cit.*, p. 125.

88. Ch. Jamin, *op. cit.*

89. « Une tentative de renversement du centre de gravité de l'article 1134, qui le ferait passer de l'alinéa 1^{er} à l'alinéa 3. » (Ch. Jamin, *op. cit.*, p. 49.)

90. « Les contractants forment une sorte de petit microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun. [...] Il peut y avoir un devoir de coopération [entre le créancier et le débiteur] » (cité par Ch. Jamin, *op. cit.*, p. 56).

91. Certaines formules de son propos vont incontestablement dans ce sens : « Le contrat en cause était un contrat-cadre. La solution n'est donc peut-être pas extensible pour servir de modèle à tous les types de contrats » (p. 55) ou encore « L'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil devrait ainsi primer son alinéa 1^{er}, lorsque l'exécution du contrat est susceptible de ruiner l'une des parties, alors que l'autre

point de vue⁹², mais la référence à la philosophie solidariste, tout comme l'image du contrat comme « petite société »⁹³ sont porteuses d'une application indistincte de la théorie de l'imprévision à tous les contrats et selon des modalités qui ne témoigneraient pas nécessairement de la prudence que montre l'auteur. La bonne foi pourrait alors aisément être utilisée comme le principe justifiant une régulation sociale du contrat : le contrat vu comme un instrument de justice sociale entre les individus contractants aurait vocation à être révisé objectivement, au moins lorsqu'un déséquilibre important se fait jour⁹⁴.

L'admission de la révision pour imprévision sur le fondement de la bonne foi n'a pas de raison d'être réservée aux seuls contrats relationnels. D'ailleurs, les auteurs qui font la promotion de ce principe ne distinguent généralement pas selon le type de contrat en cause. Or, autant il nous semble opportun de reconnaître la possibilité que les contrats relationnels puissent être révisés, autant il serait contre nature que le juge puisse réviser un contrat de marché, que ce soit sur le fondement de la bonne foi ou de tout autre principe. Il est essentiel, en effet, que les parties qui optent pour un contrat de marché soient à l'abri d'une remise en cause de leur contrat. Elles ont choisi de se placer sous l'empire de la « loi du marché », celle-ci est spécialement dure pour celle qui se trouve surchargée, voire ruinée par les événements, mais c'est leur loi. Dans le cas des contrats de marché, la relation n'a pas une valeur supérieure intrinsèque qui pourrait justifier que l'on impose à la partie bénéficiaire d'accepter une répartition équitable des risques, fussent-ils anormaux⁹⁵. En réalité, la « relation de marché » est donnée et protégée par le marché lui-même qui est une situation de fait, un environnement favorable aux échanges. Il n'appartient normalement pas au

a les moyens de permettre la continuation de leurs relations contractuelles » (p. 56) (nous soulignons cette nuance qui rétablit en fait l'al.1 dans son rôle de principe).

92. C'est aussi dans ce sens strictement délimité que L. Aynès (*op. cit.*, p. 19) veut retenir le concept de « bonne foi » : « Faut-il redouter le principe d'exécution de bonne foi ? Oui, si l'on fait de la bonne foi un principe d'équité, contrepois de la force obligatoire, expression d'un utile et d'un juste, qui seront finalement abandonnés au sentiment du juge ou de l'arbitre ; ou d'un prétendu "solidarisme" contractuel, qui prétendrait ignorer que les contrats commerciaux ne sont pas œuvres de charité. Non, si l'on fait de la bonne foi le prolongement, et non la limite, de la force obligatoire, un devoir de cohérence dans la durée, destiné à donner au contrat sa pleine efficacité. » Nous sommes toutefois réticent à utiliser de cette manière la notion de bonne foi car le Code civil n'entend pas restreindre *a priori* l'art. 1134 al.3 aux seuls contrats relationnels. La tentation serait toujours forte de réviser tous les contrats sur le fondement d'une règle qui se présente avec une portée générale.
93. On peut noter que cette image est utilisée par I. Macneil (*op. cit.* [1978]) lui-même lorsqu'il veut étendre au contractant les droits et libertés fondamentaux d'une démocratie avancée...
94. Un auteur comme J. Ghestin, *op. cit.*, n° 314-317 semble prêt à s'engager dans cette voie.
95. Ce n'est pas l'opinion de J. Ghestin (*ibid.*, n° 299) notamment, même si cet auteur reconnaît que la théorie de l'imprévision n'a pas vocation à s'appliquer aux contrats comportant une dimension spéculative. La question qu'il laisse en fait ouverte consiste à savoir ce qu'est un contrat spéculatif : on imagine aisément que les transactions boursières relèvent de cette logique, mais où s'arrête la frontière des « contrats spéculatifs » (immobiliers, collections de timbres, voitures...) ? Mieux vaut reconnaître que tout contrat de marché comporte une dimension spéculative, au moins latente, et donc ce sont en fait tous les contrats de marché qui doivent être exclus du champ d'application de la théorie de l'imprévision.

juge du contrat de défendre le marché⁹⁶. Le principe de la force obligatoire du contrat doit s'imposer, éventuellement avec toute sa cruauté⁹⁷. C'est en effet la condition pour que le marché puisse continuer à fonctionner comme un instrument de flexibilité et de gestion du risque. Et d'ailleurs, si l'on pouvait ou si l'on devait s'en remettre entièrement au marché, la théorie de l'imprévision n'aurait sans doute pas sa place en droit⁹⁸, du moins pour ce qui relève de la logique économique. Mais comme il n'en est pas ainsi, il est nécessaire que les contrats relationnels puissent véritablement exister, et pour ce faire que la révision pour imprévision puisse leur être appliquée.

2.1.2 La force obligatoire de l'acte de prévision et la liberté contractuelle

La force obligatoire du contrat

Les contrats relationnels représentent la forme juridique d'une organisation de l'activité économique ne reposant pas purement et simplement sur des transactions de marché. Il s'agit plus spécialement pour les agents économiques parties au contrat de bâtir un cadre pour l'exercice de leur activité. Ce cadre est pour eux une chose, une réalisation du contrat qui doit se perpétuer. Il importe aux parties de pouvoir se fier à la structure économique qu'elles ont voulu instituer. C'est pourquoi il y a une spécificité des contrats relationnels par rapport à d'autres instruments de coordination⁹⁹. Si les contrats relationnels sont « relationnels » (ce qui constitue une spécificité, digne de considération, comme nous avons voulu le montrer), ils n'en sont pas moins des contrats. Par la conclusion d'un contrat relationnel, les parties veulent mettre la normativité juridique propre aux actes juridiques au service de la réalisation de leurs projets économiques. Autrement dit, il est essentiel que les contrats relationnels ne constituent pas des exceptions au regard du principe de la force obligatoire du contrat. En même temps, les contrats relationnels ont besoin de pouvoir être révisés.

Or la théorie de l'imprévision est généralement présentée, depuis l'arrêt *Canal de Craponne*, comme une exception au principe de la force obligatoire du contrat. Rétablir l'équilibre contractuel parce que les circonstances ont transformé l'équilibre

96. Cette tâche relève plutôt du juge de la concurrence ou des autorités de marché comme la COB.

97. Comme le remarque A. Sériaux (in *Avant-propos* à l'ouvrage de Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*), le débiteur malheureux doit alors attendre (espérer ?) un soulagement des sentiments moraux de son créancier plutôt que des secours du droit civil ou du juge.

98. Cf. J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 141.

99. Ce que l'économie des conventions appelle « conventions » et qui ne correspond pas bien sûr au concept juridique du même nom. Les conventions sont des modes de coordination des activités humaines, en particulier des rapports économiques. Les conventions peuvent être des règles édictées par l'État, des obligations morales, des habitudes ou des routines permettant une certaine prévisibilité des comportements, etc. Cf. O. Favereau *et alii*, *L'économie des conventions*, numéro spécial de la *Revue économique*, vol. 40, n° 2, mars 1989. Ces éléments jouent un rôle dans la mise en œuvre concrète des organisations économiques organisées par des contrats relationnels. Il nous semble toutefois important de souligner la spécificité des accords juridiques par rapport aux autres façons de s'accorder. En cela, nous nous démarquons de Macneil et de son concept mi-sociologique, mi-juridique de contrat relationnel.

d'hier en déséquilibre aujourd'hui, serait remettre en cause la volonté exprimée et cristallisée dans le contrat par les parties. Quand bien même on admettrait ainsi la nécessité de préférer l'équilibre nominal à l'équilibre réel, force est de constater que le problème ne se pose pas de la même manière pour les contrats relationnels. La présentation traditionnelle du problème de l'imprévision nous semble inadéquate pour rendre compte du problème particulier que posent les contrats relationnels. Ainsi raisonner en termes « d'équilibre contractuel » à propos des contrats relationnels est une façon de nier leur spécificité. Ils sont alors considérés comme des complexes de droits et d'obligations échangés et la primauté de la dimension relationnelle est passée sous silence. Et vouloir traiter les contrats relationnels comme les autres contrats au regard de la théorie de l'imprévision revient tout simplement à ne pas leur permettre de se développer véritablement.

La nature des contrats relationnels permet et exige de concilier force obligatoire du contrat et révision pour imprévision. Dans leur cas, en effet, la force obligatoire du contrat oblige d'abord les parties à respecter la première obligation du contrat: sa pérennité. La force obligatoire du contrat porte sur le but et la subordination des moyens au but, avant de porter sur les moyens. Les moyens doivent pouvoir être révisés quand ceci est la condition pour que le but du contrat puisse être poursuivi. En revanche, il n'est pas question d'envisager la révision de l'obligation fondamentale de faire-ensemble à laquelle les contractants ont consenti et à laquelle les contractants ont entendu donner force de « loi » comme en dispose l'article 1134 al. 1. Le renoncement au contrat relationnel, c'est-à-dire sa révocation, ne peut être que le fruit d'un accord des parties, conformément à la théorie traditionnelle du *mutuus dissensus*¹⁰⁰. Le contrat relationnel est la chose des parties, il leur *est a priori* loisible d'y mettre fin, même si sa vocation initiale était de durer¹⁰¹.

C'est donc dans la force obligatoire du contrat que réside la justification profonde de la possibilité de réviser pour imprévision des contrats relationnels. À condition de reconnaître la nature singulière des contrats relationnels – leur irréductibilité au contrat vu comme source d'obligations¹⁰² – il est possible d'affirmer

100. Cf. R. Vatinet, « Le *mutuus dissensus* », *RTDCiv.*, 1987, p. 252.

101. On touche ici une limite du contrat relationnel : tant que l'on considère le contrat relationnel d'abord comme un contrat, il reste la chose des parties, dès lors que la dimension institutionnelle de la relation ainsi créée devient prédominante (le problème a été posé en particulier pour la société), alors il est possible que la chose échappe à ses fondateurs et possède comme un droit autonome à exister.

102. Les contrats relationnels ne se réduisent pas à un échange d'obligations. Il est donc particulièrement utile de définir le contrat, non pas comme source d'obligations, mais comme « acte de prévision » comme nous y invitait le doyen Hauriou : « Le contrat est l'entreprise la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision. » (M. Hauriou, *Principes de droit public*, 1912, p. 199.) Cf. aussi H. Lécuyer, « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges François Terré. L'avenir du droit*, PUF-Dalloz-JC, 1999, pp. 643 s. La hardiesse a toutefois ses limites : les parties peuvent prévoir la réalisation d'une chose ou d'une entreprise par le contrat, sans pour autant prévoir dans le détail tout ce que cette réalisation suppose. C'est même précisément parce que le contrat est un acte de prévision que les parties peuvent choisir de laisser relativement libre la détermination des détails de la réalisation.

que la force obligatoire du contrat et la révision pour imprévision sont complémentaires. Les deux n'agissent pas sur le même plan mais dans la même direction. Dès lors qu'on prend le contrat comme un tout, il n'y a pas de raison d'interdire la révision d'une clause lorsque l'efficacité de celle-ci a été conditionnée par le contrat lui-même. On ne voit généralement pas dans l'aménagement conventionnel de l'adaptation des contrats une entorse à la force obligatoire¹⁰³. La force obligatoire peut donc s'appliquer selon un certain ordre au contrat. Dans le cas des contrats relationnels, cet ordre est hiérarchique, parce que le contrat est lui-même hiérarchique.

La protection du droit des contractants sur le système économique créé par le contrat relationnel

En suivant cette analyse, on comprend pourquoi le principe de l'admission de la révision pour imprévision appliquée à la composante instrumentale et subordonnée du contrat relationnel serait de nature à protéger adéquatement les droits des contractants sur le contrat auquel elles sont parties. Puisque le contrat relationnel crée quelque chose et que les parties peuvent être légitimement attachées à cette chose, il faut que ce droit contractuel puisse être protégé. Prenons l'exemple d'un fabricant qui souhaite changer sa stratégie de commercialisation. Il écoulait sa production par le truchement de franchiseurs jusqu'à ce qu'il découvre qu'il pourrait accroître ses parts de marché et augmenter ses marges en procédant à une commercialisation directe par internet¹⁰⁴. Si le fabricant s'est obligé à ne pas concurrencer ses franchisés sur leur secteur par une commercialisation directe, le contrat conclu avec eux – qui relève manifestement d'un contrat relationnel tel que nous l'avons défini – va apparaître comme une contrainte gênante. Pour s'en affranchir, il peut être tenté de modifier les termes du contrat (dans la mesure où cette faculté lui a été laissée par le contrat) afin de le rendre insupportable à ses cocontractants, ou encore de profiter d'une inexécution partielle des obligations des franchisés causée par la survenance de circonstances imprévisibles pour mettre fin au contrat. Dans cette seconde hypothèse, s'il n'y a pas de possibilité de révision du contrat (dans sa partie instrumentale), sa résolution apparaît comme une quasi-spoliation pour les franchisés. Indépendamment des échanges particuliers en cours entre le fabricant et les franchisés, ceux-ci se trouvent privés de leur outil de travail qui consistait dans la structure économique mise en place par le contrat de franchise. Leur droit sur le système de commercialisation dont ils ont entendu garantir l'existence par le contrat relationnel sera bafoué si la révision des conditions particulières de leur activité n'est pas admise.

La liberté contractuelle

Dans un régime libéral, la liberté a naturellement vocation à occuper le plus d'espace possible, compatible avec le respect de la liberté d'autrui et la sauvegarde d'intérêts

103. J. Ghestin (*op. cit.*, n° 285) adopte sans doute une lecture très restrictive de la force obligatoire (confondue avec l'intangibilité inconditionnelle) pour affirmer que « la règle *pacta sunt servanda* n'est pas d'ordre public »...

104. C'est le problème de la violation efficace du contrat.

fondamentaux. La reconnaissance véritable des contrats relationnels, qui passe par l'admission de la théorie de l'imprévision, est une manifestation d'extension de la liberté contractuelle. Tout d'abord, reconnaître les contrats relationnels comme des contrats relativement incomplets, ouverts sur l'avenir de la relation contractuelle et sur son exécution, est une expression de la liberté du contractant: la possibilité de fixer le contenu de l'engagement en termes de finalité autant que d'obligations parfaitement déterminées. C'est ensuite l'expression de la liberté qu'ont les agents, d'organiser et notamment de hiérarchiser les clauses de leur contrat.

En outre, en tant que mode d'organisation de l'activité économique alternatif au recours au marché, la possibilité de conclure des contrats relationnels est une modalité d'exercice de la liberté d'entreprendre. Les contrats relationnels illustrent l'idée que le libéralisme contractuel est plus riche que le « libéralisme économique » très souvent assimilé au règne du marché¹⁰⁵. À cet égard, un régime libéral de contrats économiques doit donner effectivement aux opérateurs les moyens juridiques de s'organiser, selon les règles du marché, mais aussi à travers des arrangements institutionnels différents du marché, comme l'entreprise intégrée ou les systèmes permettant la collaboration durable des agents économiques souhaitant ainsi donner un cadre juridique pérenne à leur activité. Ainsi il apparaît que l'admission de la révision pour imprévision pour les contrats relationnels serait non seulement conforme au principe de liberté contractuelle, mais aussi une occasion d'en étendre le domaine.

Après avoir vu que l'application de la théorie de l'imprévision serait conforme aux grands principes du droit des contrats, il convient maintenant d'examiner comment il serait possible de réviser les contrats relationnels.

2.2 Les modalités de la révision des contrats relationnels

Il existe aujourd'hui un besoin spécial de révision des contrats relationnels. Celui-ci est satisfait de deux manières : par l'intervention spéciale du législateur¹⁰⁶ et par le recours à des modes conventionnels d'organisation de la révision des contrats de

105. Nous ne discuterons pas la question de savoir si le libéralisme économique doit être réduit ou même résumé au règne du marché. Cette conception du libéralisme économique semble aujourd'hui assez largement partagée, par ses partisans comme par ses détracteurs. Elle nous semble toutefois réductrice car l'exercice de la liberté économique est alors purement statique (le droit d'échanger, quand on peut échanger avec les autres membres du marché) et elle ne reflète pas en particulier les efforts pourtant riches et intéressants de l'école autrichienne (F.A. Hayek, J.A. Schumpeter ...).

106. Après les lois ponctuelles qui ont naguère permis une révision objective et massive de classes de contrats affectés par la guerre ou l'inflation (les lois de 1918 (Failliot), de 1925, de 1949...), le législateur national et communautaire semble tenté par l'édiction de lois spéciales visant à organiser la révision pour imprévision et pour abus de droit dans des secteurs particuliers qui sont spécialement exposés à ce risque. H. Beale (cf. *op. cit.*, pp. 127-128) évoque ainsi par exemple une réglementation des contrats de concession automobile. Il semble toutefois que seuls les secteurs comportant un enjeu pour la politique de la concurrence soient susceptibles d'être ainsi réglementés.

longue durée¹⁰⁷. Ces deux voies existantes pour permettre la révision des contrats ont des limites et ne constituent pas des solutions pleinement satisfaisantes pour permettre un développement harmonieux des contrats relationnels¹⁰⁸. Il convient donc d'envisager la solution de la révision judiciaire des contrats relationnels. Nous nous demanderons d'abord sur quelles règles de droit positif il serait possible de s'appuyer pour assurer la révision, puis de quelle manière il serait souhaitable de permettre aux parties à un contrat relationnel de recourir à la révision judiciaire.

2.2.1 Les mécanismes juridiques permettant la révision judiciaire des contrats relationnels

Les procédés de révision judiciaire

Il y a logiquement deux manières d'envisager l'admission de la révision judiciaire des contrats pour imprévision : soit l'aménagement du contrat se présente comme une modification apportée à la convention par le juge qui fait prévaloir un principe d'équité sur celui de la force obligatoire du contrat, soit la révision est présentée comme une déduction de la volonté des parties, la révision étant considérée comme implicitement prévue par les parties à la conclusion de leur accord. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire souligne que la Cour de cassation a entendu interdire la révision judiciaire par l'un comme par l'autre des procédés¹⁰⁹. La nature et les exigences propres aux contrats relationnels doivent cependant nous conduire à réexaminer le second procédé¹¹⁰.

Notons tout d'abord que la logique des contrats relationnels disqualifie toutes les techniques juridiques présentées comme des moyens d'opérer la révision d'un contrat dont l'exécution serait devenue insupportable à une partie dans les conditions initialement prévues et reposant sur les vices du consentement ou la force majeure. Certains auteurs classiques en examinant le problème de l'imprévision en droit français, ont ainsi évoqué avec plus ou moins de conviction la force majeure

107. Un grand nombre de clauses permettant l'adaptation des contrats à toutes sortes d'évolutions plus ou moins imprévisibles sont aujourd'hui validées par les tribunaux : clauses d'indexation automatique, clauses de détermination d'éléments du contrat par un tiers, clause de renégociation... Cf. R. Fabre, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTDCiv.*, 1983.

108. L'inconvénient commun et principal des voies législative et conventionnelle de révision des contrats est qu'elles laissent soumis à la rigidité de la jurisprudence *Canal de Craponne* tous les contrats qui ne sont pas visés par l'une ou par l'autre. Or les contrats relationnels représentant un pôle d'innovation juridique constant, le risque est grand pour ces contrats d'être imparfaitement révisables. De plus, les techniques de prévision *a priori* de l'imprévision ont nécessairement leurs limites : seule la révision judiciaire peut véritablement constituer une révision *a posteriori*.

109. Voir la motivation de la Cour de cassation (Civ. 15 novembre 1933) rappelée en introduction. Cf. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire, *op. cit.*, pp. 196 s.

110. Nous ne discuterons pas l'idée d'une révision du contrat fondée sur la rééquilibration équitable par le juge, inspirée par une conception du « juste et de l'utile », dont nous avons vu qu'elle relevait en fait de la perspective d'une régulation sociale du contrat et qu'elle n'avait pas de raison d'être réservée aux contrats relationnels. Cf. J. Ghestin & M. Billiau, *Le prix dans les contrats de longue durée*, coll. « Droit des affaires », Paris, L.G.D.J., 1990.

économique (impossibilité non pas matérielle mais économique d'exécuter son obligation en raison de circonstances extérieures), la lésion (déséquilibre entre les prestations) ou encore l'erreur (sur la valeur réelle de la contrepartie). Indépendamment des faiblesses techniques de ces tentatives¹¹, il faut souligner qu'elles ne sauraient de toute façon constituer des réponses satisfaisantes pour les contrats relationnels car elles aboutissent à la disparition du contrat, c'est-à-dire à la restauration d'un équilibre par le vide. Cette issue est en complète opposition avec le but poursuivi par les parties en s'engageant dans un contrat relationnel, puisqu'elles veulent non pas l'euthanasie du contrat mais sa survie voire sa résurrection.

La révision par interprétation téléologique du contrat

Il est demandé au juge de réviser le contrat pour le faire vivre puisque le contrat relationnel est porteur d'une espérance de vie que les parties ont voulu adosser à la force obligatoire du contrat. Cette volonté peut être logiquement déduite de la nature du contrat relationnel telle que nous l'avons envisagée. Le juge n'a pas à réinventer le contrat, mais il peut lui revenir de le compléter parce que le contrat relationnel est par nature incomplet. Le juge doit respecter et faire respecter le contrat (comme le commande l'article 1134 al.1). Dans le cas d'un contrat relationnel, cela peut passer par une adaptation de la partie instrumentale du contrat (ce qui constitue la révision) de manière à ce que le but poursuivi par les parties demeure. En cas de contradiction entre les clauses, notamment entre la clause relationnelle (qui définit ce que cherchent à faire les parties par le contrat qu'elles concluent et qui affirme la primauté de cet objectif sur le détail des obligations particulières qui doivent permettre d'atteindre cet objectif) et les clauses instrumentales, le juge peut redonner une cohérence au contrat. Ce pouvoir lui est en effet reconnu par l'article 1156 du Code civil¹². La révision des contrats relationnels doit reposer juridiquement sur une interprétation téléologique du contrat. C'est une combinaison de règles de droit positif (articles 1134 al.1 et 1156) qui devrait permettre d'écarter la règle stricte formulée par l'arrêt *Canal de Craponne*. C'est essentiellement cette interdiction exprimée avec force par la Cour de cassation qui empêche la révision des contrats relationnels et non pas les principes et les règles du Code civil qui, au contraire, semblent permettre l'admission de la révision des contrats relationnels¹³.

111. Les insuffisances intrinsèques de ces solutions sont notamment mises en évidence par J. Ghestin dans son *Traité*.

112. « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. » On peut ainsi lire cet article en voyant derrière « l'intention commune des parties », le but recherché et derrière les « termes », les moyens stipulés sous réserve d'ajustement, pour atteindre le but.

113. Un revirement jurisprudentiel consistant à admettre la révision pour imprévision des contrats relationnels ne serait pas empêché par un défaut de fondement textuel. Pour D. Tallon (*op. cit.*, p. 413), le fondement textuel d'un retour sur le rejet de la théorie de l'imprévision serait plutôt à trouver dans les articles 1134 al.3 et 1135.

La jurisprudence civile offre au moins un exemple connu de révision d'un contrat relationnel par le biais d'une interprétation téléologique du contrat. En 1978, la Cour de cassation a confirmé et souligné le bien-fondé de la décision des juges du fond qui avait converti un bail à nourriture en obligation de financer la pension du bénéficiaire dans une maison de retraite¹¹⁴. Il y a bien un but poursuivi par les parties : il consiste à fournir au créancier du bail à nourriture les moyens de vivre en lui procurant ce qui est nécessaire à son entretien. En l'occurrence, la formule juridique particulière retenu –le bail à nourriture– n'était qu'un moyen (la Cour de cassation parle de « mode d'exécution prévu au contrat ») d'exécuter le but du contrat (ce que la Cour appelle le « même objet »). La Cour ne dit pas que l'exécution selon le mode prévu par le contrat était impossible, mais seulement qu'il était devenu, du fait des circonstances (à la fois objectives comme les conditions de vie ordinaires au moment de l'exécution du contrat, la présence et la nécessité d'une maison de retraite, etc., et subjectives puisque la Cour prend en considération « les rapports des parties entre elles ») « moins approprié » que la solution de remplacement. Le terme « approprié » traduit bien le souci légitime de rechercher un moyen adapté au but poursuivi. Cet exemple nous montre que la révision pour imprévision ne se limite pas à une révision monétaire ou même à une adaptation quantitative des obligations des parties. C'est au nom du but contractuel que la Cour révisé les modalités de réalisation du but poursuivi. Il reste que cette solution n'est pas généralisée, notamment pas aux contrats économiques.

La clause rebus sic stantibus des contrats relationnels

La révision du contrat par le juge peut donc s'appuyer sur une interprétation de la volonté des parties, notamment de la clause relationnelle. Cette clause peut être implicite : il reviendra au juge de déterminer d'après les faits et l'économie générale du contrat, si l'accord que les parties ont conclu correspond à un contrat relationnel ou à un contrat de marché. La théorie traditionnelle de la révision pour imprévision fondée sur la clause *rebus sic stantibus* retrouve une certaine pertinence dans le cas des contrats relationnels. Cette clause a été, pendant toute la période où la théorie de l'imprévision a été largement acceptée (de la deuxième partie du Moyen Âge jusqu'au XVII^e siècle)¹¹⁵, le fondement de cette révision. L'idée alors admise était que les parties concluaient leur contrat sous la condition tacite que les circonstances ne changent pas de sorte que l'équilibre entre les valeurs des prestations reste constant. Cela revient à faire prévaloir une clause d'équilibre intertemporel du rapport contractuel sur les clauses organisant concrètement l'échange des biens ou de services entre les parties. Cette conception du contrat était assez logiquement liée à la morale scolastique et notamment à la notion de juste prix développée en particulier par Saint Thomas d'Aquin. Mais la possibilité de réviser le contrat sur le fondement de la clause *rebus sic stantibus* avait l'inconvénient de mettre en péril la

114. Civ. 1, 18 mai 1978, Bull. I, n° 194.

115. Cf. Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, p. 19.

stabilité de l'ordre contractuel comme l'avait déjà souligné Grotius¹¹⁶, puisque la sécurité contractuelle était menacée par la mauvaise foi du débiteur et par le risque d'appréciation arbitraire ou aléatoire du juge. De plus, la solution de la clause *rebus sic stantibus* est critiquée parce qu'elle repose sur l'idée que les parties ont voulu tenir compte de l'imprévision, que cette volonté est souvent reconstituée rétrospectivement, alors que les parties à un contrat ont généralement des intérêts antagoniques¹¹⁷. Ces critiques portent beaucoup moins quand on restreint le recours à cette clause aux seuls contrats relationnels. En effet, il n'est plus artificiel mais au contraire logique de considérer que les parties avaient un intérêt commun dans le contrat. Celui-ci consiste dans la structure économique que les parties animent ensemble. Cette réalisation objective est en outre une référence pour l'appréciation du juge: au-delà de l'équilibre contractuel, il lui est demandé de tenir compte de la valeur de la structure économique instituée par le contrat relationnel.

Finalement, l'admission de la théorie de l'imprévision pour les contrats relationnels et donc le rejet sélectif de la jurisprudence du *Canal de Craponne* reposerait simplement sur la reconnaissance du caractère supplétif de la clause *rebus sic stantibus* appliquée à la partie instrumentale dans les contrats relationnels¹¹⁸.

2.2.2 La mise en œuvre de la révision des contrats relationnels

Si les contrats relationnels ont besoin de pouvoir être révisés, et si cette révision pouvait trouver dans le droit positif des dispositions qui le permettent, encore faut-il savoir dans quelles conditions il convient d'appliquer la révision des contrats relationnels. Nous avons vu que par nature, les contrats relationnels sont tendus vers la révision pour imprévision, on pourrait donc s'attendre à ce qu'il faille organiser un recours fréquent voire systématique à la révision judiciaire. En dehors du fait qu'une telle pratique tendrait à nous faire entrer dans une régulation judiciaire systématique du contrat, contraire au principe de la liberté contractuelle, cette solution apparaît moins satisfaisante que la situation actuelle qu'elle pourrait remplacer. En réalité, il faut concevoir la mise en œuvre de la révision sur le modèle des contrats relationnels eux-mêmes. Les contrats relationnels sont d'abord une création des parties; ils cherchent à définir un cadre pour l'évolution d'une coopération, ils organisent (parfois) des procédures de perfectionnement du contrat initial. On doit donc d'abord

116. Cf. H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, II, 16, §§.22-27.

117. Cf. par exemple J.-P. Delmas-Saint-Hilaire, *op. cit.*, p. 201.

118. Il s'agit de prendre acte du fait, très largement reconnu par la pratique des contrats de longue durée, des contrats complexes et des contrats internationaux, que les parties dans ces cas (qui recouvrent souvent des contrats relationnels), cherchent bien à se ménager conventionnellement des possibilités d'adapter leur contrat à travers les différentes clauses d'adaptation (cf. R. Fabre, *op. cit.*)¹¹⁸. Le droit des contrats gagnerait sans doute en efficacité et en cohérence à proposer comme supplétive une règle dont l'opportunité est attestée par la pratique. « Plutôt que d'inviter les parties à insérer elles-mêmes dans leur contrat des clauses destinées à répudier les solutions actuelles de notre droit, ne serait-il pas préférable de renverser le principe et d'admettre la révision pour imprévision ? Qu'en est-il, en effet, du bien-fondé d'une règle supplétive que les particuliers sont encouragés à écarter dans tous les cas ? » (Fr. Terré & Y. Lequette, *op. cit.*, p. 130).

envisager la révision judiciaire dans ses rapports aux modes de révision extra-judiciaires : la révision par les parties elles-mêmes, éventuellement avec l'aide d'un tiers.

La renégociation du contrat par les parties

Étant donné la nature et la fonction des contrats relationnels qui reposent sur une forme de coopération, on peut s'attendre à ce que les parties adaptent spontanément le contenu de leur accord de manière à préserver une relation à laquelle elles ont montré leur attachement du fait même de la conclusion du contrat relationnel. Mais il y a des cas où les effets de l'imprévision donnent lieu à un différend entre les parties, soit parce que la partie sur laquelle repose la surcharge imprévue ne parvient pas à convaincre son cocontractant de la nécessité des sacrifices auxquels celle-ci devrait consentir, éventuellement de façon temporaire, pour sauver leur relation contractuelle, soit parce que la partie qui n'est pas victime de l'imprévision considère désormais que sa participation à la relation contractuelle est plus contraignante qu'intéressante, la défaillance de son partenaire apparaissant comme une aubaine. Dans ces circonstances, il est nécessaire que la partie victime du changement de circonstances puisse obtenir de l'autre partie qu'elle accepte de renégocier le contrat.

La révision des contrats relationnels doit se comprendre comme une procédure de révision plutôt que comme une intervention instantanée du juge. La première étape de cette procédure consiste dans l'obligation de renégociation qui s'impose aux parties à un contrat relationnel¹¹⁹. Comme le remarque L. Aynès, pour ces contrats, il s'agit bien de préserver « une valeur essentielle : la pérennité du contrat ». Et cet auteur va jusqu'à considérer « qu'en l'absence de clause expresse de renégociation, le devoir de renégocier, lorsqu'il existe, trouve son fondement dans le contrat »¹²⁰. Toutefois l'admission de la révision pour imprévision pour les contrats relationnels ne saurait se limiter au seul devoir de renégociation pour les parties. Ce qui peut donner une effectivité à la renégociation, c'est en réalité la perspective d'une révision judiciaire en cas d'échec imputable à la partie qui ne souhaite plus maintenir la relation¹²¹. À côté des solutions déjà admises consistant pour le juge à recourir à la

119. On peut noter que le domaine d'application de l'obligation de renégociation du contrat tel que l'a envisagé L. Aynès (*op. cit.*, p. 12) correspond aux contrats que l'on peut qualifier de relationnels (même si l'auteur n'emploie par le terme) : « Le devoir de renégociation ne s'attache véritablement qu'aux contrats de durée, et même de longue durée, à l'égard desquels la rupture est traumatisante : contrat de distribution, de représentation ; contrats de bail, de franchisage, de licence, de crédit-bail, de financement en général, de travail... : [des] contrats-statuts. » Les contrats de bail et de crédit-bail, comme les contrats de vente échelonnée ne relèvent peut-être pas toutefois des contrats relationnels.

120. L. Aynès, *ibid.*, p. 18. Cette analyse doctrinale nous semble aller dans le même sens que la reconnaissance du caractère supplétif de la *clause rebus sic stantibus* pour les contrats relationnels que nous évoquions précédemment ou le fondement strictement contractuel de la révision pour le doyen Hauriou.

121. Autrement dit, comme le remarque J. Ghestin (*op. cit.*, n° 289), admettre de la part des tribunaux que l'obligation de renégocier est une obligation de résultat, revient à admettre la révision pour imprévision en droit français.

responsabilité civile et à la théorie de l'abus de droit pour prévenir une attitude malveillante d'une partie formellement obligée de renégocier un contrat, la perspective d'un développement judiciaire du litige avec l'horizon d'une révision décidée finalement par le juge est la plus puissante incitation concevable pour que les parties trouvent par elles-mêmes, ou avec l'aide d'un tiers médiateur, une solution satisfaisante et conforme au but poursuivi par le contrat relationnel¹²².

Les conditions de la révision judiciaire

La révision du contrat par le juge doit être considérée comme l'ultime étape du processus de révision du contrat. C'est la solution à laquelle on ne doit aboutir qu'en désespoir de cause, c'est-à-dire une fois constaté l'échec de la renégociation par les parties, voire celui de la tentative de conciliation sous les auspices d'un médiateur ou d'un arbitre (prévu par les parties par une clause compromissoire ou désigné par le juge comme un arrêt, apparemment resté isolé, l'avait imaginé)²³ ou d'un juge agissant en tant qu'amiable compositeur (art. 12 al.4 du Nouveau code de procédure civile)¹²⁴. Au stade final, il est sans doute utile de laisser une assez grande liberté au juge quant aux solutions qu'il peut retenir : de la révision immédiate de la partie instrumentale du contrat relationnel à la résiliation du contrat, accompagnée éventuellement de dommages-intérêts destinés à compenser le dommage qui a pu être causé par le comportement de la partie abusivement récalcitrante. Même si les solutions permettant le maintien de la relation contractuelle et donc l'exécution du contrat relationnel doivent en principe être préférées, il faut tenir compte des cas où le désaccord né entre les parties ne permet plus d'envisager la continuation de la relation. À cet égard, on retrouve l'idée exprimée par l'article 1142 selon laquelle on ne peut pas efficacement obliger quelqu'un à faire quelque chose qu'il ne veut plus faire. Cela vaut *a fortiori* pour une obligation de faire-ensemble qui suppose non seulement la volonté de faire, mais encore celle de faire avec une personne particulière.

122. C'est ce qu'affirme D. Tallon (*op. cit.*, p. 411), en tirant des enseignements du droit comparé et des solutions retenues par les Codes doctrinaux : « La révision du contrat [...] remplit une fonction préventive. La perspective d'une révision judiciaire incite les parties à renégocier leur contrat. »

123. Cf. arrêt *EDF c. Shell Française*, Paris, 20 septembre 1976. Dans cet arrêt avant-gardiste mais peu suivi, la Cour d'appel de Paris avait imposé une nouvelle renégociation, désigné un expert pour tenter de débloquer la situation et même menacé le contractant récalcitrant de décider, en cas d'échec de la nouvelle discussion, de fixer elle-même le mode de détermination du prix en cause.

124. Pour certains auteurs, l'amiable compositeur est déjà investi d'un pouvoir de révision du contrat. Cf. A. Kassis, *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, L.G.D.J., 1987, p. 322, n° 434.

CONCLUSION

La théorie de l'imprévision appelle un nouveau « regard » comme le rappelle Ph. Stoffel-Munck¹²⁵. Mais ce regard ne doit pas chercher à embrasser uniformément tous les contrats. À côté des contrats de marché, nous devons remarquer que les contrats relationnels jouent un rôle essentiel dans l'organisation de l'activité économique. Or ces contrats relationnels, pour se développer et remplir pleinement leur fonction, doivent pouvoir être adaptés aux évolutions imprévisibles affectant le contrat et remettant en cause son existence. La perpétuation vivante de la relation contractuelle est précisément l'objet de l'acte de prévision auquel les parties ont voulu donner force. La pratique qui a élaboré un ensemble de solutions conventionnelles pour permettre l'adaptation des contrats durables notamment, témoigne de la prise en considération empirique des contrats relationnels.

Puisque le besoin d'adaptation d'un certain type de contrats est éprouvé et avéré par la pratique, peut-être est-il temps aujourd'hui de reconnaître d'une façon générale l'existence des contrats relationnels dans leur spécificité, ce qui suppose selon nous d'accepter le principe de leur révision.

Il nous semble que refuser de reconnaître la spécificité des contrats relationnels en leur appliquant le régime général des contrats – qui est en fait essentiellement le régime des contrats de marché – reviendrait à confondre la liberté économique et l'économie de marché entendue de la manière la plus restrictive, et à confondre la spéculation avec la prévision. Par ailleurs, promouvoir la révision pour imprévision au nom de la justice contractuelle ou de la justice sociale, et admettre que la révision est applicable *a priori* à tous les contrats, ferait courir le risque de méconnaître l'utilité et la légitimité des opérations spéculatives et des relations économiques vouées à s'organiser selon les mécanismes classiques de marché. L'admission de la théorie de l'imprévision pour les contrats relationnels constituerait sans doute une évolution souhaitable et prudente.

125. Cf. Stoffel-Munck, *op. cit.*