

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

Reiner Schulze*

I. Introduction

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. La comparaison en vue des matières différentes

1. La cause

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

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

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

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

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

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

2. Les obligations précontractuelles d'information

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

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

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

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

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

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

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

3. Le déséquilibre des conditions du contrat

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

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

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

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

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

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

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

4. La tarification unilatérale

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

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

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

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

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

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

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

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

6. Les changements profonds de circonstances

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Conclusion

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

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

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

Bibliographie

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

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

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

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

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