Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 61 (1942)

Artikel: La revision des contrats par le juge

Autor: Deschenaux, Henri

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896280

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 21.06.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

La revision des contrats par le juge

Rapport présenté à la Société suisse des juristes

par

Henri Deschenaux, docteur en droit,
secrétaire au Tribunal fédéral.

TABLE DES MATIÈRES.

Seite

§ 1 Introduction 511a
I. Limites du sujet 511a
II. Le problème 516a

Chapitre I: Le fondement de l'atteinte au contrat . . . 518a
§ 2 Le respect des contrats et la justice contractuelle 518a
§ 3 Les dérogations formelles à la fidélité contractuelle 520a
I. Dérogations de caractère général à la fidélité contractuelle 520a
II. Dérogations particulières à la fidélité contractuelle 524a
A. Droits de résiliation ou de résolution . . 524a
B. Droits de revision 525a
III. Résultats acquis 527a

§ 4 La cause générale d'atteinte au contrat pour imprévision 529a
I. Les théories volontaristes 529a
II. Les théories objectivistes 536a
III. La théorie de la bonne foi 544a
1. La notion de bonne foi 545a
2. La bonne foi et l'imprévision 548a

Chapitre II: Les conditions de l'atteinte au contrat . . . 552a
§ 5 La causalité de l'événement extérieur 553a
I. Caractère supra-individuel de l'événement. . 553a
II. Imprévisibilité de l'événement 555a
III. Le rapport de causalité et l'absence de faute du lésé 558a

§ 6 La rupture de l'équilibre contractuel 562a
I. Les prestations réciproques 563a
II. L'appréciation du déséquilibre 566a
§ 7 Le dépassement du risque 569a
I. La mesure du risque assumé 570a
1. Notion et objet du risque 570a
2. La mesure du risque assumé 573a
A. Les conventions sur le risque 573a
B. La mesure du risque en l'absence de convention 578a
II. Le dépassement du risque: sa signification . 588a
1. Disproportion excessive 589a
2. Ruine du débiteur 589a
3. Exploitation de la gêne du débiteur . . 591a
4. Enrichissement du cocontractant 592a
Chapitre III: La nature de l'atteinte au contrat 594a
§ 8 Principes de l'atteinte au contrat 595a
I. Le caractère de l'intervention du juge . . . 595a
II. La proportionnalité de l'intervention 597a
III. Nullité ou modification du rapport juridique 599a
§ 9 L'annulation du contrat 603a
I. Le droit d'annulation 603a
II. Principe d'une compensation à l'autre partie 605a
§ 10 La revision du contrat 610a
I. Conditions de la revision 610a
II. Les modes de revision 617a
1. L'augmentation de la prestation 617a
2. La réduction de la prestation 618a
III. La mesure de la revision 622a
1. Les règles d'ajustement 623a
2. L'application 626a
IV. La portée de la revision 632a
§ 11 Conclusion 634a

§ 1. Introduction.

I. Limites du sujet.

Notre étude[1]) porte sur la revision des *contrats*. Le cas des actes unilatéraux (p. ex. dispositions de dernière vo-

---

[1]) *Bibliographie.* Nous n'indiquerons ici que les *principaux* articles et monographies auxquels nous nous référerons, en les citant généralement par seule indication de l'auteur:

Barth, De l'influence du change sur les rapports de droit privé, ZSR t. 43 n. s. p. 109 ss. *Bürgi*, Ursprung und Bedeutung der Begriffe „Treu und Glauben" und „Billigkeit" im schweiz. Recht, Berne 1939. *Fick*, Die „Clausula" und die „Aufwertung" nach schweiz. Recht, ZSR t. 44, p. 153 ss. *H. Guisan*, La dévaluation du franc suisse et ses effets de droit civil, ZSR t. 56, p. 314a ss. *Hedemann*, Richterliche Umgestaltung laufender Verträge, SJZ 17, p. 305 ss. *Henggeler*, Die Abwertung des Schweizerfrankens und ihr Einfluss auf die zivilrechtlichen Verhältnisse, ZSR t. 56, p. 236a ss. *Hungerbühler*, Die Erhöhung der Strompreise bei langfristigen Verträgen durch die Elektrizitätswerke, Zbl. StGem.-Verw. 22, p. 1. *Lalou*, La revision des contrats par le juge en droit français, Travaux de la Semaine internationale de droit, Paris 1937. *Kegel-Rupp-Zweigert*, Die Einwirkung des Krieges auf Verträge in der Rechtsprechung Deutschlands, Frankreichs, England und USA., Berlin 1941. *H. Müller*, Die Einwirkung der Währung auf die privatrechtlichen Verhältnisse, ZSR t. 43, p. 109a ss. *Oftinger*, Die krisenbedingte Veränderung der Grundlagen bestehender Verträge, SJZ 1939/40, p. 229 ss., 245 ss. *Picot*, Le cours du change et le droit, ZSR t. 40, p. 293 ss. *H. Reichel*, Vertragsrücktritt wegen veränderter Umstände, Berlin 1933. *G. Ripert*, La règle morale dans les obligations civiles, Paris 1927, p. 135 ss., 147 ss. *Siegwart*, Einfluss veränderter Verhältnisse auf laufende Verträge nach der Praxis der schweiz. Gerichte seit dem Kriege, Hommage de la faculté de droit de Fribourg à la Société suisse des juristes, 1924, p. 77 ss. *Simonius*, La revision des contrats pour cause d'imprévision en droit suisse, Travaux de la Semaine internationale de droit, 1937, p. 173 ss. *Stammler*, Änderung laufender Verträge, ZBJV 58, p. 1 ss. *Thilo*, Clausula rebus sic stantibus, J. d. T. 1937,

lonté) n'y trouvera donc pas place[2]). Nous n'envisagerons pas non plus le cas des actes juridiques constitutifs de sociétés ou de personnes morales, encore que les premiers en tout cas soient des contrats; les groupements créés portent en quelque sorte en eux-mêmes, dans la loi de société, le principe d'une adaptation aux circonstances nouvelles; celles-ci peuvent en outre être prises en considération comme justes motifs d'une dissolution (cf. art. 545 al. 2, 574 al. 1 et 619 al. 1, 736 ch. 4, 770 al. 2/777 al. 1, 820 ch. 4, 843 al. 2 CO). La revision des obligations constatées par jugement sort également de notre sujet: dommages-intérêts pour lésions corporelles (art. 46 al. 2 CO), rente alloué à l'époux innocent (art. 151 ss. CC)[3]), pensions

---

p. 66 ss. *Volkmar*, La revision des contrats par le juge en Allemagne, Travaux de la Semaine internationale de droit, Paris 1937. *H. Weber*, Das richterliche Änderungsrecht bei Dauerverträgen, Zürich 1924. *Welti*, La guerre et la responsabilité contractuelle, Genève 1918. *Wieland*, Zur Lehre von der Unmöglichkeit von Lieferungsverträgen, ZSR 36, p. 456 ss.

Cf. en outre les manuels et commentaires, notamment pour la *Suisse: Oser-Schönenberger*, art. 119 notes 5 ss., et aux art. 269, 352, 373; *von Tuhr*, Code des obligations II p. 565 s.; pour l'*Allemagne: Ennecerus-Lehmann*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II, Marburg 1932, §§ 11 bis, 41; pour la *France: Planiol-Ripert-Esmein*, Traité pratique de droit civil français, VI n° 391 ss.; pour le *droit comparé*, *Schmitz*, dans *Schlegelberger*, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch II, Berlin 1927, l'article „Clausula rebus sic stantibus", p. 634 ss.; Rapports des représentants de divers pays à la Semaine internationale de droit de Paris 1937.

[2]) Un problème analogue se pose à leur égard. Cf. l'arrêt *Henneberg* RO 49 II 12: legs d'une certaine somme en une monnaie étrangère qui vient à être dépréciée; interprétant la volonté du disposant et malgré le but auquel était destiné le legs, le Tribunal fédéral (TF) a dénié au légataire le droit de réclamer une somme supérieure. — Les rapports juridiques dérivant de l'acte de *fondation* sont sujets à „revision" dans le cadre des art. 85 et 86 CC. Institution destinée à durer, la fondation est appelée à se modifier.

[3]) La rente allouée en vertu de l'art. 151 CC (perte d'avantages pécuniaires) est légalement invariable, mais peut et parfois doit être constituée sous réserve de revision (arrêt *Loesch* RO 60

alimentaires dues aux enfants d'époux divorcés (art. 156/7 CC) et aux enfants illégitimes (art. 319 ss. CC)[4]). Il suffit de rappeler encore que le Code civil connaît sous diverses formes la modification, voire la suppression des droits réels une fois constitués, notamment en matière de servitudes (art. 736, 742) et dans le cas d'expropriation privée (conduite, passage, fontaine nécessaire, art. 691, 694, 710 CC). En ce qui concerne enfin les contrats, nous considérerons avant tout ceux du droit des obligations, laissant de côté les conventions du droit de famille[5]) et du droit des successions[6]). Pour le surplus, notre étude se placera essentiellement sur le terrain du droit privé; nos considérations pourront cependant s'appliquer, mutatis mutandis, aux contrats dits de droit public où les parties — Confédération, cantons, communes, corps administratifs, éventuellement particuliers — apparaissent sur un pied d'égalité[7]).

II 394). La pension allouée à titre de secours (art. 152 CC) peut être supprimée ou réduite en raison d'une modification de la situation personnelle des parties, mais non point augmentée; le TF a dès lors refusé à l'époux créancier une augmentation de la rente en raison du fait que le pouvoir d'achat de l'argent a diminué, fût-il démontré que le débiteur se trouvât, du même fait, dans une situation plus favorable (arrêt *Gaudenzi* 51 II 15); il a cependant réservé le cas où la baisse du pouvoir d'achat serait la conséquence d'une dévaluation monétaire (p. 20); il a ainsi envisagé l'hypothèse d'une revalorisation malgré l'art. 153 (et malgré l'art. 151). Il a pourtant écarté dans le même arrêt l'application de la „clausula", limitée au droit des obligations (p. 21). Pour la valorisation de toute créance, même non contractuelle: *H. Guisan*, p. 322a/333a.

[4]) Ces dispositions permettent aussi d'élever la pension: RO 51 II 18.

[5]) On conçoit la revision d'un contrat de mariage en raison de circonstances nouvelles — indépendamment des cas où la séparation judiciaire peut être demandée (art. 183/4 CC).

[6]) Observation analogue pour les pactes successoraux; cf. art. 514 CC.

[7]) Notamment les contrats mixtes: cf. l'arrêt *Confédération c. Thurgovie* RO 67 I 277. Mais les contrats de ce genre sont dominés par des considérations étrangères au droit commun; ils deviennent caducs ou sont sujets à revision si les circonstances

La question de la *revision* des contrats est inséparable de celle de leur annulation par mode de résolution ou de résiliation. Il s'agit de savoir si des circonstances nouvelles justifient une atteinte au contrat, puis de quelle nature peut être cette atteinte. La loi contient une série de dispositions qui prévoient l'annulation ou l'adaptation des contrats. Parmi ces dispositions, nous n'avons pas à considérer — du moins directement — celles qui prévoient une modification à raison de causes qui existaient déjà au moment de la conclusion du contrat (réduction de la peine conventionnelle, art 163 al. 3; réduction du salaire du courtier, art. 417 CO). Nous devrons en revanche naturellement nous arrêter aux cas d'annulation et d'altération du contrat du fait de la survenance de circonstances nouvelles: exceptio non adimpleti contractus (art. 82 CO), insolvabilité du cocontractant (art. 83), droit de résolution en cas de demeure (art. 107), réduction de dommages intérêts (art. 99/44 CO); résiliation pour justes motifs dans divers contrats (art. 250, 269, 291, 352, etc.), voire adaptation aux événements imprévus (art. 373 al. 2, 287, etc.). La législation de crise ou de guerre porte souvent une main hardie sur les contrats[8]). Mais c'est toujours d'un point de vue

---

changent au point que leur exécution irait à l'encontre de dispositions légales impératives ou ne pourrait plus être couverte par le pouvoir d'appréciation que la loi confère aux autorités (arrêt précité, p. 301). — Comme actes administratifs (conditionnellement) unilatéraux, les concessions sortent de notre sujet. Elles comportent toutefois certainement un élément contractuel qui appellerait l'application, par analogie, des règles du droit commun; l'idée de service public doit cependant prévaloir, ce qui est d'ailleurs loin d'exclure la mise en œuvre de la „clausula": c'est à propos des concessions que la jurisprudence du Conseil d'Etat français a dégagé la théorie de l'imprévision. Cf. Planiol, Ripert, *Esmein*, Droit des obligations, no. 392. — Nous nous garderons enfin d'envisager le problème en droit international public, où la „clausula" a pourtant son berceau . . . mais aussi sa tombe.

[8]) Cf. p. ex., pour l'ancienne guerre, l'arrêté du Conseil fédéral concernant l'approvisionnement du pays en énergie électrique du 7 août 1918, qui autorisait le Département de l'économie publique

très spécial, et parfois pour empêcher précisement qu'il ne soit tenu compte de circonstances nouvelles[9]). D'autres fois, c'est la législation exceptionnelle qui crée elle-même la situation imprévue et qui en règle les conséquences: on a alors, dans un domaine limité, une solution légale du problème[10]). Nous ferons abstraction des modifications apportées aux dettes en capital ou intérêts par les procédures concordataires instituées en faveur de certaines catégories de débiteurs[11]).

Revision par le *juge*. Ce n'est d'abord pas que nous ayons à nous désintéresser des modifications que les parties sont en mesure d'apporter elles-mêmes à leurs conventions; le problème est même de savoir si le juge, en portant atteinte au contrat, fait autre chose que ce que les parties devraient faire de leur chef. Ce n'est pas ensuite que le prononcé judiciaire ait nécessairement une vertu constitutive et fasse autre chose que constater, même en cas de revision, la mesure actuelle des obligations des parties. Ce point n'est pas préjugé par le titre choisi.

à mettre les conditions de livraison de l'énergie électrique en rapport avec les prix de revient (art. 2 litt. d) et de suspendre les prescriptions réglementaires, les stipulations des concessions et les contrats en contradiction avec les mesures prises dans les limites de l'arrêté (art. 5). Voir à ce sujet l'article de *Hungerbühler* et *Siegwart*, p. 80/1.

[9]) Cf. pour la période actuelle, l'arrêté du Conseil fédéral du 1er septembre 1939, concernant le coût de la vie et les mesures destinées à protéger le marché, et les ordonnances du Département fédéral de l'économie publique sur le même objet. Comme sanction aux dispositions sur les prix, l'art. 3 de l'arrêté prévoit la modification ou l'abrogation des accords ou contrats privés. Selon l'ordonnance I du DEP du 2 septembre 1939, le service fédéral du contrôle des prix est autorisé à réduire les prix des marchandises et les taux de tarifs et de loyers injustifiés.

[10]) Cf. l'arrêté du CF du 14 novembre 1939 sur le séquestre et l'expropriation, art. 7 et 17. A ce sujet, *Karrer*, Schuldrechtersetzendes Verwaltungsrecht, SJZ 1940/1, p. 37 ss.

[11]) Cf. à ce sujet *Oftinger*, Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht, ZSR, p. 481a ss., notamment § 8.

II. Le problème.

Deux parties, placées dans une situation donnée, ont réglé d'un commun accord leurs intérêts réciproques. Les liens qu'elles ont créés sont destinés à durer ou du moins ne sont pas appelés à se dénouer par exécution immédiate. Or, voici que les conditions changent et rompent cet équilibre d'intérêts que les parties avaient institué. On songe généralement aux bouleversements entraînés par la guerre ou la crise; mais en période normale, des circonstances extraordinaires peuvent aussi détruire l'économie d'un contrat; elles sont simplement plus rares, mais leur rareté ne dispense pas d'envisager le problème de l'imprévision comme relevant du droit commun et non d'un droit de crise[12]). Le vendeur p. ex. rencontre d'énormes difficultés à livrer la marchandise promise, à cause d'interdictions d'exportation ou d'importation, de pénurie de moyens de transports, etc.; son prix de revient peut se trouver directement augmenté par le renchérissement général des facteurs de la production ou, s'il s'agit d'un importateur, par la dévaluation de la monnaie intérieure survenant avant qu'il ait réglé en monnaie étrangère son fournisseur étranger. Telle mesure de l'autorité peut, d'autre part, supprimer pour l'acheteur tout intérêt à la chose commandée; il ne peut p. ex. plus l'exporter comme il le comptait. Par l'effet des événements, le locataire n'est plus à même d'atteindre le but qu'il s'était proposé en concluant le bail; il ne peut plus exploiter son commerce ou son industrie, ou ses affaires sont tellement en recul que le loyer stipulé n'est plus en rapport avec elles. Ou bien, c'est le bailleur qui, dans un bail de longue durée, finit par ne plus toucher qu'un loyer dérisoire par rapport aux prix du jour. C'est un entrepreneur qui rencontre des difficultés imprévues dans l'exécution de l'ouvrage, fût-ce sous forme de renchérissement des matières premières, en sorte que la valeur de sa prestation n'est plus en rapport avec le forfait convenu.

---

[12]) *Reichel*, p. 29/30.

Lorsque les faits et circonstances qui entouraient le conclusion du contrat se modifient au point de donner une tout autre signification aux obligations assumées de part et d'autre — comme la découverte d'un nouveau contexte change le sens qu'on avait d'abord attribué à une proposition —, ce contrat continue-t-il de lier la partie lésée, ou bien celle-ci peut-elle se dégager avec ou sans indemnité, ou encore, le cas échéant, réclamer un ajustement qui corresponde à la situation nouvelle? C'est la question rangée en doctrine sous le nom de *clausula rebus sic stantibus*. Nous ne ferons pas l'histoire de la théorie[13]), ni ne brosserons un tableau des consécrations législatives et jurisprudentielles qu'elle a pu recevoir dans les divers pays[14]); nous nous bornerons à puiser parfois dans cette histoire et à nous référer, dans le corps de cette étude, aux solutions étrangères. C'est dans le droit suisse que nous poursuivrons les manifestations de l'idée exprimée par la clausula et c'est au regard de ce droit que nous tenterons d'esquisser une théorie générale de l'imprévision. Notre point de départ sera la jurisprudence plutôt que la doctrine.

Qu'est-ce qui justifie l'atteinte au contrat régulièrement conclu? Dans quelle mesure le droit suisse autorise-t-il positivement une telle atteinte? Peut-on inférer de dérogations particulières à la fidélité contractuelle une règle plus générale? Sur quoi celle-ci pourrait-elle encore s'appuyer? — La réponse à ces questions sera l'objet d'un premier chapitre: *Le fondement de l'atteinte au contrat.*

Cette justification une fois acquise, nous examinerons, dans un deuxième chapitre, les *conditions de l'atteinte au contrat* et, dans un troisième chapitre, la *nature de cette atteinte.*

---

[13]) Cf. *Osti*, La cosidetta clausola „rebus sic stantibus" nel suo sviluppo storico, Rivista di diritto civile IV (1912). Indications dans *Stammler*, p. 3 ss.; *Ripert*, La règle morale, p. 148/9 et note bibliographique; *Lalou*, Semaine internationale, p. 46 ss.

[14]) Cf. ouvrages cités note 1 al. 3.

Chapitre premier.

Le fondement de l'atteinte au contrat.

§ 2. Le respect des contrats et la justice contractuelle.

Si les individus ont le pouvoir de faire produire à leurs actes juridiques, notamment à leurs conventions, l'effet désiré, cela suppose que les droits créés seront respectés et les obligations assumées, tenues. La règle „Pacta sunt sevanda" a permis d'asseoir la doctrine de l'autonomie de la volonté. La force obligatoire de la parole donnée nous apparaît comme un postulat moral; les Romains ne la connaissaient pas comme nous, en ce qu'ils n'avaient jamais complètement réussi à dégager la volonté pure des formes matérielles par lesquelles elle se donnait. C'est la religion chrétienne qui est venue imposer aux hommes la foi de la parole scrupuleusement gardée[15]). Plus tard, l'école du droit naturel et l'individualisme libéral ont consacré l'idée d'une volonté souveraine, créatrice de ces „lois" privées que sont les contrats[16]). Ils ont alors dégagé le „pacta sunt servanda" de l'ambiance morale dans laquelle il baignait pour l'ériger en valeur autonome. L'engagement, parce qu'il est volontaire, est nécessairement juste. „Toute justice est contractuelle; qui dit contractuel dit juste."[17])

La réalité sociale ne pouvait s'accomoder de cet absolu théorique. C'est l'inestimable mérite d'un *Ripert* d'avoir montré, à propos d'un droit plus particulièrement volontariste comme le droit français, l'intervention constante

---

[15]) *Ripert*, La règle morale, p. 39.

[16]) Art. 1134 C. c. fr.: „Les conventions légalement formeés tiennent lieu de *loi* à ceux qui les ont faites."

[17]) *Fouillée*, d'après Ripert, La règle, p. 40. Et *Kant:* „Quand quelqu'un décide quelque chose à l'égard d'un autre, il est toujours possible qu'il lui fasse quelque injustice, mais toute injustice est impossible quand il décide pour lui-même." (Doctrine du droit, trad. Barni, p. 169.)

de la „règle morale" dans les obligations civiles[18]): le droit annule les conventions immorales, assure la loyauté du contrat[19]), garantit une certaine égalité des contractants[20]), réprime la lésion, cherche à sauvegarder la justice dans l'exercice des droits en empêchant l'abus de droit, en refusant parfois l'action et surtout en permettant l'intervention du juge dans l'exécution du contrat.

Cette intervention pose précisément un problème né du conflit de deux principes: le respect de la parole donnée et la justice contractuelle. Du point de vue de l'autonomie de la volonté, une altération du contrat ne se conçoit pas; celui-ci ne peut normalement prendre fin que par un contrarius actus ou par l'exécution; en cas d'inexécution, la partie défaillante doit réparer intégralement le dommage, à moins qu'elle ne prouve qu'aucune faute lui est imputable. Du point de vue d'une stricte justice, le contrat devrait au contraire continuellement s'adapter aux circonstances nouvelles, de sorte que le rapport des prestations réciproques demeurât constant (échelle mobile). Mais indépendamment de l'acceptation par les parties d'un risque de changement, une autre considération entre en jeu ici: c'est la sécurité des transactions. La fidélité contractuelle, conséquence de la responsabilité personnelle, est aussi une nécessité de la vie juridique. Celle-ci est fondée sur la confiance dans les engagements pris. Les parties doivent pouvoir compter que leurs conventions seront exécutées dans la teneur qu'elles leur ont donnée. Sur le contrat conclu aujourd'hui, d'autres demain s'étageront. La sûreté du commerce social vient donc appuyer la morale pour exiger le respect du contrat. Il reste cependant que pour cette

---

[18]) Op. cit. Cf. aussi du même auteur, Le régime démocratique et le droit civil, Paris, 1936.

[19]) Ripert montre le caractère moral de la théorie des vices du consentement, théorie qui tenait une si petite place dans le droit romain: p. 79 s.

[20]) Equité dans le fonctionnement des incapacités, p. 95 ss., dans la jurisprudence relative aux contrats d'adhésion, p. 100 ss.

même morale, le contrat repose sur la justice et non la justice sur le contrat[21]). Dès lors le droit, qui procède de la morale, fera sa place à la liberté responsable et aux exigences de l'ordre; mais il est un point où l'iniquité initiale ou subséquente sera telle qu'elle lui apparaîtra elle-même comme un désordre.

Tout le problème revient à placer ce point entre les exigences contraires du respect du contrat et de la justice contractuelle. Contraires, mais non point contradictoires, car sans doute se ramènent-elles toutes deux à l'idée d'une justice humaine. Antinomiques, elles sont en effet complémentaires. Il serait impossible de ne faire droit qu'à une seule d'entre elles. Toute législation tend à établir un certain équilibre des deux principes.

Nous nous proposons de voir comment le droit suisse, en cas d'iniquité survenante, concilie ou permet de concilier les deux postulats. Nous considérerons d'abord les dérogations à la fidélité contractuelle que le droit positif prévoit expressément. Nous rechercherons ensuite si l'on peut déduire de ces dérogations, ou de quelque autre principe de la loi une cause générale d'extinction ou de revision des obligations contractuelles.

§ 3. Les dérogations formelles à la fidélité contractuelle.

Les unes appartiennent aux dispositions générales du droit des obligations; les autres sont propres à différents contrats.

I. Dérogations de caractère général à la fidélité contractuelle.

a) L'une d'elles résulte déjà de la règle de *l'art. 82 CO* selon laquelle, dans les contrats synallagmatiques, celui qui poursuit l'exécution doit avoir exécuté ou offert d'exécuter

[21]) En cas de lésion, dit *Pothier* (Œuvres, t. II, Traité des obligations, n° 34), „le for intérieur oblige à suppléer le juste prix; néanmoins, dans le for extérieur, les majeurs ne sont point écoutés à se plaindre de leurs conventions pour cause de lésion à moins que la lésion ne soit énorme".

sa propre obligation. L'autre partie n'est donc obligée que si la première s'exécute. La règle est un effet de la dépendance des prestations réciproques, en ce sens que l'une des prestations apparaît comme la contre-partie de l'autre[22]). Il y a là une expression de la justice contractuelle, mais d'une justice purement formelle, qui ne s'inquiète pas du contenu de la prestation offerte. Le débiteur ne pourrait p. ex. exciper dans le cadre de cette disposition, de la dépréciation de la contre-prestation.

b) Dans le cas de *l'art. 83 CO*, il y a davantage. La partie qui est tenue de s'acquitter la première et qui doit donc le faire sans pouvoir exiger la contre-prestation, peut cependant se refuser à exécuter si ses droits sont mis en péril parce que l'autre partie est devenue insolvable; elle peut se départir du contrat si l'obligation contractée à son profit n'est pas garantie. La règle n'est pas un effet du lien formel des deux obligations, car celui-ci n'est nullement touché par un changement dans la situation de fortune de l'une des parties; „elle tient compte", dit le Tribunal fédéral, „de la connexité des prestations et de leur dépendance économique" [23]). En d'autres termes, les prestations promises sont dans un rapport d'équivalence qui se trouve compromis par l'insolvabilité d'une partie[24]). Cette menace autorise une atteinte au contrat. On rencontre là l'idée que l'engagement peut dépendre du maintien des circonstances dans lesquelles et en considération desquelles il a été pris, la circonstance visée étant en l'occurence le crédit d'une personne[25]).

---

[22]) *Oser-Schönenberger*, art. 82, note 2.

[23]) RO 64 II 267.

[24]) *Weber*, p. 24.

[25]) *Oser-Schönenberger*, art. 83, note 3. On pourrait songer à ranger ici l'extinction de l'obligation par l'effet de l'impossibilité survenante (art. 119). En ce sens, *Weber*, p. 27. Mais, s'il s'agit de l'impossibilité au sens propre (impossibilité logique ou absolue), la libération du débiteur est la conséquence d'une loi naturelle, non pas de l'idée de justice: Impossibilium nulla est obligatio. Sur l'impossibilité juridique ou économique, ci-dessous § 3 II 1.

c) On peut rattacher à la même idée le droit pour le créancier de refuser l'exécution ultérieure du contrat lorsque le débiteur est en demeure (art. 107 CO). Cette faculté serait, d'après *v. Tuhr*, conforme à notre sentiment de l'équité; elle ne résulterait donc pas nécessairement de la nature du contrat[26]). De fait, le droit romain et le droit commun, pour qui les obligations étaient en principe indépendantes l'une de l'autre, permettaient seulement de réclamer l'exécution et la réparation du dommage causé par la demeure[27]). En France, le droit de résolution a fini par être reconnu dans l'ancien droit sous l'influence notamment des canonistes[28]). Il a été sanctionné par l'art. 1184 C. c. fr., comme effet d'une condition résolutoire sous-entendue. Les auteurs ont prétendu d'abord le fonder sur la force contractuelle. Aujourd'hui la doctrine dominante y voit non une application de la loi des parties, mais un échec au contrat[29]). C'est bien de cela qu'il s'agit à l'art. 107: le créancier se voit attribuer le droit de modifier un rapport d'obligation qui, en soi, n'est pas mis en question par la demeure du débiteur; il peut demander, au lieu de l'exécution, des dommages-intérêts, et il peut résoudre le contrat lui-même. Il y a là plus que l'idée d'une dépendance formelle des prestations; à part le besoin de favoriser les transactions, on discerne une préoccupation semblable à celle qui inspire l'art. 83 CO, celle d'écarter une menace pour le cocontractant d'une partie en difficultés, d'empêcher que le créancier doive pour sa part opérer la prestation en mains d'un débiteur en demeure, qui est peut-être insolvable[30]).

La règle de l'alinéa 2, touchant la perte du droit à la contre-prestation et la restitution de la prestation opérée, procède de la même idée que la règle de l'art. 82.

[26]) Code des obligations, II, p. 544.

[27]) *Windscheid*, Pandekten, § 280, note 1.

[28]) „Non servanti fidem, non est fides servanda." Cf. *Ripert*, La règle, p. 137.

[29]) *Ripert*, p. 137/8.

[30]) *Oser-Schönenberger*, art. 107, note 1 in fine. On peut encore penser au droit de résolution du débiteur en cas de demeure du créancier (art. 95 CO).

d) Il faut considérer, dans le même ordre d'idées, la réduction selon l'art. 99 al. 3 CO des dommages-intérêts dus pour inexécution imputable à faute au débiteur (art. 97), soit que l'exécution soit devenue impossible, soit que le créancier, dans le contrat bilatéral, ait créé l'état d'inexécution (art. 107 al. 2). Le droit à une indemnité procède de la créance elle-même; elle en est une phase de développement[31]): en cas de renonciation à l'exécution, le contrat lui-même demeure en force (sauf résiliation conformément à l'art. 107 al. 2 in fine). Or, tandis que la prestation stipulée était une grandeur fixe (livraison d'une automobile déterminée), les dommages-intérêts dus à sa place sont sujets à réduction aux conditions prévues par les art. 43/44 CO. Strictement, le créancier doit être indemnisé de tout l'intérêt à l'exécution; le droit permet cependant de „dévaluer" en quelque sorte le succédané de l'exécution, c'est-à-dire en définitive la créance elle-même. Ce sera peut-être en raison d'une faute commise par le créancier, mais ce pourra être aussi en raison de circonstances nouvelles qui restreignent la responsabilité du débiteur: circonstances malheureuses et fortuites qui ont accompagné la faute légère du débiteur ou circonstances extraordinaires qui auraient rendu l'exécution plus onéreuse[32]). Le juge a ainsi le pouvoir, au plan des dommages-intérêts, de tenir compte de l'évolution de la situation[33]).

Mais, de par la loi, cette adaptation du contrat ne peut avoir lieu qu'après coup, quand la conversion en dommages-intérêts s'est opérée. Cela suppose que le créan-

---

[31]) *v. Tuhr*, II § 68, p. 502, note 72.

[32]) *v. Tuhr*, II 68, p. 499, note 49.

[33]) RO 43 II 170 ss., 225 ss., 352 ss.; 44 II 510 ss., 47 II 391. Nous verrons là une forme de la revision des contrats. Ci-dessous, chap. III. — Les dommages-intérêts négatifs dus en cas de résiliation selon l'art. 107, al. 2 in fine ne peuvent pas aussi bien être considérés comme une phase de développement de la créance; nul doute cependant qu'ils ne soient de nature contractuelle. Cf. p. ex. RO 61 II 255: prescription de dix ans pour les prétentions de l'art. 109.

cier ne puisse plus obtenir l'exécution (art. 97) ou qu'il y renonce (art. 107, al. 2). Tant que l'exécution est en soi possible, fût-elle exorbitante, le créancier peut persister, au regard des dispositions envisagées, à réclamer l'exécution effective; rien ne peut le contraindre à y renoncer et à faire valoir des dommages-intérêts sujets aux chefs de réduction des art. 43/44. A moins que le débiteur ne puisse, en vertu d'une disposition spéciale, résilier le contrat et renvoyer le créancier à lui réclamer une indemnité. Tel est l'effet des droits de résiliation pour justes motifs que nous considérerons ci-dessous.

II. Dérogations particulières à la fidélité contractuelle.

Il en est qui permettent, en raison de circonstances nouvelles[34]), la solution du rapport d'obligation (sous réserve ou non de dommages-intérêts), d'autres qui autorisent en outre la modification des prestations stipulées.

A. Droits de résiliation ou de résolution.

Le prêteur, dans le prêt à usage, peut réclamer la chose avant le terme s'il lui en survient un besoin urgent et imprévu (art. 309 al. 2 CO). Le dépositaire peut rendre le dépôt avant le terme fixé si des circonstances imprévues le mettent hors d'état de le garder plus longtemps sans danger pour la chose ou sans préjudice pour lui-même (art. 476 al. 1).

Plus typiques sont les droits de résiliation pour justes motifs ou circonstances graves dans les contrats de bail (art. 269, 291), de travail (art. 352), de société (art. 545)[35]). La loi tient compte ici directement d'une modification des circonstances, sans qu'on ait à rechercher si les parties n'avaient voulu se lier que „rebus sic stantibus"; bien plus, celles-ci ne peuvent en principe aggraver le droit de résilia-

---

[34]) Nous faisons abstraction de l'influence de la mort et de la faillite sur les contrats.

[35]) La jurisprudence admet encore la résiliation dans le contrat d'agence (RO 60 II 336), dans les ententes de prix (62 II 36).

tion ou y renoncer[36]). En particulier, si les art. 269 et 291 visent généralement des empêchements personnels à l'une ou à l'autre partie, ils comprennent aussi une modification imprévisible et durable de la situation économique qui rend l'exécution intolérable[37]). Cette même circonstance peut justifier également la résiliation anticipée dans le contrat de travail[38]).

L'effet de la résiliation est de transformer, pour l'autre partie, le droit à l'exécution en une créance d'indemnité. Celle-ci est sujette à réduction conformément aux art. 97 ss. CO. Il est vrai que les art. 269 et 291 parlent d'un dédommagement complet; mais la jurisprudence s'est refusée d'y voir autre chose que les dommages-intérêts dus pour inexécution, régis par les art. 99 et 43/44 CO, car la partie qui résilie pour de justes motifs ne saurait être moins bien traitée que celle qui rompt le contrat purement et simplement (et pour laquelle peuvent exister des motifs de réduction)[39]). La loi fixe cependant une limite inférieure (loyer d'un semestre, fermage d'une année) et impose le respect des délais légaux. En matière de contrat de travail, l'art. 353 al. 2 donne expressément au juge la faculté de répartir équitablement le dommage[40]).

B. Droits de revision.

Quand il dispose d'un droit de revision, le contractant possède généralement aussi un droit de résiliation ou de résolution. L'auteur d'une promesse de donner peut se dégager si sa situation s'est modifiée, p. ex. à raison de

---

[36]) *Oser-Schönenberger*, art. 269, note 2; art. 352, notes 38 ss.

[37]) RO 46 II 168 ss.; 60 II 205 ss.

[38]) RO 44 II 412 ss. — Dans le contrat de société, ce ne seront guère que des circonstances personnelles qui justifient la résiliation anticipée. Cf. *Siegwart*, Comm., art. 547, notes 29 ss. C'est qu'en cas de modification de la situation, l'adaptation se fera en général d'elle même, en vertu du principe de société comme communauté de pertes et de gains.

[39]) RO 46 II 173, 61 II 259 ss.

[40]) RO 44 II 412 ss.

l'augmentation de ses charges de famille, de telle sorte que la donation serait extrêmement onéreuse pour lui (art. 250 ch. 2 et 3 CO); mais le juge peut aussi ordonner une simple réduction, s'il est ainsi suffisamment tenu compte des circonstances[41]). Chacune des parties à un contrat d'entretien viager peut mettre fin au rapport lorsque de justes motifs rendent sa continuation (impossible ou) onéreuse à l'excès; mais le juge peut aussi prononcer la cessation de la vie en commun et convertir l'entretien en rente viagère (art. 527 al. 1 et 3). Dans le contrat d'entreprise, si l'exécution de l'ouvrage est empêchée ou rendue difficile à l'excès par des circonstances extraordinaires, le juge peut accorder soit une augmentation du prix stipulé, soit la résiliation du contrat (art. 373 al. 2 CO). Dans le contrat de bail à ferme en revanche, les accidents extraordinaires qui diminuent le rapport habituel du bien ne donnent droit qu'à une remise proportionnelle du fermage[42]).

Nous voyons donc ici le juge modifier le rapport d'obligation lui-même, diminuer un fermage, augmenter un forfait, restreindre une promesse, en un mot adapter le contrat à une situation nouvelle. Cette adaptation a lieu pour rétablir un équilibre rompu par les circonstances. Elle ne s'explique pas par les principes propres des institutions considérées. Le bailleur en particulier ne garantit pas au fermier une rendement déterminé du domaine; si celui-ci ne rend pas ce qu'on en attendait, on ne peut en voir la cause dans un défaut qui appellerait l'application de l'art. 277 (254/255 CO); la remise du fermage déroge ainsi à l'idée du bail, afin de permettre, dans une vue d'équité, de répartir le risque entre le bailleur et le fermier[43]). C'est aussi le souci de maintenir une certaine équivalence entre les prestations qui est à la base de l'art. 373. La même préoccupation n'est pas étrangère aux justes motifs de l'art. 527

---

[41]) *Oser-Schönenberger*, art. 250, note 4.

[42]) Demeure naturellement réservée la résiliation anticipée pour justes motifs.

[43]) *Oser-Schönenberger*, art. 287, note 1.

(ruine partielle du constituant)[44]). Dans le cas de l'art. 250 ch. 2 et 3, le déséquilibre se produit entre l'objet de la donation et la situation financière du débiteur; on peut dire que le titre moral du donataire n'a plus sa justification au regard des charges du donateur.

III. Résultats acquis.

Notre droit des obligations consacre, dans les contrats bilatéraux, une très forte interdépendance des obligations réciproques: lien formel ou organique (art. 82, 119 al. 2), qui se prolonge dans l'idée d'une connexité économique (art. 83 et même 107 al. 2). L'équilibre des prestations peut être rétabli d'une certaine façon lorsque le droit à l'exécution s'est résolu en dommages-intérêts (art. 99 CO) de par la volonté du créancier (art. 107 al. 2) ou malgré lui (art. 97), ou même contre sa volonté, dans les cas où le débiteur est autorisé à résilier le contrat pour de justes motifs (art. 269/81, 352, 527, 545). La loi connaît, à côté de cas de résolution ou de résiliation, la possibilité de modifier le contenu de certains contrats pour l'adapter aux circonstances nouvelles (art. 250, 287, 373, 527).

Mais là se bornent aussi les atteintes expressément prévues à l'intégrité du contrat. Je ne puis refuser d'accomplir mon obligation parce qu'on prétend me payer en monnaie de singe, si c'est la monnaie du contrat. Je ne puis faire considérer que mon débiteur est en demeure parce qu'il m'offre une prestation devenue dérisoire, si c'est bien celle stipulée. En dehors des hypothèses légales, je ne puis en pareils cas résilier pour de justes motifs. Le vendeur en particulier, ou l'acheteur, même dans les ventes par livraisons successives, ne possèdent pas semblable droit[45]). D'autre part, dans le bail, dans le contrat de travail, le seul remède à la situation intolérable est la suppression du rapport juridique; je ne parviendrai d'ailleurs

---

[44]) Cf. *Becker*, art. 527, note 1.

[45]) RO 48 II 372, 62 II 36.

souvent à me libérer que dans des limites précises (art. 269, 281 CO), et surtout le juge ne m'accordera pas une réduction ou une augmentation du loyer ou du salaire. Ce n'est que dans des cas et à des conditions déterminés que la loi connaît un ajustement du contrat, et parfois en faveur d'une seule des parties (art. 373 al. 3 CO).

On pourrait songer cependant, sans plus ample détour, à étendre simplement par analogie à d'autres contrats les droits de résiliation[46]), voire de revision que nous avons énumérés. Et en effet ces droits révèlent une conception assez souple, dynamique (comme on dit aujourd'hui) de la vie juridique. Mais l'argument ne se suffit pas à lui-même. Si l'on constate, dans le droit positif, une série d'entorses à la rigueur du contrat, on serait précisément fondé à en déduire que la loi n'a pas voulu aller plus loin. L'argument par analogie se résout en argument a contrario! Cela est vrai tout particulièrement pour les conclusions qu'on a voulu prendre de l'art. 373 al. 2 CO[47]). Pour tirer des inférences valables des dispositions rappelées, il faut trouver un point d'appui, c'est-à-dire un principe qui rende compte des dérogations constatées et qui soit à même d'en justifier d'autres. Alors, mais alors seulement, les normes qui paraissaient exceptionnelles pourront revêtir une signification générale. Quel peut être ce principe supérieur, c'est ce qu'il faut rechercher.

---

[46]) En ce sens *Henggeler*, p. 243a ss.

[47]) *Hedemann*, p. 306, note 2, voit dans cette disposition la clef du problème. *Siegwart* a montré (p. 85 s.) les raisons particulières de la règle, raisons qui n'autorisent pas sans plus son extension à d'autres contrats, p. ex. à la vente: caractère de longue durée de l'entreprise, difficulté de fixer le prix du travail (en dehors même de circonstances extraordinaires), idée que le maître de l'ouvrage est la partie la plus forte, fait que, pour l'entrepreneur qui travaille professionnellement, les conséquences d'événements imprévisibles ne tardent pas à s'additionner. Dans le même sens, *Henggeler*, loc. cit.

§ 4. La cause générale d'atteinte au contrat pour imprévision.

Supposons qu'on ne se trouve dans aucun des cas où la loi accorde une protection à la partie atteinte par la modification des circonstances, ou que cette protection apparaisse insuffisante aux yeux de la justice. Les contractants n'ont nullement réglé l'éventualité qui s'est produite et ne réussissent pas à se mettre d'accord sur ses conséquences. On ne peut leur reprocher, ni à l'un ni à l'autre, une faute quelconque. Les événements qui ont bouleversé l'économie du contrat étaient hors des prévisions. Comment justifier dans un cas semblable une intervention en faveur de la partie lésé?

On a émis à ce sujet, notamment en Allemagne dans la période d'après-guerre, une série de théories. Nous ne songeons pas à en faire l'étude approfondie. Nous voudrions nous tenir aux idées maîtresses dont elles procèdent et considérer, au regard du droit suisse, les justifications possibles d'une atteinte au contrat pour imprévision.

On peut chercher la cause d'extinction ou de revision dans la volonté des parties. On peut la chercher dans une règle objective qui plie à elle l'œuvre des volontés. D'où deux catégories d'explications ou de théories: les théories volontaristes, les théories objectivistes.

I. Les théories volontaristes.

1. *La théorie de la clausula.* On présume que les parties n'ont entendu se lier qu'à la condition tacite que les circonstances ne changent pas du tout au tout. C'est la *clausula rebus sic stantibus;* la formule remonte à Bartole. L'idée d'une clause semblable permettait de réprimer la lésion postérieure au contrat, condamnée par les canonistes, sans sacrifier la force obligatoire de la volonté[48]). Les glossateurs sollicitèrent en sa faveur des textes de droit romain. La

---

[48]) *Lalou*, Semaine internationale, p. 46.

doctrine italienne et allemande jusqu'au XVIIIe siècle et quelques anciens auteurs français adoptèrent la règle, qui fut combattue par l'école du droit naturel; les grands auteurs français des XVIIe et XVIIIe siècles ne la retiennent pas. Elle fut recueillie dans certaines codifications allemandes du XVIIIe siècle[49]). Elle tomba en désuétude au XIXe siècle devant le triomphe de l'autonomie de la volonté[50]). Puis, sous le coup des circonstances dues à la guerre, elle connut une nouvelle faveur, tout en prenant des formes plus subtiles que nous examinerons pour elles-mêmes.

Dans la pure théorie de la clausula, tout est affaire d'interprétation de la volonté. Or, les parties peuvent sans doute avoir voulu se lier sous la réserve rebus sic stantibus. Cette réserve peut avoir été l'objet d'une stipulation expresse ou résulter de faits concluants[51]). Si tel est le cas, il n'y a plus de problème[52]). Mais à défaut d'indications nettes, comment admettre que les parties aient subordonné leurs engagements à la réserve que les circonstances ne changeront point? C'est au fond le contraire qu'il faudrait présumer, si l'on veut se placer sur le terrain des intentions: chaque partie prévoit en fait que les choses pourraient changer, mais compte que ce sera en sa faveur tout en acceptant dans une certaine mesure le risque du contraire: clausula rebus sic *non* stantibus![53]) A supposer d'ailleurs qu'une partie, dans son for intérieur, n'accepte pas ce risque, il s'agirait d'une réserve unilatérale (reservatio mentalis); tant qu'elle n'est pas exprimée et que l'autre partie ne l'a pas agréée, elle ne lui est pas opposable. On ne peut, par voie d'interprétation, attribuer à une déclaration un sens que le destinataire n'a pu reconnaître comme sous-

---

[49]) Par ex. le Codex maximilianeus Bavaricus civile de 1756 et le Preussisches Landrecht de 1794.

[50]) Cf. sur cette histoire, les auteurs cités à p. 517a, note 13.

[51]) Sur ces clauses chap. II, § 7, 2 A.

[52]) *Stammler*, p. 51/2.

[53]) *Ripert*, La règle morale, p. 150 et 155.

entendu par le déclarant (Vertrauenstheorie[54]). L'explication par la clausula ne peut en tout cas être retenue pour le droit suisse[55]). Or, il en faut dire autant des théories plus élaborées qui en procèdent.

2. *La théorie de la Voraussetzung.* On a cherché, au lendemain de la guerre[56]), à rattacher la clausula rebus sic stantibus à la théorie de la „présupposition" (Voraussetzung) de *Windscheid*[57]). Cet auteur vise le cas où le déclarant, s'il avait connu ou prévu les circonstances telles qu'elles étaient ou sont devenues, n'aurait pas eu la volonté de contracter; il se révèle après coup que la déclaration émise ne correspond pas à la véritable intention du déclarant; c'est pourquoi, s'ils sont réguliers dans la forme, les effets de la déclaration n'ont pas ou n'ont plus de justification matérielle; il y a lieu dès lors d'accorder au débiteur l'exceptio doli ou in factum concepta.

Les conclusions qu'on a tirées de cette doctrine tombent sous le coup des critiques appliquées à la clausula. Les contractants sont bien partis de certaines présuppositions: ils avaient en vue certains buts, cherchaient à satisfaire certains intérêts[58]). Mais il est impossible, sans

---

[54]) *Simonius*, Sem. intern., p. 174. *Ripert*, La règle, p. 150.

[55]) Elle a toujours été, comme telle, repoussée par le TF: RO 45 II 397, 48 II 246, 59 II 372. Cf. cependant un arrêt ancien RO 8, p. 43 ss., 57, qui admet la clausula comme condition tacite dans les conventions intercantonales; question réservée dans l'arrêt RO 54 I 188 ss., 204, touchant également un conflit entre cantons. Les auteurs qui ont abordé le problème du point de vue du droit suisse écartent aussi l'idée d'une véritable clausula: cf., outre *Stammler* et *Simonius*, *Siegwart*, p. 133, *Weber*, p. 24 ss., *Fick*, p. 159, *Müller*, p. 121 ss., *Bürgi*, p. 138, *Oftinger*, p. 246; de même les auteurs de traités ou de commentaires, p. ex. *von Tuhr*, II, p. 565 s.; *Oser-Schönenberger*, art. 119, note 6; *Guhl*, p. 140; *Rossel*, I, no. 690.

[56]) Notamment *Krückmann*, Clausula rebus sic stantibus, 1918.

[57]) Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850. *Windscheid-Kipp*, Pandekten, 8e édit., § 97.

[58]) *Locher*, Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck, Arch. f. d. civ. Praxis, N. F. t. 1, p. 1.

artifice, de considérer que ces présuppositions font corps avec la volonté contractuelle au point que celle-ci dépende de leur maintien. Ce sont bien plutôt des motifs qui n'ont pas été érigés au rang de conditions[59], et qui ne l'ont pas été parce que, s'il fallait que les prétentions dérivant d'un contrat fussent subordonnées aux raisons qu'à l'autre partie de s'engager, peu de gens passeraient encore des contrats. D'ailleurs, après coup, comment reconstituer cet ensemble de présuppositions qui ont déterminé la volonté exprimée? On est dans le domaine des conjectures et l'on opère avec une volonté hypothétique: „Les parties n'auraient pas voulu si elles avaient su." Mais, comme on l'a dit, une volonté hypothétique n'est plus une volonté. Elle ne saurait fournir le principe d'une annulation ou d'une revision du contrat.

En partant de la même idée, on a parlé de *lacune* du contrat[60]). Il peut bien y avoir une lacune dans les présuppositions ou motifs des parties, mais non point dans la convention qu'elles ont bâtie sur ces donnés. Le contrat se détache du „contexte" de faits et circonstances qui l'entourait; il régit désormais les rapports des intéressés pour toutes les situations qui se présentent au cours de sa durée. Si le juge intervient dans ce contrat, il fait plus que l'interpréter ou le compléter, il le modifie; ce qu'il y met, ce n'est pas tant ce que les parties auraient voulu si elles avaient prévu le cas, que ce qu'elles auraient dû vouloir, ou ce qu'elles devraient vouloir aujourd'hui au vu de la situation nouvelle[61]). Il se reporte ainsi à un type abstrait de contractant loyal et honnête, c.-à-d., sous le couvert de cette fiction, à des considérations objectives de

---

[59]) Windscheid parle d'une „unentwickelte Bedingung".

[60]) *Hedemann*, p. 308; *Fick*, p. 168 ss. Le TF lui-même opère avec cette notion: RO 45 II 393 s., 47 II 317, 59 II 476/7.

[61]) On a déjà fait observer l'analogie de cette „interprétation" du contrat avec l'interprétation téléologique de la loi: *Stammler*, p. 52.

moralité ou de justice qui n'auront peut-être qu'un rapport assez lâche avec les parties telles qu'elles sont[62]).

Du moins, a-t-on dit, si on ne peut reconstituer ces présuppositions dont dépendrait la volonté, il en est une qui se retrouve toujours, c'est celle d'un certain équilibre prévisionnel entre les avantages à recueillir et les charges à supporter par chacun des contractants. La convention naît d'un calcul d'*équivalences* établi suivant certaines données. Cet équilibre vient-il à disparaître — qui est la cause de l'obligation de chaque partie envers l'autre — le contrat lui-même est mis en question[63]). Mais encore une fois, si au moment du contrat, les parties ont pensé parvenir à une certaine égalisation des prestations, il est parfaitement arbitraire de penser qu'elles aient subordonné leurs obligations réciproques au maintien du rapport de valeur initial. La présupposition considérée n'est pas une cause au sens juridique (comme celle qui explique la règle de l'art. 82), mais, comme le dit Failliot lui-même, une cause sociale ou économique; or, si elle est à l'origine de l'accord des volontés, cette „cause" n'a pas été assumée par lui. S'il faut tenir compte du déséquilibre survenu, c'est en vertu d'une règle objective qu'on ne saurait déduire de la loi des parties.

3. *La théorie de la Geschäftsgrundlage de Oertmann*[64]) a repris et développé l'idée de la Voraussetzung. La base du contrat, c'est la représentation que se font les parties de l'existence ou de la survenance de certaines circonstances, en fonction de quoi elles „construisent" leur volonté; la représentation peut leur être commune ou bien n'être le fait que d'une partie, mais dans ce cas elle doit être

---

[62]) Cf. *Siegwart*, p. 139 ss.

[63]) C'est de cette façon que beaucoup d'auteurs français construisent la théorie de l'imprévision. Cf. *Ripert*, La règle morale, p. 153, note 3, et notamment *Failliot* (l'auteur de la loi du 21 janvier 1918 qui porte son nom), Revue de droit, art. 1915, cah. 3 et 4, p. 721.

[64]) Die Geschäftsgrundlage, ein neuer Rechtsbegriff, 1921.

manifestée au moment de la conclusion du contrat et la portée en être reconnue par l'autre partie[65]). Lorsque cette base — qui n'est pourtant pas devenue un élément véritable du contrat — manque ou vient à disparaître, le contrat lui-même peut être rompu.

On voit que la théorie abandonne le plan purement subjectif, tout en prétendant ne pas faire appel à une règle objective[66]). Ce n'est pas une volonté préformée des parties qui arrête les effets du contrat. Cette volonté décide des buts à atteindre et des moyens à appliquer, et elle apprécie, au vu des circonstances, l'adaptation du moyen à la fin. Que cette appréciation soit fausse, que ces buts ne soient pas atteints, cela n'a pas d'influence sur l'existence du contrat. En revanche si les circonstances à la base de ces calculs ne sont pas ou plus celles supposées, le contrat cesse d'apparaître comme le moyen approprié, dans l'esprit des parties, à la fin poursuivie.

Ces „représentations" appelleraient les mêmes remarques que les présuppositions de Windscheid; la plupart du temps, on feindra que les parties ont eu telle ou telle idée. Au lieu d'opérer avec une volonté fictive, on opère ici avec une pensée fictive[67]). Mais, supposé qu'on puisse rétablir cette pensée, comment expliquer la caducité du contrat par le fait que les représentations ne correspondent pas à la réalité. Ces figurations ne se sont pas intégrées à la volonté exprimée, la théorie le reconnaît; c'est donc seulement en vertu d'un postulat logique ou moral qu'on peut justifier une atteinte au contrat; mais alors on quitte tout à fait le plan subjectif. Il s'agit de

---

[65]) C'est la formule de Oertmann, adoptée par le Reichsgericht; cf. Seufferts Archiv 94 (1939), p. 9. Il s'agit en effet de la théorie quasi officielle du Tribunal d'empire depuis les arrêts de l'inflation (le premier de 1923, RG 103, p. 328). Cf. *Kegel*, p. 100 ss.

[66]) Oertmann y insiste en opposant sa théorie à celle de Windscheid, op. cit., p. 140.

[67]) Cf. p. ex. les critiques de *Kegel*, p. 108, touchant la jurisprudence allemande inspirée de Oertmann.

savoir si l'ordre jurique consacre un tel postulat, et le problème reste entier.

Notre droit des obligations a fait une place à la „Geschäftsgrundlage" en tenant pour essentielle une forme d'*erreur* sur les motifs, l'erreur sur les „faits que la loyauté commerciale permettait à celui qui se prévaut de son erreur de considérer comme des éléments nécessaires du contrat" (art. 24 ch. 4 CO). Il s'agit, comme en cas de dol ou de crainte, d'un vice qui entache la volonté dans son stade de formation (par opposition à l'erreur de déclaration); la loi tient compte de cette anomalie „pour des raisons de morale et d'équité"[68]). C'est dire que la règle ne découle pas de l'idée de contrat[69]). Or on a pensé trouver, dans l'art. 24 ch. 4, un point d'appui pour une théorie de l'imprévision: „si le contrat n'oblige pas en ce cas, on doit pouvoir appliquer la même règle lorsque, dans la suite, les éléments nécessaires du contrat subissent une modification intolérable pour l'une des parties"[70]). Cette disposition peut en effet être significative de l'esprit du droit suisse, mais on ne peut l'appliquer directement à l'éventualité d'un changement de la base du contrat[71]). L'erreur ne porte que sur ce que l'on peut savoir, sur un état de choses déterminé qui appartient au présent ou au passé; en ce qui touche l'avenir, l'erreur ne peut viser que des faits

---

[68]) *v. Tuhr*, I, p. 251.

[69]) Cf. *Ripert*, La règle, p. 79 ss. — L'expression du texte français de l'art. 24 „éléments nécessaires du contrat" pour „notwendige Grundlage des Vertrages" pourrait accréditer l'idée que les faits considérés sont directement visés par l'accord des volontés comme des points essentiels au sens de l'art. 2 CO. Ils auraient alors rang de conditions et non plus de présuppositions, ce qui n'est pas le sens de la Grundlagenirrtum.

[70]) *v. Tuhr* II p. 565 et I p. 260. Le TF a quelquefois aussi évoqué l'art. 24, ch. 4: RO 45 II 351, 59 II 377.

[71]) Une application par analogie se heurterait de nouveau à l'objection que le droit suisse aurait limité à l'art. 24 ch. 4 la mesure en laquelle il entendait attribuer une importance à la base du contrat.

prévisibles: une fausse appréciation de la conjoncture ne constitue pas une erreur au sens juridique[72]).

II. Les théories objectivistes.

On ne peut trouver dans une interprétation de la volonté des parties, sous quelque forme que ce soit, la justification d'une atteinte au contrat pour imprévision. Toutes les explications proposées de ce point de vue postulent en dernière analyse une règle objective qui fait violence à l'œuvre des volontés.

1. *Théorie de l'impossibilité.* On a cherché cette règle dans un développement de l'idée d'impossibilité, passant ainsi d'une notion logique à une notion économique de l'impossibilité, et assimilant au cas de l'art. 119 CO celui d'une aggravation excessive de l'exécution. La jurisprudence suisse s'est dès l'abord engagée dans cette voie[73]) et la doctrine l'y a suivie[74]). Le passage d'une notion à l'autre comporte pourtant un changement de plan, et si dans cette opération, le mot ne change pas, il vient à désigner deux choses très différentes.

La règle de l'art. 119 est l'expression d'une loi naturelle ou logique, qui est en quelque sorte préjuridique: l'obligation du débiteur cesse lorsqu'elle porte sur un fait qui ne peut matériellement ou rationnellement pas se pro-

---

[72]) *Oser-Schönenberger*, art. 24, note 42; *Reichel*, p. 17/8; *Fick*, p. 166 s.; *Oftinger*, p.245. En sens contraire, *Henggeler*, p. 256a s., qui assimile l'incertitude (l'ignorance) à l'erreur; il y a là confusion de l'erreur du langage courant avec l'erreur juridique: cf. RO 49 II 156. Au surplus l'„erreur" en cas d'imprévision a un caractère collectif et non point unilatéral: cf. *Siegwart*, p. 141 ss., qui fait observer qu'une théorie de l'erreur permettrait l'intervention même en cas de faute (prévisibilité) et même quand l'exécution aurait eu lieu de part et d'autre; elle n'offrirait en revanche pas d'appui suffisant à un ajustement des intérêts.

[73]) RO 43 II 170, 44 II 510, 44 II 520, 45 II 386, 46 II 168, 47 II 391, 48 II 242, 59 II 372.

[74]) *v. Tuhr*, II 495/6; *Oser-Schönenberger*, art. 119, notes 6/7; *Becker*, art. 20, note 6.

duire (impossibilium nulla est obligatio). L'impossibilité n'est libératoire que si elle est objective; l'impossibilité subjective (Unvermögen, notamment l'impécuniosité) laisse subsister l'obligation du débiteur, mais celle-ci se résout en dommages-intérêts selon l'art. 97 CO[75]). En revanche l'impossibilité objective peut être non seulement absolue (en raison de la nature de la prestation) mais aussi relative (in concreto, par suite de circonstances spéciales)[76]). Elle peut être due enfin à une cause matérielle comme à une cause juridique. La constatation de l'impossibilité pose parfois un problème d'interprétation, lorsqu'il s'agit p. ex. de savoir si le genre stipulé doit s'entendre d'une catégorie déterminée au sein du genre (blé américain, toile de provenance anglaise)[77]). Lorsque l'impossibilité est de droit (séquestre de la chose due, interdiction d'exportation ou d'importation, etc.), elle s'imposera souvent avec moins d'évidence à l'esprit; le juge devra apprécier, d'après les critères de la raison pratique, la réalité de l'obstacle pour le débiteur. Il recherchera notamment si ce dernier avait un moyen ou du moins une chance de faire lever l'obstacle (d'obtenir p. ex. une autorisation) sans qu'on puisse cependant exiger de lui quelque chose d'illicite; s'il n'a pas recouru à ce moyen ou s'il n'a pas tenté cette chance, il est tenu pour l'auteur de la situation où il se trouve; il s'agira d'une impossibilité subjective qui ne le libérera point[78]). Lorsque l'empêchement est de caractère passager, c'est aussi un jugement pratique qui dira s'il faut con-

---

[75]) *v. Tuhr*, II, p. 496, notes 24 et 25; *Oser-Schönenberger*, art. 20 CO, notes 7 et 8.

[76]) Il faut donc, dans une langue stricte qui n'est pas celle des arrêts, distinguer entre impossibilité subjective et impossibilité relative. Il n'y a impossibilité *subjective* que si une autre personne que moi, placée dans la même situation, pourrait effectuer la prestation; si elle ne le peut, l'impossibilité est objective bien que *relative* (cf. *Oser-Schönenberger*, art. 20, note 8).

[77]) RO 43 II 85, 174; 45 II 37.

[78]) Sur la jurisprudence touchant l'impossibilité, pour la période de la dernière guerre, cf. *Siegwart*, p. 122 ss.

clure à l'impossibilité, parce que la durée de l'empêchement est imprévisible ou que l'engagement est de sa nature ou d'après la volonté des parties, limité dans le temps[79]).

Mais quand les difficultés auxquelles se heurte l'exécution ne sont pas insurmontables, on ne peut parler d'impossibilité; la prestation reste possible, même si elle exige des efforts imprévus, un travail et des dépenses hors de proportion avec le résultat visé ou la valeur de la contre-prestation. La „difficultas praestandi", lorsqu'elle est exorbitante, peut avoir un effet libératoire, mais ce n'est pas en vertu d'une nécessité logique; c'est par des considérations d'un autre ordre. Si le fabricant dit qu'il lui est est „impossible" de livrer pour 50 000 fr. la machine commandée qui lui revient 100 000 fr., c'est une impossibilité morale qu'il invoque, car il „peut" fort bien livrer quand même. Or il ne s'agit plus là d'une véritable impossibilité, et le terme lui-même n'explique rien. Si le débiteur est libéré, c'est malgré la possibilité où il est d'exécuter. En fait cette impossibilité dite économique[80]) ou juridique[81]) ne peut être définie sans faire appel aux règle de la bonne foi, à la loyauté commerciale; ce sont ces normes qui fixent ce qu'on peut raisonnablement exiger du débiteur. Mais alors pourquoi faire tomber sous une loi naturelle ce qui appartient à l'ordre éthique?[82]) On a fait remarquer, d'autre part, que l'explication ne se concevait que dans le cas d'une aggravation de l'exécution pour le débiteur; elle est purement artificielle lorsque la prestation a perdu tout ou partie de sa valeur pour le créancier: p. ex., l'acheteur

---

[79]) RO 44 II 519.

[80]) C'est la jurisprudence allemande surtout qui a développé cette notion: RG 88, p. 74; 90, p. 105; 92, p. 88; 93, p. 342; 94, p. 47; 101, p. 76. *Ennecerus-Lehmann*, II § 41, p. 160. La jurisprudence française s'est au contraire toujours refusée à étendre la notion de force majeure libératoire. Cf. *Ripert*, La règle, p. 151 s.

[81]) A ne pas confondre avec l'impossibilité de droit: véritable impossibilité tenant à un obstacle juridique.

[82]) En ce sens, *Nipperdey*, p. 12 ss.; *Weber*, 35 ss., 66 ss.; *Oftinger*, p. 245; *Simonius*, Sem. intern., p. 178/9.

ne peut plus utiliser la marchandise[83]), le locataire ne peut plus exploiter son industrie dans les locaux pris à bail[84]). Dans ces hypothèses, il y a peut-être impossibilité pour l'acheteur, pour le locataire de faire de la chose l'usage prévu, mais nulle impossibilité, ni même souvent aucune difficulté de prendre livraison ou d'occuper les locaux[85]).

On doit rattacher à la théorie de l'impossibilité juridique ou économique l'idée de libération du débiteur pour défaut d'identité de la prestation: l'aggravation de l'exécution est libératoire lorsque les circonstances sont telles que, économiquement, la prestation est devenue toute différente[86]). Mais, matériellement comme juridiquement, la prestation est demeurée la même; les difficultés que le débiteur rencontre à l'exécuter ne touchent pas à son identité. Rien, en logique, ne peut libérer le débiteur. Si celui-ci allègue un changement dans la valeur relative de sa prestation, il ne peut trouver recours que dans une règle juridico-morale. Aussi bien voit-on la jurisprudence allemande glisser de l'idée d'impossibilité à raison de changement du contenu à l'idée d'impossibilité à raison de l'exorbitance, c.-à-d. à une notion qui ne relève plus de l'impossibilité au sens propre: le débiteur est libéré parce que la bonne foi s'oppose à ce que le créancier exige l'exécution du contrat. C'est la théorie de l',,*Unzumutbarkeit*", que son principal représentant, *Nipperdey*[87]), dégage nettement de l'idée d'impossibilité, pour l'appuyer sur le § 242 BGB. (clause de bonne foi, art. 2 CC).

2. *Théorie de la lésion.* En dehors d'un appel direct à la bonne foi, on a tenté d'opérer avec l'idée de lésion, sur-

---

[83]) RO 44 II 71, 48 II 366.

[84]) RO 46 II 171, 57 II 532, 62 II 42.

[85]) De même le fait ne pouvoir utiliser les services de l'employé ne constitue pas un cas d'impossibilité. Le TF qui en a ainsi jugé dans l'arrêt RO 44 II 414, n'aurait pas dû voir les choses autrement dans le cas des baux visés à la note précédente.

[86]) Cf. p. ex. RO 47 II 399. Pour la jurisprudence allemande, *Kegel*, p. 71 ss.; *Ennecerus-Lehmann*, loc. cit.

[87]) Die Unzumutbarkeit der Leistung, p. 19.

tout, il est vrai, en vue de fixer les conditions d'intervention du juge[88]). On a construit sur la lésion contemporaine du contrat visée par l'art. 21 CO, la notion de lésion postérieure à la conclusion du contrat.

Si l'art. 21 CO consacrait le principe de l'équivalence des prestations, on serait peut-être fondé à l'appliquer au cas d'un déséquilibre survenu après coup dans l'économie du contrat; encore faudrait-il trouver quelque part confirmation, car on pourrait penser que le législateur s'est précisément désintéressé des variations qui se produisent plus tard. Mais la disposition précitée ne proscrit la lésion objective que lorsqu'elle est déterminée par l'exploitation de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience de la partie lésée. Or, dans le cas d'imprévision, le déséquilibre n'est pas, comme l'a fortement relevé *Simonius*[89]), le fait d'une exploitation usuraire, mais l'œuvre de circonstances indépendantes de la volonté des parties. Le débiteur peut se trouver dans la gêne; mais ce n'est pas à cause de cette gêne qu'il est victime de lésion; c'est la lésion, c.-à-d. la rupture d'équilibre due au événements qui est dans le cas de causer cette gêne. Le Tribunal fédéral, à la suite de Reichel, pose comme condition d'une atteinte au contrat „l'exploitation usuraire du déséquilibre produit par les circonstances"[90]); or il n'est pas question de cela à l'art. 21, mais d'un état d'infériorité que le créancier exploite pour s'attribuer des avantages disproportionnés. Dans le cas d'imprévision, le déséquilibre est chose donnée, sans exploitation préalable du débiteur. Aussi bien le Tribunal fédéral, qui exige un élément subjectif du côté du créancier, doit-il en faire abstraction pour le débiteur[91]). Ce n'est pas tant parce qu'il conviendrait de se montrer moins strict dans le cas de lésion postérieure au contrat, que parce que

---

[88]) *Reichel*, p. 18 ss. RO 59 II 378, 67 I 277.

[89]) Semaine internationale, p. 180, et Délibérations Soc. s. des jur. 1937, p. 474/5.

[90]) RO 59 II 379, lignes 3 ss.

[91]) Ibid. p. 379/80.

cette condition ne se conçoit pas. Le créancier qui invoque son contrat en dépit des circonstances nouvelles ne tire son profit que du contrat lui-même; peut-être exploite-t-il l'obligation du débiteur, mais il n'exploite pas sa gêne pour obtenir un avantage que les dieux lui ont déjà procuré. Et alors c'est la notion même d'exploitation de l'art. 21 qui ne peut plus servir à caractériser l'attitude du créancier, car cette notion se définit par son objet, l'état de faiblaisse du débiteur. „Exploiter le déséquilibre" ne saurait avoir qu'un sens, celui de profiter de la situation, d'abuser d'un droit acquis. C'est là quelque chose d'assez différent, qui ne tombe pas, même lointainement sous le coup de l'art. 21 CO, mais sous l'application de l'art. 2 al. 2 CC[92]).

3. *Théorie de l'enrichissement illégitime.* D'aucuns ont pensé que l'exploitation de la conjoncture par l'une des parties appelait l'application des règles réprimant l'enrichissement sans cause[93]). L'agriculteur qui rembourse avec le bénéfice d'une récolte le prêt qui lui a permis d'acheter un domaine dont la valeur réelle est demeurée la même, fait un gain illégitime. De même, l'industriel qui rembourse sur le prix de quelques livraisons l'emprunt-obligations avec lequel il a acheté et équipé ses fabriques[94]).

En rigueur de doctrine, la théorie n'est cependant pas défendable. Dans les hypothèses envisagées, il y a sans doute enrichissement, et même enrichissement démesuré de l'une des parties. Mais d'abord cet enrichissement ne se produit qu'au moment où l'autre partie acquitte la prestation dévaluée. C'est l'exécution de l'obligation du débiteur qui appauvrit le créancier, et c'est alors seulement

[92]) En ce sens, on peut dire avec le TF que le créancier exploite la „gêne" du débiteur, non pas une gêne cause de la lésion objective, mais conséquence de celle-ci. Le TF déclare que l'exploitation de cette gêne est la raison dernière de l'intervention du juge. Cf. ci-dessous, § 7 II 3.

[93]) *Müller*, p. 131a ss.; *Fick*, p. 194 ss. Le TF lui-même a parfois opéré avec cette idée: RO 45 II 355, 54 II 276. Cf. *Siegwart*, p. 157/8.

[94]) Cf. *Müller*, p. 132. Hypothèse de l'inflation.

qu'il pourrait réclamer restitution. Or il s'agit d'empêcher cet appauvrissement plutôt que de le compenser après coup[95]). Les art. 62 et ss CO ne sont pas conçus pour cela. Voudrait-on d'ailleurs s'engager dans cette voie qu'on ne pourrait dire que la prestation de l'„appauvri" est devenue sans cause parce que la contre-prestation ou le remboursement opéré ou offert ne correspond plus à ce qu'il attendait (condictio ob causam non secutam!). „Il n'y a pas de prestation sans cause, enseigne *von Tuhr*, lorsque, dans un contrat valable, A opère sa prestation et que l'autre partie n'exécute pas la sienne; en effet, c'est l'accomplissement de son obligation qui est la cause juridique de la prestation de A, mais non l'attente de la contre-prestation; A n'acquiert une créance en répétition que s'il résout le contrat conformément aux art. 107 et 108 CO et supprime ainsi après coup la cause juridique de sa prestation." A fortiori, l'obligation du lésé ne perd-elle pas sa cause dans le cas où la contre-prestation est fournie mais où elle a diminué sensiblement de valeur. Le lésé ne pourrait avoir d'action en enrichissement que s'il pouvait obtenir au préalable la révocation du contrat, par analogie avec l'art. 107 CO, en ce sens que l'exécution opérée ou offerte équivaudrait à une inéxécution, du moins partielle. Or c'est précisément ce qu'il faut démontrer. Les règles des art. 62 et ss ne sauraient donc justifier l'atteinte même au contrat. L'idée d'enrichissement, comme celle d'exploitation usuraire, n'a qu'une valeur d'image; elle ne revêt aucune technicité[96]).

4. *La théorie des bonnes mœurs.* Le juge pourrait-il s'autoriser directement des règles de la moralité auxquelles renvoie l'art. 20 CO pour intervenir dans les contrats; c'est ce que certains auteurs ont soutenu[97]). Les circons-

[95]) *Oftinger*, p. 246, no. 7.

[96]) Sur l'exigence du facteur enrichissement, ci-dessous chap. II, § 7 II 4; sur l'application des règles de restitution, chap. III, § 10 III 1.

[97]) *Stammler*, p. 55; *Hungerbühler*, p. 3; *Ripert*, La règle morale, p. 157 ss. Cf. *Weber*, p. 66; *Fick*, p. 166/7.

tances nouvelles peuvent créer une situation telle que lier le débiteur à la promesse donnée serait contraire aux bonnes mœurs (Stammler).

Tandis qu'en ce qui concerne l'impossibilité, l'art. 20 traduit une loi qui est en quelque sorte préjuridique (ci-dessus I), en ce qui touche les bonnes mœurs, il consacre une loi qui est au-delà du droit. S'il s'agit d'élaborer une doctrine de l'imprévision, c'est viser trop bas que de se reporter à la règle d'impossibilité, mais c'est aussi viser trop haut que d'invoquer directement la règle de moralité. Certes faut-il bien se mettre en quête d'une norme de caractère général, puisque la technique juridique nous laisse démunis; mais c'est encore au plan du droit qu'on voudrait la trouver. La notion de bonnes mœurs paraît d'ailleurs inadéquate. Elle est conçue pour le moment où le contrat est conclu. La notion d'immoralité survenante — comme on a l'impossibilité survenante — paraît étrange. Puis, en quoi consisterait l'immoralité? ce ne peut être que dans la disproportion qui s'est produite entre la prestation et la contre-prestation. Cependant cette disproportion, lorsqu'elle est contemporaine du contrat, n'est pas en elle-même immorale, mais doit s'apprécier selon l'art. 21 CO[98]); pourquoi, lorsqu'elle est postérieure, se jugerait-elle d'après des critères exclusivement moraux? Un contrat objectivement lésionnaire n'est pas immoral dans son contenu (donation)[99]); il ne l'est pas nécessairement non plus lorsque la lésion se produit après coup, car les parties peuvent avoir voulu — dans les limites de la moralité — courir chacune de son côté un risque de lésion (contrats spéculatifs).

Les considérations d'un Stammler éclairent pourtant le problème d'une vive lumière. Sous l'angle de la moralité, cet auteur dégage une règle qui relève aussi de l'ordre proprement juridique, en ce sens qu'elle est commune au droit

---

[98]) *v. Tuhr*, p. 227, note 61; *Oser-Schönenberger*, art. 20, note 41 et jurisprudence citée.

[99]) *Reichel*, p. 29, note 36.

et à la morale: recherche de l'harmonie des volontés, condamnation de la poursuite exclusive de fins égoïstes. C'est en définitive ce que recouvre la notion de bonne foi.

III. La théorie de la bonne foi[100]).

Au point où nous sommes parvenus, il apparaît nettement qu'une doctrine de l'imprévision ne peut s'appuyer sur aucune règle précise de la technique juridique; d'autre part, un appel direct aux bonnes mœurs nous a paru inadéquat. C'est donc vers les „clauses générales"[101]) qu'il faut tourner le regard, du côté de ces principes qui, tout en demeurant de droit positif, permettent de tenir compte des circonstances particulières et d'apprécier la manière de se comporter des parties d'un point de vue moral et social. Il peut s'agir ici des règles de la bonne foi de l'art. 2 CC et des règles du droit et de l'équité de l'art. 4.

On a souvent, en matière d'imprévision, invoqué l'équité, en l'assimilant d'ailleurs généralement à la bonne foi. L'art. 4 CC toutefois vise essentiellement l'activité du juge dans la mise en œuvre de la loi. Lorsque celle-ci réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs, le juge doit appliquer les règles du droit (lire: du juste, de la justice)[103]) et de l'équité. La disposition doit assurer dans ces hypothèses — mais dans ces hypothèses seulement — une application plus différenciée plus individualisée, plus juste de la loi écrite. L'art. 2 au contraire s'adresse d'abord aux parties, avant de s'adresser au juge[104]), pour leur prescrire, en toutes circonstances,

---

[100]) La théorie de l'imprévision fondée sur la bonne foi se range naturellement parmi les théories objectives. Comme c'est la théorie à laquelle nous nous arrêtons, nous lui réservons cependant une section spéciale.

[101]) Cf. *Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln. A ce sujet *Bürgi*, p. 151 ss. et 181 ss.

[102]) P. ex. *Weber*, p. 35 ss.

[103]) *Bürgi*, p. 91, note 3.

[104]) RO 38 II 462.

d'exercer leurs droits et d'exécuter leurs obligations selon les règles de la bonne foi. C'est de cela qu'il s'agit ici au premier chef, c.-à-d. de la mesure en laquelle le créancier peut se prévaloir du contrat, de la mesure en laquelle le débiteur doit remplir ses engagements[105]).

On peut dire qu'aujourd'hui, malgré les essais toujours tentés de chercher ailleurs des points d'appui, tout le monde s'accorde pour trouver dans les règles de la bonne foi le fondement d'une atteinte au contrat du chef d'imprévision[106]). Nous n'apporterons donc rien de nouveau en nous ralliant à cette explication. Jusqu'à présent nous avons simplement voulu en mieux montrer la nécessité théorique. Il s'agirait maintenant d'en serrer de plus près les termes afin de gagner les principes qui nous permettront de préciser les conditions d'une intervention du juge et de décider du mode de celle-ci.

1. La notion de bonne foi.

Il ne suffit naturellement pas d'en appeler à l'art. 2 CC pour résoudre tous les problèmes. Mais, d'autre part, les „règles de la bonne foi" ne sont peut-être pas non plus aussi vagues qu'on pense. *Bürgi* nous a fourni récemment sur leur „origine et signification"[107]) en droit civil suisse des précisions d'un grand prix dont nous ferons notre profit.

---

[105]) La notion d'équité proprement dite pourra intervenir dans ce cadre pour fixer les conséquences de l'atteinte au contrat (règlement des prestations et des indemnités), ou déjà pour apprécier les motifs de résiliation. — Sur les rapports entre l'équité et la bonne foi, cf. *Bürgi*, op. cit., notamment p. 161 ss.

[106]) La jurisprudence: RO 59 II 377; 67 I 277 et les arrêts antérieurs; 44 II 527; 45 II 355, 398; 46 II 162; 47 II 399, 401; 48 II 247, 252; 50 II 265. La doctrine: *Siegwart*, p. 119; *Weber*, p. 70, 78 ss.; *Fick*, p. 178; *Guisan*, p. 321a; *Bürgi*, p. 143; *Oftinger*, p. 246/7. Pour l'Allemagne: *Ennecerus-Lehmann*, p. 161/2 et références. Pour la France: *Esmein*, p. 553 ss.; *Ripert*, La règle morale, p. 157 ss.

[107]) Ursprung und Bedeutung der Begriffe „Treu und Glauben" und „Billigkeit", 1939, notamment p. 102 ss.

La bonne foi du Code civil suisse est quelque chose de plus que la bona fides du droit romain, ou que la bonne foi du droit français. C'est le „Treu und Glauben" du droit germanique, qui ne vise pas seulement la loyauté, ou la droiture en affaires, par opposition à la mauvaise foi, mais exprime l'idée de confiance mutuelle et de dépendance des parties[108]). Le terme de „Treue" évoque ce rapport de réciprocité qui lie les particuliers dans la conclusion de leurs actes juridiques et l'exercice des droits qui en découlent. Les règles de la bonne foi ne se ramènent pas au respect des usages du commerce (Verkehrsitte)[109]); elles ne se bornent pas à renvoyer à des postulats moraux imprécis: elles transportent sur le plan du droit l'exigence de solidarité humaine.

Dans l'esprit de *Huber*[110]), la notion de „Treu und Glauben" procède en effet de la communauté des sujets de droit. C'est ainsi sous l'angle d'une réciprocité naturelle qu'il envisage les rapports de la société et de l'individu[111]). Dans les relations entre individus, cette notion fait intervenir un élément communautaire, sous l'influence duquel tend à se développer une sorte de droit *social* à caractère mixte, mi-privé, mi-public[112]). Cet élément pénètre jusque dans le droit des obligations pour y renforcer l'idée d'échange et y postuler une certaine correspondance des prestations[113]). Du fait de la réciprocité dans les droits et les obligations, les parties pourront avoir confiance que leurs légitimes espérances ne seront point déçues[114]).

Les règles de la bonne foi introduisent donc dans le contrat un élément *social*. *Stammler* dégage cet élément de la norme de moralité: „Qu'on se représente bien, dit-il,

---

108) *Egger*, Personenrecht, art. 2, note 2.

109) *Egger*, art. 2, note 4.

110) System des schweizerischen Privatrechtes, t. IV, p. 261.

111) Soziale Gesinnung, p. 23, 51; Recht und Rechtsverwirklichung, p. 296.

112) Cf. à ce sujet *Gurwitch*, Le droit social, Paris, 1930.

113) *Bürgi*, p. 118.

114) *Egger*, art. 2, note 2; *Bürgi*, p. 120 s.

que les deux parties au contrat doivent en réalité être considérées comme les membres d'une communauté particulière, en sorte qu'aucune d'elles ne doit chercher uniquement son propre avantage." C'est reconnaître qu'elles ont un but commun qui dépasse en quelque sorte leurs buts propres. „Au-delà du désir qu'a le vendeur de se défaire de sa maison pour avoir de l'argent et du désir qu'a l'acheteur d'investir son argent dans une maison — deux biens particuliers recherchés par chacune des parties — il y a leur emboîtement dans le désir de procéder à l'échange qui est leur bien commun à tous deux"[115]). Ainsi le contrat, surtout lorsqu'il est conçu pour une certaine durée, ne donne pas seulement naissance à un faisceau d'obligations réciproques; il crée entre les parties une sorte de consortium qui poursuit dans une certaine mesure la réalisation d'une œuvre commune. Les contractants ne sont pas seulement des parties adverses, mais aussi des partenaires. Ils doivent prendre égard l'un à l'autre dans la recherche des avantages que leur confère le contrat, afin de ne pas rendre illusoire le but qu'ils se sont proposé ensemble. Certes ne faut-il pas aller jusqu'à nier l'aspect individuel des rapports noués et „socialiser" le contrat. Mais il reste que, malgré la distinction entre le contractuel et l'organique, la réalité juridique est continue, et que, de même que l'organisation de la personne morale, et même de l'Etat (p. ex. dans le fonctionnariat administratif) contient un élément contractuel, le contrat de droit privé présente lui aussi une élément institutionnel, c.-a-d. l'ébauche d'un groupement incorporant une certaine idée et soumis à une loi propre[116]). Cet élément sera plus ou moins important selon la nature du contrat, la qualité des

---

[115]) *Renard*, L'institution, 1933, p. 91. Cf. du même auteur, La théorie de l'institution, Sirey 1930.

[116]) Le contrat-loi des parties prendrait ici une signification assez inattendue! — Sur la théorie de l'institution, cf. *Du Pasquier*, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, 2e édit., no. 277 et 278.

parties, les circonstances particulières; il sera presque nul dans le marché spéculatif, et il sera accusé dans le rapport d'employeur à employé.

Telle est en dernière analyse la signification de la bonne foi, celle d'un *vinculum fraternitatis* qui, selon les vieux auteurs chrétiens, liait les parties au contrat[117]). Cette interprétation rejoint l'évolution actuelle des idées juridiques, qui va vers une conception *communautaire* des rapports sociaux, informant jusqu'à la sphère des intérêts privés[118]). Cette évolution paraît inéluctable, et sa marche ne dépend pas de l'issue de la guerre, car elle répond à un profond besoin né de trois ou quatre siècles d'individualisme et partagé par tous les peuples en lutte. Le juriste suisse, pour sa part, trouverait dans la notion de bonne foi du code civil le principe d'un développement parallèle de son droit.

2. La bonne foi et l'imprévision.

Le devoir de fidélité réciproque qui dérive de la communauté des contractants commande en première ligne un respect rigoureux des conventions, même au prix de sacrifices importants pour la partie victime de la conjoncture. Le régime de bonne foi est un régime de responsabilité personnelle. Cependant des événements imprévisibles peuvent décevoir les attentes les plus raisonnables et rompre tout équilibre entre les droits et les charges de part et d'autre. Le même devoir de fidélité réciproque ne permet pas alors à la partie favorisée par les circonstances d'exploiter la situation. Elle doit respecter la confiance minimum que l'autre partie pouvait avoir dans le cours des choses. Le principe de société, que la bonne foi introduit

---

[117]) *Lalou*, Sem. intern., p. 46.

[118]) Cf. p. ex. *Stoll*, Gemeinschaftsgedanke und Schuldvertrag, dans Deutsche Juristenzeitung, 1936, p. 414; *Volkmar*, Sem. intern., p. 29: Les parties sont comme des „compagnons associés en vue de la réalisation d'un but fixé d'un commun accord". Sur les conceptions fasciste et national-socialiste du droit, cf. *Du Pasquier*, no. 293 s.

dans les rapports contractuels, appelle une certaine solidarité dans les gains et les pertes, le maintien d'une certaine équivalence entre la prestation et la contre-prestation. Dès lors, celle des parties qui, en présence d'une situation nouvelle, prétend exercer ses droits au mépris manifeste de la loi d'interdépendance qui régit son rapport avec l'autre, commet un *abus de droit*. Sa prétention ne sera pas protégée par la loi (art. 2 al. 2 CC). En réalité, elle cesse d'exister dans la mesure où elle est excessive, car les limites imposées par les règles de la bonne foi sont immanentes au droit subjectif[119]).

C'est là que réside le principe d'une atteinte au contrat. A quelles conditions et sous quelles formes, c'est ce qu'il faudra dire. Il suffit ici de constater que les règles de la bonne foi offrent une base adéquate à une doctrine de l'imprévision. Elles comportent en effet un élément dynamique, qui tend à ébranler la rigidité du contrat pour le rapprocher d'institutions juridiques, dotées de vie propre, telles que la société. C'est que ces règles exigent plus qu'une simple fidélité à la lettre des conventions. Elles demandent que je garde à mon partenaire la foi jurée dans l'esprit des relations que nous avons nouées, et que je continue de lui assurer, malgré les vicissitudes qui peuvent survenir, un certain équivalent à sa prestation, dût le rapport d'obligations en subir une altération. C'est la fidélité interne ou matérielle, par opposition à la fidélité externe ou formelle[120]); c'est ce que nous appellerions la *fidélité adaptive*[121]), sans laquelle aucune œuvre humaine — et fût-elle aussi précaire qu'un contrat — n'a de garantie d'existence dans la paix. En ce sens, et aux conditions à

---

[119]) *Egger*, art. 2, note 24; et à la note 23: l'abus de droit n'est plus exercice (subjectif) du droit, mais violation (objective) du droit. *Tuor*, Le Code civil suisse: le droit existe encore formellement, non plus matériellement. *Planiol*, cité par Egger (loc. cit.): le droit cesse où l'abus commence.

[120]) *Nipperdey*, p. 22; *Weber*, p. 21 ss.

[121]) D'un mot de *Gustave Thibon*.

fixer, c'est encore être fidèle au contrat que de lui contrevenir[122]).

Le principe de bonne foi est de nature à résoudre le conflit entre la justice contractuelle et la sécurité des transactions. La bonne foi n'exige pas le maintien d'une égalité absolue dans les échanges; fondée sur la responsabilité personnelle, elle fait sa part au risque assumé par les parties. Elle consacre ainsi une justice concrète ou relative, et assure de la sorte l'ordre du commerce. C'est au point où l'inégalité passe la mesure du risque, qu'elle intervient. A ce moment, l'individu cesse en quelque sorte d'être responsable. La sécurité des transactions doit le céder à la justice, car le maintien du contrat bouleversé serait lui-même un désordre social.

* * *

La notion de bonne foi ainsi dégagée éclaire d'un nouveau jour les dérogations légales à la fidélité contractuelle (ci-dessus § 3). Celles-ci — qu'il s'agisse des art. 83 et 99 CO ou des droits de résiliation ou de revision de la partie spéciale — nous sont toujours apparues comme un moyen de corriger un certain déséquilibre survenu dans les positions respectives des parties. Le principe de ces dérogations, nous le trouvons dans l'idée d'équivalence ou de proportionnalité, expression de la communauté des contractants. Mais en même temps l'idée de bonne foi permet d'aller au-delà des applications que la loi en fait elle-même, et fournit un point d'appui aux analogies qu'on voudrait en tirer. C'est ce qui nous invite à un bref retour sur les théories examinées.

Les théories *volontaristes* (ci-dessus I) aboutissent à construire une *volonté présumée* des parties. Le procédé a sa valeur, mais c'est au regard des règles de la bonne foi qu'on feindra cette volonté. Le juge ne serait pas autorisé — quelques motifs qu'il y ait — à imputer aux parties et à sanctionner des intentions qui fassent fi de toute

---

[122]) *Volkmar*, Sem. intern., p. 30.

réciprocité dans les droits et les charges. L'art. 2 CC met ici en échec l'autonomie de la volonté[123]). Pour le surplus, la „*présupposition*" d'équivalence, si elle n'est pas la cause juridique des obligations réciproques, procède de la confiance que les parties sont fondées à avoir l'une dans l'autre. Ce sont de même les règles de la bonne foi qui, le cas échéant, ne permettront pas que les „*représentations*", qui sont le mobile du contrat (Geschäftsgrundlage), soient complètement déjouées.

Les théories *objectivistes* (ci-dessus, II) sont en définitive des formulations approximatives de la théorie de la bonne foi. L'exorbitance n'est une *impossibilité* qu'au sens impropre d'une impossibilité morale, et celle-ci ne peut être définie qu'au regard de l'art. 2 CC. L'*exploitation* dont se rend coupable la partie qui s'en tient au contrat doit s'entendre comme un abus de droit. L'art. 21 CO qui condamne la lésion contemporaine du contrat, applique, tout en la limitant (conditions subjectives), la loi d'équivalence dérivant de la bonne foi. L'*enrichissement* d'une partie, pour régulier qu'il soit dans sa cause, peut défier tout sentiment de justice; c'est en ce sens — non technique — qu'il sera dit illégitime, et appellera restitution par voie d'annulation ou de revision du contrat considéré. Quant à la théorie des *bonnes mœurs*, elle se ramène, en ce qu'elle a de valable, à l'idée de bonne foi. Enfin cette même idée autorise à argumenter *par analogie* — les conditions étant semblables — à partir de dispositions particulières de la loi qui en font une application positive, p. ex. l'art. 373 al. 2 CO.

Synthèse des efforts tentés pour justifier une atteinte au contrat en cas d'imprévision, la règle de bonne foi est aussi le principe qui doit permettre d'établir les conditions de cette atteinte et d'en arrêter les modalités. Tel sera l'objet des deux chapitres suivants.

---

[123]) En ce sens *Bürgi*, p. 105 et ss., critiquant le point de vue volontariste de *Burckhardt*, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, p. 23 ss.

Chapitre II.

Les conditions de l'atteinte au contrat.

Nous n'avons pu éviter, dans l'étude qui précède, d'anticiper sur l'objet des chapitres suivants. En réalité la plupart des questions que soulève la mise en œuvre de la „clausula" ont déjà reçu une ébauche de solution. Il s'agit maintenant de désenvelopper en quelque sorte les résultats acquis pour les appliquer au problème concret.

Deux ordres de questions se posent: 1. Quand y a-t-il lieu, d'une façon générale, de porter la main sur le contrat? 2. De quelle façon — et dans quelle mesure — convient-il de le faire, par un procédé d'annulation ou de revision? — Ces deux ordres de questions ne sont point complètement indépendants l'un de l'autre. S'il n'est pas en droit de reviser le contrat, mais seulement de l'annuler — alors que cette solution reviendrait à faire passer du demandeur au défendeur[124]) le dommage causé par les circonstances —, le juge hésitera davantage à considérer comme remplies les conditions d'une intervention, si justifiée que celle-ci puisse paraître du point de vue du demandeur. Cependant, nous mettant d'emblée au bénéfice de la justification que nous tenterons d'une modification des obligations contractuelles et en tout cas d'un droit à compensation de l'autre partie en cas d'annulation, nous traiterons pour elles-mêmes, dans ce chapitre, des conditions d'une atteinte au contrat, réservant au chapitre suivant, consacré à la nature de l'atteinte, l'examen des conséquences que les modes de l'intervention peuvent avoir sur les conditions de celle-ci.

* * *

---

[124]) Nous appellerons dorénavant (avec *Siegwart*, p. 145) *demandeur* la partie qui désire l'annulation ou la modification du contrat, bien qu'elle fasse le plus souvent valoir cette prétention par voie d'exception à l'action en exécution ou en dommages-intérêts de la partie qui s'en tient au contrat; cette autre partie, nous l'appellerons *défendeur*.

L'application des règles de la bonne foi tend à écarter le trouble apporté à l'économie du contrat par des circonstances qui échappent à la prise des parties. La première condition d'une intervention du juge est donc la *causalité d'un événement extérieur*. D'autre part, le trouble survenant consiste dans la *rupture de l'équilibre* existant lors de la conclusion du contrat, équilibre dont la bonne foi exige jusqu'à un certain point le maintien. C'est la deuxième condition. Enfin, chaque contractant devant prendre ses responsabilités, le déséquilibre subséquent doit *dépasser la mesure du risque assumé* par la partie victime des circonstances. Telle serait la troisième condition.

§ 5. La causalité de l'événement extérieur.

Si l'ordre juridique doit venir au secours de la partie qui souffre lésion, c'est pour conjurer les effets d'événements en soi étrangers à la personne des contractants et sur lesquels ceux-ci n'ont pas eu d'action. Le juge est appelé à porter remède aux conséquences de la fatalité, non pas aux suites de la négligence ou de l'imprévoyance du lésé. Cela suppose que l'événement dont il s'agit ait un caractère supra-individuel, qu'il soit imprévisible et que la partie lésée n'y soit pour rien.

I. Caractère supra-individuel[125]) *de l'événement.*

Les circonstances considérées seront généralement des catastrophes matérielles, économiques, politiques ou sociales, qui frappent tous les citoyens d'un Etat ou d'une région, et qui se traduisent par un renchérissement général, de grandes difficultés dans les livraisons, des restrictions de tout genre, des troubles monétaires, des conflits de travail, etc. Cependant l'événement peut aussi avoir moins d'ampleur et n'affecter qu'un cercle étroit de personnes (cataclysmes naturels, troubles locaux). De toute façon, il suffit qu'il ait en lui-même ce caractère supra-individuel,

---

[125]) *Reichel*, p. 20 s.

sans que ses effets doivent atteindre les deux parties. De fait, très souvent seul le demandeur sera touché, p. ex. l'industriel dont la fabrique a brûlé[126]), l'Etat acheteur de matériel de guerre à l'étranger qui a dû conclure l'armistice, l'entrepreneur qui doit faire face à des conflits de travail[127]). Il reste que l'intéressé doit être atteint du dehors par l'événement; des circonstances personnelles, même fatales, n'entrent pas en ligne de compte ici, mais peuvent dans certains contrats justifier la résiliation en vertu d'une disposition expresse de la loi (la maladie, la mort, art. 269/270, 352, etc.). Mais, d'autre part, les faits en question n'ont pas nécessairement à présenter les caractères de la force majeure[128]), encore moins de la „force majeure qualifiée"![129]) Le simple cas fortuit, qui libère en cas d'inexécution, est aussi opérant lorsqu'il a pour effet de rendre l'exécution intolérable[130]).

---

[126]) Arrêt *Elektrizitätswerke* RO 48 II 366.

[127]) *Reichel*, loc. cit., est d'une autre opinion pour le droit allemand. Il prend l'exemple d'un fabricant qui vend un produit à des conditions favorables parce qu'il s'agit pour lui d'un déchet d'une autre production (sous-produit). Sa fabrique est détruite et, pour exécuter, il devrait se fournir sur le marché à des conditions beaucoup plus onéreuses. Reichel lui refuse le droit de résilier, mais en invoquant en réalité un argument d'un autre ordre: le fabricant aurait dû pratiquer une vente de genre limitée et se ménager un droit de résiliation pour le cas où il cesserait d'exploiter. La question est ainsi reportée sur le terrain de la *faute*.

[128]) Sur cette notion cf. *Oser-Schönenberger*, art. 487, notes 24 ss.

[129]) *Welti*, p. 65 ss.

[130]) *Schönenberger* le déduit, pour le contrat d'entreprise, de l'art. 373, al. 2, qui tient compte, même de faits prévisibles, si les parties ont admis qu'ils ne se produiraient pas. — La jurisprudence a souvent insisté sur le bouleversement total provoqué par la guerre dans la vie économique: p. ex. arrêt *Hüni* RO 47 II 317; RG 101, p. 74. Mais elle n'a pas laissé d'intervenir dans des cas où l'événement perturbateur n'agissait pas avec la force soudaine et irrésistible d'une catastrophe.

II. Imprévisibilité de l'événement.

Si je puis prévoir la survenance de l'événement, je ne suis pas sans influence sur lui; le fait est entré ou aurait dû entrer dans le champ de ma pensée, et ma volonté a pu se déterminer en conséquence. Ce n'est plus en réalité une circonstance extérieure à moi-même. Doctrine[131]) et jurisprudence[132]) sont ici unanimes. Elles s'inspirent d'une disposition de droit positif, l'art. 373 al. 2 CO: Si le lésé a effectivement prévu les événements, il y a lieu d'admettre qu'il en a assumé le risque[133]). S'il ne les a pas prévus, bien qu'ils fussent prévisibles, on peut lui reprocher une faute (ci-dessous III).

La difficulté est de préciser la notion d'imprévisibilité. Il a des gens qui prévoient tout ou du moins ont toujours tout prévu, et des gens qui ne s'attendent jamais à rien. Il faut donc choisir un critère objectif, fait de l'opinion moyenne des milieux intéressés et de la prévoyance communément observée par les hommes d'affaires de la branche[134]). On ne doit pas tenir pour prévisible tout fait dont on se „représente" la survenance (prévisibilité abstraite)[135]); en ce sens, on peut tout prévoir, mais si on prévoyait tout, on n'entreprendrait rien[136]). Pourtant l'imprévisibilité n'équivaut pas à la probabilité; on doit en-

---

[131]) Cf. *Siegwart*, p. 107 ss.; *Weber*, p. 53 ss.; *Reichel*, p. 23; *Oftinger*, p. 233.

[132]) RO 45 II 356, 398; 47 II 315, 399 ss.; 48 II 125, 247, 252, 451; 59 II 374, 380.

[133]) Sur la question du risque, § 7.

[134]) *Weber*, p. 54; *Oftinger*, p. 234, qui tient compte aussi des moyens d'information dont disposent les parties; cf. *Oser-Schönenberger*, art. 373, note 7.

[135]) *Titze*, Richtermacht und Vertragsinhalt, p. 27, cité par *Weber*, p. 55.

[136]) Le TF a jugé imprévisible l'aggravation de la situation économique en Suisse dans les années 30 (arrêt Roggenmoser RO 60 II 211) encore que des experts aient pu la prévoir ou l'aient effectivement prévue.

visager, le cas échéant, même une simple possibilité[137]). Pour mesurer le degré de prévision requis, il faut se reporter à l'époque de la conclusion du contrat: il y a des périodes calmes où règne la confiance, et il y a des périodes troublées où la prudence s'impose[138]); pourtant, même en temps de crise ou de guerre, ce serait paralyser la vie économique que d'exiger que les parties se gardent à pique et à carreau en introduisant dans leurs contrats force réserves et cautèles. D'ailleurs un événement peut être prévisible en lui-même sans l'être dans telle ou telle de ses conséquences: je pouvais prévoir la guerre au printemps 1939, sans supposer que deux ans plus tard le commerce du cuir serait sujet à pareilles restrictions; je pouvais prévoir des difficultés économiques, sans devoir m'attendre à ce qu'une augmentation de prix atteignît telles proportions[139]). Dans cette mesure — fort difficile à déterminer — il y a imprévisibilité, malgré la prévision. Ce qui ne signifie pas encore que l'événement doive être tenu hors de mes calculs parce que je ne m'en faisais pas une image exacte[140]). Nous dirons cependant qu'il doit être de l'ordre prévu. Je puis avoir à envisager seulement une crise économique, une mau-

---

[137]) Même si rien ne fait prévoir une grève, l'entrepreneur doit, dans certaines conditions économiques et sociales, ne pas l'exclure de ses calculs: cf. *Oser-Schönenberger*, loc. cit. De même, n'est pas imprévisible la perte de l'emploi en raison duquel le preneur a conclu un bail de longue durée, lorsque cet emploi pouvait être dénoncé à bref délai: arrêt *Walthert* RO 63 II 79.

[138]) Renouvellement pour trois ans d'un contrat d'impression en 1916, „soit à une époque où le bouleversement général provenant de la guerre s'était déjà produit, où la crise économique allait s'accentuant, où les prix augmentaient sans cesse et où les relations commerciales offraient une grande insécurité": arrêt *Atar* RO 48 II 119. Cf. encore la jurisprudence citée par *Siegwart*, p. 111/2.

[139]) Arrêt *S. A. d'entreprises* RO 50 II 165/6 (augmentation de 60% des matériaux de construction); cf. encore 47 II 317/8, 399; 43 II 177.

[140]) Cf. *Siegwart* et jurisprudence citée.

vaise récolte, une grève ou un lock-out; si une guerre se produit, ce sera pour moi un événement imprévisible.

On parle généralement de circonstances „*extraordinaires*, impossibles à prévoir" (art. 373 al. 2 CO). L'adjectif extraordinaire n'ajoute pas grand'chose, car si peu ordinaires qu'elles soient, les circonstances nouvelles ne seront retenues que si elles sont imprévisibles, et quant aux circonstances ordinaires, elles sont par essence prévisibles. L'imprévisibilité est toutefois fonction généralement de l'*intensité* des changements apportés par les circonstances. On prévoit difficilement des événements qui bouleversent tout, tandis qu'on doit toujours compter, d'après l'expérience de la vie, avec des fluctuations plus ou moins insignifiantes. Il reste que des fluctuations de cet ordre peuvent aussi déjouer les prévisions, tandis que des difficultés graves peuvent parfaitement être prévues[141]). Sous réserve de ce qui précède, le juge retiendra la prévisibilité de l'événement comme tel, quelle que soit son ampleur.

La mesure de la prévision dépend enfin de la durée du contrat. Dans un contrat à court terme, il est beaucoup plus facile de mesurer les difficultés qui vous attendent[142]), encore qu'on puisse nourrir l'espoir d'exécuter avant qu' elles surviennent[143]). Dans les contrats de longue durée, la jurisprudence admet cependant que les parties doivent tenir compte de fluctuations assez considérables[144]) dues à des troubles dont elles ne peuvent prévoir l'origine. On ne peut cependant exiger qu'elles s'attendent à toute espèce de troubles, quelle que soit leur nature ou leur im-

---

[141]) *Siegwart*, p. 111.

[142]) Arrêt *Segessemann* RO 48 II 247 (vente d'une automobile en juin 1919, livrable en juillet-août de la même année; modifications du cours du change italien: prévisibles).

[143]) *Siegwart*, p. 110, qui ajoute que dans un contrat de longue durée les parties peuvent faire le raisonnement inverse et compter que les difficultés auront disparu au moment de l'exécution.

[144]) Arrêt *Nordostschweiz. Kraftwerke* RO 47 II 457 (contrat de livraison d'énergie électrique); arrêt *Vereinigte Luzerner Brauereien* RO 50 II 256 (contrat de livraison de bière).

portance. C'est ce qu'on présumera tout au plus dans les marchés spéculatifs où, en définitive, on ne se demandera même pas si les événements étaient prévisibles ou non[145]).

Si d'une façon générale, l'imprévisibilité de l'événement doit s'apprécier d'après un critère objectif et non selon le sentiment des parties, il est un cas où celui-ci est décisif, c'est lorsqu'elles ont admis dans leurs prévisions que ledit événement ne se produirait pas. Il s'agit de l'*imprévisibilité subjective*. La circonstance considérée était de soi prévisible, mais ayant été rejetée hors des prévisions, elle est pour les parties un imprévu le jour où elle se produit. Le CO actuel, par opposition à l'ancien, a consacré cette idée à l'art. 373 al. 2. Il ne s'agit pas d'une condition intégrée au contrat, mais d'une „présupposition" qui est opérante par elle-même[146]). Elle n'a pas besoin d'être expresse, mais peut aussi résulter de faits concluants[147]). La règle a son fondement dans la bonne foi, c.-à-d. dans la confiance réciproque des parties, et peut par conséquent, dans des conditions semblables, être étendue à d'autres contrats[148]).

III. Le rapport de causalité et l'absence de faute du lésé.

Le trouble apporté à l'économie du contrat doit être effectivement l'œuvre des circonstances, et non pas celle du lésé lui-même. La faute du demandeur entraîne en

---

[145]) Ci-dessus, § 7 I 2 B a.

[146]) Cf. *Oser-Schönenberger*, art. 373, note 8.

[147]) Exemple: Avant le début de la construction, le terrain a été expertisé; le forfait n'est pas définitif si, malgré le rapport d'expert auquel on s'est tenu de part et d'autre, les conditions du terrain se révèlent moins favorables (*Oser-Schönenberger*, loc. cit. et jurisprudence citée).

[148]) En ce sens, *Weber*, p. 57. On ne peut dire qu'elle soit commandée par la protection particulière que la loi assurerait à l'entrepreneur. La jurisprudence a p. ex. admis, en matière de vente, que lorsque l'acheteur lui aussi connaissait ou devait prévoir les difficultés du vendeur, il fallait une déclaration expresse de la part du premier pour que le second doive supporter toute la perte: arrêt *Bourne* RO 47 II 401.

principe déchéance du droit d'obtenir protection du juge. On rattache généralement cette règle aux art. 97 et 119 CO: si le débiteur ne peut demander sa libération quand l'exécution lui est impossible, à fortiori ne le pourra-t-il pas quand l'exécution lui est simplement plus difficile[149]). Si on n'opère pas avec l'impossibilité, on dira qu'un principe général de justice — ou simplement la bonne foi — ne permet pas à une partie de se plaindre d'un déplacement de valeurs dont elle est elle-même responsable[150]). C'est l'idée qui fonde la théorie de la faute concomitante en matière de dommages-intérêts (art. 44 CO) — et qui rend compte également de l'art. 97 CO. La faute de la partie lésée est de nature à exclure, à interrompre ou à relativiser la causalité de l'événement perturbateur du contrat, comme la faute concomitante de la victime le fait à l'égard de l'acte dommageable.

La faute dont il s'agit n'est pas non plus ici la faute au sens technique, qui est la face subjective d'un acte illicite[151]) ou contraire au contrat; mais ce n'est pas simplement toute attitude dommageable de la partie lésée, tout fait de sa part qui a pu contribuer à créer le dommage[152]):

---

[149]) *Siegwart*, p. 113.

[150]) *Weber*, p. 60; *Reichel*, p. 23; *Oftinger*, p. 233.

[151]) *v. Tuhr*, I, p. 90. Le TF note que ce n'est pas une faute pour une compagnie d'électricité de se transformer à une époque troublée en une entreprise mixte et d'être ainsi amenée à construire de nouvelles et coûteuses installations: arrêt *Nordostschweiz. Kraftwerke* RO 47 II 461. Il a cependant retenu le fait.

[152]) Il nous semble qu'on ne puisse tenir pour un fait dont il est responsable — ou pleinement — la nationalité du vendeur dans un marché d'avant-guerre, lorsque celle-ci est le motif d'un séquestre pratiqué, une fois la guerre éclatée, par les autorités d'un pays transitaire; en sens contraire, *Siegwart*, p. 126 (dans le cas concret, cette circonstance n'a pas joué de rôle au procès: arrêt *Beer* RO 44 II 416). Il en est autrement lorsque, au cours de la guerre, un Suisse s'associe en Espagne avec un Allemand et se fait inscrire sur la liste noire des autorités françaises: arrêt *Steiner* RO 48 II 215. En un certain sens, le fait de ne pas avoir prévu l'imprévisible contribue à causer la lésion; et cependant

la faute en question suppose qu'on puisse lui adresser un reproche pour n'avoir pas observé dans les circonstances données la prudence d'un homme d'affaires avisé.

La faute première est de ne prévoir point ce qui était prévisible ou de contracter malgré cette prévision; il faut voir dans cette imprévoyance, et non pas dans l'événement survenu, la véritable cause du trouble lésionnaire[153]). Ce point a déjà été traité, nous n'y revenons pas. Pour le surplus, la jurisprudence offre une riche casuistique de fautes concomitantes aux circonstances imprévisibles[154]). Elles peuvent être le fait du débiteur de la prestation (vendeur) comme du créancier de celle-ci (acheteur)[155]). Elles se placent au moment de la conclusion du contrat[156]) comme au cours de sa durée[157]), notamment dans la préparation de l'exécution[158]); à cet égard, le débiteur doit s'y prendre à temps[159]); il doit en particulier se fournir lui-même assez tôt (se couvrir)[160]). L'exécution non ponctuelle[161]) et sur-

on ne peut reprocher à une partie de n'avoir pas stipulé une clause exclusive de responsabilité pour faits imprévisibles.

[153]) *Siegwart*, p. 113. En ce cas, la „faute" se ramène à l'acceptation (présumée ou effective) du risque. Plusieurs des fautes signalées ci-dessous devront également s'interpréter dans le même sens. Cf. § 7 I 2 B c.

[154]) Cf. *Siegwart*, p. 115 ss.

[155]) L'acheteur néglige de faire à temps ce qui lui incombe dans l'exécution, p. ex. livrer l'emballage: arrêt *Stickstoffdünger* RO 45 II 60.

[156]) Le vendeur conclut un trop grand nombre de marchés, au moment où il lui est déjà difficile de se procurer les objets: Bl. f. zürch. Rsprech. 21, p. 67 (marchés de fournitures de 50 automobiles).

[157]) Extension inopportune de l'affaire entraînant augmentation des frais généraux, ou des obligations accrues à l'égard de tiers: arrêts *Nordostschweiz. Kraftwerke* RO 47 II 460; *Aarg. Elektrizitätswerk* RO 48 II 448.

[158]) Marché négligé pour en conclure d'autres plus avantageux: arrêt *Brenner* RO 45 II 199.

[159]) Arrêt *Bourne* RO 47 II 400.

[160]) Arrêts *Pfister* RO 44 II 514; *Schlamm* RO 45 II 42. *Weber*, p. 61.

[161]) Arrêt *Doetschmann* RO 42 II 372.

tout la demeure[162]) ne permettront généralement pas au débiteur d'exciper d'imprévision, quand les circonstances extraordinaires surviennent après coup; si elles brisent l'équilibre du contrat, la cause en est le retard apporté à l'exécution[163]). On tiendra compte aussi, sous l'angle de la faute, de l'attitude des parties postérieurement à l'arrivée des circonstances imprévisibles. La bonne foi les oblige à tout faire pour empêcher l'aggravation de la situation[164]). La partie lésée est en particulier tenue d'informer aussitôt l'autre partie des difficultés qu'elle éprouve et des intentions qu'elle nourrit; il importe que l'acheteur soit mis à même de se fournir ailleurs avant que les conditions deviennent plus défavorables encore[165]).

La faute de la partie lésée ne supprimera ou n'interrompra pas toujours la causalité de l'événement. Il faut se livrer à une comparaison entre la puissance des bouleversements extérieurs et la gravité de la négligence ou de l'imprudence qui a contribué à provoquer le trouble. L'imprévoyance radicale exclura toujours l'appel à la fatalité. En dehors de ce cas, un retard excusable, une mesure simplement inopportune peuvent apparaître sans rapport avec les difficultés qui ont surgi[166]). Cependant dans la mesure où la protection de la partie lésée revient à faire supporter à l'autre partie les conséquences d'une événe-

---

[162]) Arrêt *Fraisse* RO 44 II 71; *Weber*, p. 61.

[163]) *Oftinger*, p. 233.

[164]) Reproche fait au demandeur d'avoir refusé une offre de renonciation au contrat à une époque où l'exécution était déjà devenue plus onéreuse pour lui: arrêt *Luzerner Brauereien* RO 50 II 264.

[165]) *Weber*, p. 62; *Nipperdey*, p. 28; Arch. f. civ. Praxis, t. 118, p. 141 ss. Sur l'obligation des parties de chercher un terrain d'entente, cf. chap. III § 10 I.

[166]) Lorsque le TF a retenu des fautes de ce genre (RO 42 II 372, 47 II 460), d'autres motifs militaient toujours encore pour le rejet du moyen. Cf. en outre ce que nous avons dit sous II du départ à faire dans un même événement entre le prévisible et l'imprévisible.

ment dans lequel elle n'est, elle aussi, pour rien, on aurait lieu de se montrer plus sévère dans l'appréciation de la faute concurrente, comme on l'est pour la faute concomitante en cas de responsabilité causale[167]).

§ 6. La rupture de l'équilibre contractuel.

Il va sans dire que le changement survenu dans les circonstances doit avoir une influence sur le contrat. Des événements extraordinaires, comme la guerre, ne sauraient être un prétexte à se défaire d'obligations régulièrement contractées, quand celles-ci ne sont pas affectées par ces événements. Peu importe que les parties aient même exclu de leurs prévisions telle ou telle circonstance, si, quand cette circonstance se produit, elle n'a pas d'effet perturbateur[168]).

D'autre part, le moyen tiré de l'imprévision suppose qu'il y ait encore un contrat, c.-à-d. que les obligations qui en dérivent ne soient pas encore complètement exécutées. Si la convention a épuisé tous ses effets, son adaptation aux circonstances n'est plus concevable. On voit cependant la loi permettre parfois de revenir sur un contrat entièrement exécuté: c'est le cas en matière de donations (art. 249 CO). Mais en dehors de cette hypothèse, une partie ne pourrait invoquer que les règles sur l'enrichissement: en exécutant une obligation devenue exorbitante dont elle aurait pu, à ce titre, se défaire, elle aurait payé un indû. Mais cette prétention serait sans doute rejetée, parce que l'exécution sans réserves de l'obligation prouve que celle-ci a

---

[167]) *v. Tuhr*, I, p. 92. — La faute d'un tiers serait aussi propre à exclure ou interrompre la causalité (cf. en matière d'actes illicites, p. ex. l'arrêt *Blanc* RO 64 II 120); la défaillance de mon propre fournisseur, si elle n'est pas due aux seules circonstances, mais lui est imputable à faute, ne saurait me libérer; je n'aurais qu'un recours contre lui.

[168]) *Reichel*, p. 21 et 6. Sauf clause prévoyant expressément qu'en cas de guerre p. ex., le contrat sera d'emblée caduc.

été tenue pour tolérable[169]). La jurisprudence refuse même de revenir sur les phases accomplies d'un contrat[170]).

Le trouble apporté au contrat consiste dans une rupture de l'équilibre existant lors de sa conclusion. C'est là ce qui heurte la loi d'équivalence, corollaire des règles de la bonne foi. Pour appeler l'intervention du juge, la disproportion subséquente doit avoir une certaine importance; nous montrerons qu'elle doit dépasser la mesure du risque assumé par la partie lésée (ci-dessous, § 7). Mais, avant d'examiner cette condition, il convient de considérer en lui-même le déséquilibre des prestations réciproques. Que faut-il entendre d'abord par ces prestations (I)? Comment mesurer leur disproportion (II)?

I. Les prestations réciproques.

La loi d'équivalence ne découle pas de la nature du contrat synallagmatique. Le „synallagma" se rapporte à la structure de l'obligation; il commande la dépendance des engagements réciproques dans leur naissance et leurs effets. Il n'exige qu'une chose, c'est qu'en principe une partie ne soit tenue de prester que si l'autre en fait autant. Il n'a pas trait au rapport de valeur des contenus de l'obligation[171]).

Le principe d'équilibre est un postulat de la bonne foi; il procède de l'idée que les parties, en fixant leurs prestations réciproques, ont en vue un échange de biens, un ajustement d'intérêts[172]). C'est entre ces biens, entre ces intérêts que doit régner une certaine équivalence. Partant, le rapport ne s'établira pas seulement entre les deux termes d'un contrat synallagmatique, entre des prestatations au

---

[169]) Ci-dessous, § 7 I 2 B c.

[170]) RO 47 II 450, 48 II 253 (contrats de livraison électrique). Cf. à ce sujet *Siegwart*, p. 82/3; *Weber*, p. 14; *Fick*, p. 198; *Stammler*, p. 49/50.

[171]) Cf. ci-dessus chap. I § 3 la signification des art. 82, 83, 119 et ci-dessus § 4 I 2 la critique de la théorie de l'équivalence basée sur l'idée de cause.

[172]) *Weber*, p. 37.

sens étroit, mais entre ce que nous appellerions deux *positions contractuelles*. Pour juger de ce qui constitue ces positions, on ne se placera pas à un point de vue rigoureusement juridique, mais on verra les choses dans le concret, sous l'angle économique. On recherchera ce qu'en fait les parties se sont l'une à l'autre apporté. Ainsi, dans un contrat mixte, on considérera les prestations dans leur ensemble; p. ex. dans un bail avec chauffage, la prestation du bailleur embrassera la remise des locaux et le service de chauffe, et le loyer global sera mis en relation avec l'un et l'autre[173]). Dans un contrat à livraisons successives, la „prestation" de chaque partie sera faite de l'ensemble des marchandises livrées ou des paiements opérés jusqu'au jour où le déséquilibre sera allégué[174]). Lorsque les parties sont liées par deux contrats dépendants l'un de l'autre, la prestation de chacune devra comprendre tout ce à quoi elle est obligée par les deux contrats.

Il suit que l'application de la „clausula" ne saurait de soi se limiter aux contrats essentiellement bilatéraux, comme l'admettent la plupart des auteurs[175]), à la suite d'affirmations de la jurisprudence[176]). Le remboursement du prêt, qui n'est pas une contre-prestation au sens technique, en est une au plan où l'on se place ici; une disproportion peut se produire entre la somme prêtée et la somme en espèces semblables offerte en restitution (chute des cours); aussi bien la jurisprudence est-elle parfois intervenue pour revaloriser la dette de l'emprunteur, et a par là admis l'atteinte pour imprévision aux contrats bilaté-

---

[173]) Cf. de ce point de vue la critique de l'arrêt *Hüni* RO 47 II 314 ss. par *Henggeler*, p. 250a, qui reproche au TF d'avoir isolé les deux parties du contrat.

[174]) Cf. ci-dessous II, l'appréciation du déséquilibre.

[175]) Cf. p. ex. *Weber*, p. 12/13, 19; *Reichel*, p. 19. *Siegwart* part implicitement de cette idée.

[176]) Arrêt *Schweiz. Gasglühlicht* RO 46 II 157 (garantie de dividende par un tiers).

raux imparfaits[177]). Peut-on aller plus loin et concevoir une rupture d'équilibre dans un contrat unilatéral, tel que la donation, le contrat de garantie ou le cautionnement? De par la nature de l'acte, le donataire n'apporte rien au donateur, ni le créancier à la caution ou au garant. Mais il faut voir positivement ce qu'il en est. On constate p. ex. que la loi confère au donateur un droit de révocation, voire de réduction à raison de circonstances nouvelles: c'est quand se produit un déséquilibre entre les engagements pris (ou exécutés) et les raisons qu'avait le donateur de faire sa libéralité, entre l'obligation de donner et le „titre" du donataire, comme si l'ingratitude survenante (art. 249 ch. 1 et 2) ou la récente situation financière du donateur (art. 250 ch. 2 et 3) annulait la causa donandi. Le titre du donataire à la libéralité, c'est sa position contractuelle. Il est de nature essentiellement morale, en sorte que les considérations à la base des art. 249 et 250 ne pourraient guère être étendues à d'autres contrats. Mais il peut aussi avoir un aspect proprement juridique, c'est lorsqu'il comporte des charges (art. 249 ch. 3). Celles-ci représentent — avec le titre moral — la prestation du donataire au sens où nous prenons ce terme ici[178]). Or une condition ou une charge peut être liée à d'autres contrats unilatéraux, et constituera aussi dans ces cas une prestation du créancier. La caution offre p. ex. sa garantie au créancier à condition que celui-ci lui consente tel avantage. Cette condition pourra même n'être pas expresse, et découler des rapports d'affaires des parties[179]). Mais là où de l'ensemble des cir-

---

[177]) Arrêt *Hinrichsen* RO 51 II 311 et arrêts postérieurs: 53 II 78; 54 II 317; 57 II 370, 599; 58 II 125.

[178]) Donation d'une propriété à charge de verser une rente au donateur ou à un tiers; la question se poserait de savoir si, en cas de dévaluation, le donataire serait encore censé exécuter la charge en payant la rente en monnaie dépréciée, alors que la valeur de l'immeuble serait demeurée objectivement la même.

[179]) Il faut mettre à part le cas où le créancier prend des engagements positifs envers la caution ou un tiers, et où leur rapport

constances, on ne peut construire une prestation du créancier, il n'y a pas place pour l'application de la clausula, car celle-ci suppose un rapport de réciprocité qui est troublé par les événements[180]).

II. L'appréciation du déséquilibre.

Le déséquilibre qui se produit entre les prestations doit être considéré dans la personne du demandeur à l'annulation ou à la revision[181]). Il s'agit de mesurer le préjudice qu'il subit. Celui-ci peut se traduire par une augmentation de valeur de sa propre prestation ou par la dépréciation de la prestation qu'il reçoit en échange. Pour le vendeur p. ex., l'exécution devient plus onéreuse (difficultés d'approvisionnement, etc.), ou bien le prix promis diminue en valeur relative (dévaluation). Pour l'acheteur, le prix à payer pourrait devenir objectivement plus lourd (déflation massive), ou bien c'est l'intérêt à la chose qui disparaît pour lui[182]).

---

prend le caractère d'une convention synallagmatique: cf. *Schönenberger*, art. 492, note 13.

[180]) L'arrêt *Gasglühlicht*, cité p. précédente note 178, nous paraît ainsi inattaquable. L'obligation du garant a sa cause dans son rapport avec le débiteur, rapport qui est pour le créancier une „res inter alios". *Simonius* ne veut pas exclure de la revision le contrat de garantie (Sem. intern. p. 181). Il semble opérer avec une idée volontariste: aggravation du risque telle qu'il est invraisemblable que, dans les circonstances nouvelles, une garantie de ce genre soit encore assumée par quelqu'un. Nous ne verrions de recours que dans l'idée d'un trouble radical dans les positions respectives des parties, comme en matière de donation.

[181]) La disproportion vue du côté du défendeur (qui pourra ne pas être corrélative) sera prise en considération pour l'ajustement des prestations et des indemnités. Question de l'enrichissement, § 7 II 4 et chap. III § 10 III 1.

[182]) Ces hypothèses peuvent d'ailleurs se combiner. Le vendeur rencontre plus de difficultés à exécuter au moment où le prix se déprécie; si la monnaie se revaluait, il y trouverait au contraire une certaine compensation. Quant à l'acheteur qui n'a plus d'intérêt à la prestation, il ferait, dans ce cas, une perte d'autant plus grande; si en revanche il pouvait s'acquitter en monnaie dévaluée, sa perte serait diminuée dans la mesure de la dépréciation.

Pour apprécier la disproportion survenue, on comparera ce que représentent actuellement l'une et l'autre prestation. On le fera d'abord objectivement, en considérant le prix promis et le prix du jour. Mais on tiendra compte aussi de certaines circonstances propres au débiteur[183]), sans sortir cependant de ce qui a trait au contrat considéré[184]). *Siegwart*[185]) relève qu'en présumant l'équivalence initiale et supposé que l'une des prestations n'ait pas varié, on peut aussi comparer la prestation du demandeur telle qu'elle se présenterait si les circonstances n'avaient pas changé, et cette même prestation telle qu'elle s'offre aujourd'hui. Les tribunaux se contentent généralement d'une appréciation approximative, en caractérisant le déséquilibre d'une formule[186]). Parfois cependant ils sont plus précis et donnent des chiffres[187]). Ces précisions sont utiles non seulement pour faciliter, le cas échéant, l'aménagement des obligations, mais pour décider du principe même de l'atteinte au contrat par la comparaison du déséquilibre survenu avec le risque assumé (ci-dessous § 7 I 2).

La rupture du rapport entre les prestations doit s'apprécier eu égard à l'équilibre initial. Celui-ci peut déjà être boiteux. Le moyen tiré l'imprévision n'a pas pour but de rétablir en faveur du demandeur une équivalence qui

---

[183]) *Siegwart*, p. 146: possession de grosses réserves ou de moyens particuliers de production, qui font que la prestation revient au débiteur moins cher que ne l'indique le prix du marché.

[184]) La prestation ne saurait être évaluée plus ou moins haut selon la „surface" du débiteur. Ci-dessous, § 7 II 2.

[185]) Op. cit. p. 146/7.

[186]) P. ex.: la prestation est devenue toute différente; c'est en réalité, du point de vue économique, une autre prestation.

[187]) Cf. arrêt *Dampfschiffsgesellschaft* RO 48 II 252, où le TF constate en pour-cent le recul du trafic voyageurs sur les bateaux à vapeur du Lac des Quatre Cantons, la réduction des courses, et l'influence de ces facteurs sur le rendement de l'entreprise de restauration affermée. Cf. également l'arrêt *Rogenmoser* RO 60 II 210: bail de locaux à destination de restaurant au prix de plus de 150 000 fr. par an, pour un chiffre d'affaires qui peut atteindre au plus 800 000 fr.

n'a jamais existé. Seules les règles de la lésion peuvent porter remède ici. Il faudra donc que la disproportion initiale ait été aggravée par les circonstances[188]). En revanche, si le contrat était d'emblée favorable au demandeur, c'est l'établissement de l'équivalence qui constitue, par rapport à la situation initiale, un déséquilibre [189])

Dans les contrats comportant un élément aléatoire (marchés spéculatifs), les prestations sont nécessairement appelées à être inégales, puisque ces contrats engendrent des risques de gain ou de perte pour les deux parties. On ne saurait donc inférer de cette inégalité même qu'un déséquilibre s'est produit. On doit présumer cependant qu'un rapport d'équivalence existait au début, non pas entre les prestations, mais entre les chances de gains et de perte pour les deux parties[190]). C'est ce rapport qui peut être troublé par les circonstances nouvelles, comme il peut d'ailleurs être d'emblée lésionnaire[191]). Mais cette question se confond avec celle du dépassement du risque, car la rupture de l'équilibre des chances — qui peut se révéler par une inégalité excessive des prestations — comporte par elle-même que le risque assumé a été dépassé (ci-dessous § 7 I 2 B a.)

Le déséquilibre des prestations peut se produire dans un contrat de courte durée comme dans un contrat de longue durée. Rien n'autorise de soi à exclure l'application de la „clausula" dans le premier cas. Il suffit que, l'exécution étant différée, il puisse survenir dans l'intervalle des événements qui troublent le régime du contrat.

---

[188]) Arrêt *Rogenmoser* précité, p. 214.

[189]) Ce n'est pas à dire que le demandeur puisse invoquer l'imprévision pour être rétabli dans ses avantages (RO 47 II 457, 50 II 256); mais c'est là une autre question. — Sur la signification du déséquilibre initial pour apprécier le risque assumé, cf. ci-dessous § 7 I 2 B b.

[190]) Cf. Planiol-Ripert-*Esmein*, Obligations, t. VI, p. 49, note 1.

[191]) Voir la jurisprudence française, pourtant hostile à la lésion, au sujet de la rescision des contrats aléatoires compris dans la catégorie des ventes immobilières; *Esmein*, op. cit. p. 51.

Cet intervalle n'a pas besoin d'être long[192]), car les événements peuvent se précipiter. Dans les contrats de longue durée, la comparaison s'effectuera non pas entre les deux prestations aujourd'hui échues, mais entre les prestations additionnées que se font faites les parties au cours du temps; l'inégalité d'aujourd'hui peut ainsi être compensée par l'inégalité d'hier: il n'y a alors pas déséquilibre[193]). Avec *Siegwart*[194]), nous appliquerions la même idée au rapport de divers contrats dans l'ensemble des relations d'affaires des parties; la bonne foi ne voit pas chaque contrat pour lui-même, elle voit deux parties tenues par un certain nombre de liens. En revanche les contrats que le demandeur a conclus avec d'autres personnes ne peuvent à cet égard être pris en considération[195]).

§ 7. Le dépassement du risque.

La seule altération du rapport initial entre les prestations ne suffit pas à justifier une atteinte au contrat. Toute personne qui conclut une affaire en escompte des

---

[192]) Comme l'exige à tort *Weber*, p. 12, et dans l'intitulé même de sa thèse: „Das richterliche Änderungsrecht bei *Dauer*verträgen." Ainsi que le dit *Siegwart*, p. 82, une certaine durée du contrat est une condition naturelle, mais non essentielle de l'intervention du juge: naturelle, car il y aura rarement imprévision dans un contrat à court terme. Le TF pose quelquefois la condition de longue durée (arrêt *Segessemann* RO 48 II 247; arrêt *Migros* RO 62 II 45), mais plutôt incidemment et sans qu'il se dispense d'examiner le fond.

[193]) „Die guten und schlechten Jahre sind ineinander zu rechnen": RO 47 II 459. Cf. aussi 50 II 265. Dans le même sens, la jurisprudence du Conseil d'Etat français, *Ripert*, La règle, p. 159/60. Mais on ne peut, quand l'affaire tourne d'emblée mal pour le demandeur, mettre en balance de futures bonnes années: arrêt *Rogenmoser* RO 60 II 215 (pour nous, indépendamment des raisons qu'on y aurait; les espérances ne jouent pas de rôle lorsqu'il s'agit de mesurer la disproportion survenue; elles peuvent en jouer un dans l'aménagement du contrat ou le règlement des indemnités).

[194]) Op. cit. p. 149.

[195]) A ce sujet ci-dessous, § 7 II 2, note 285.

avantages, mais doit aussi s'attendre à des difficultés ou à des déceptions. Le commerçant en particulier envisagera toujours une marge plus ou moins grande de gain ou de perte. C'est là le *risque du contrat*, fait de l'incertitude quant à son cours favorable ou défavorable[196]). Si le risque se réalise, la partie touchée devra exécuter son obligation, même si cela comporte pour elle une perte considérable[197]). Le principe de responsabilité personnelle met en échec la loi d'équivalence.

En revanche les règles de la bonne foi entrent en jeu au moment où le trouble survenu sort de tout calcul que pouvait faire le demandeur, où le déséquilibre des prestations n'est plus couvert par aucune prévision; nous disons alors que le risque est dépassé. La jurisprudence demande que la disproportion subséquente soit excessive[198]), mais elle n'indique pas, du moins pas expressément, le terme de comparaison. Ce terme, c'est le risque du contrat; *la disproportion des prestations doit être disproportionnée à ce risque*. Pour décider s'il y a lieu à intervention du juge, il faut comparer la rupture d'équilibre au risque assumé. Nous avons traité au paragraphe précédent du déséquilibre interne des prestations. Il s'agit de voir maintenant comment on doit mesurer le risque (I) et ce que signifie son dépassement (II).

I. La mesure du risque assumé.

1. Notion et objet du risque.

Le risque, c'est la possibilité de perte que je dois prendre à ma charge. L'étendue de la perte possible et le degré de sa probabilité dépendent des prévisions que

---

[196]) *Titze*, Richtermacht und Vertragsinhalt, p. 20.

[197]) Cf. art. 373 al. 1: „Lorsque le prix a été fixé à forfait, l'entrepreneur est tenu d'exécuter l'ouvrage pour la somme fixée, et il ne peut réclamer aucune augmentation, même si l'ouvrage a exigé plus de travail ou de dépenses que ce qui avait été prévu."

[198]) „Die Störung muss . . . gross, auffällig, übermässig sein", RO 59 II 378.

je fais et que j'ai à faire[199]). Le risque assumé est ainsi fonction de la prévisibilité au sens où nous avons cherché à la définir (ci-dessus § 5 II). Si je n'ai pas prévu un événement que je devais prévoir, je suis censé avoir accepté le risque lié à cet événement, pour autant du moins que, l'ayant prévu, j'aurais pu encore en prévoir les conséquences concrètes: l'acceptation du risque m'est imputée à raison de ma faute[200]). Mais si l'on dit que j'ai assumé le risque parce que j'ai effectivement prévu l'événement et même ses conséquences, il ne s'agit guère d'une acceptation consciente (le cas de conventions sur le risque réservé, ci-dessous 2 A). C'est plutôt que le débiteur est placé dans le cas où il serait s'il avait assumé le risque. On feint une acceptation volontaire du risque normal, comme on feignait l'exclusion du risque anormal par la clausula rebus sic stantibus. Cette fiction recouvre en réalité l'idée d'une *délimitation objective des sphères de risque*, dictée par des considérations de politique juridique[201]). Nous l'avons dit: ce que j'ai prévu ou dû prévoir tombe d'une certaine façon sous mon pouvoir, il m'appartenait de me garantir en renonçant au contrat ou en y introduisant une réserve[202]). Seul l'imprévisible échappe à ma responsabilité (réserve étant cependant faite du cas où nos prévisions mutuelles ont exclu une circonstance en soi prévisible, imprévisibilité subjective). Cependant c'est l'ordre juridique qui statue de la

---

[199]) J'assume naturellement aussi le risque pour les événements déjà survenus que je connais ou dois connaître. Nous laisserons de côté ce point.

[200]) Ci-dessus § 5 III, p. 36, note 155.

[201]) Cf. *Kegel*, p. 151/2.

[202]) Inversement, ce qui rentre dans ma sphère personnelle ou d'intérêts sera généralement réputé prévisible: le refus d'autorisation de faire de la chose louée l'usage espéré me concerne personnellement; j'ai de soi à en répondre; cf. arrêt *Migros* RO 62 II 42. Il en est autrement si l'usage prévu est compromis par des événements extra-individuels: arrêt *Grätz* RO 46 II 171. C'est sous cet angle qu'il faut envisager la question de la faute en matière d'imprévision: ci-dessus § 5 III.

sorte, ce n'est pas les parties; celle d'entre elles qui est victime des circonstances dira toujours qu'elle n'a pas pris pareil risque, et, d'un point de vue subjectif, elle aura peut-être raison. Mais — pour employer le langage de la „Geschäftsgrundlage" — la prévisibilité objective de l'événement fait présumer que le créancier n'a pu reconnaître l'intention qu'avait le débiteur de restreindre sa responsabilité dans cette éventualité.

Dans le sens où on peut dire que j'assume un risque, cela se rapporte à deux choses: à l'étendue de la perte possible et au degré de sa probabilité. Je compte ou suis censé compter avec une perte de x qui a x chances de se produire. Le risque que j'assume peut être dépassé de deux manières: soit que j'éprouve effectivement une perte supérieure, soit qu'éprouvant la même perte, il se révèle qu'elle était en réalité plus probable que je ne pouvais m'y attendre. Le premier cas n'offre pas de difficultés; il peut se présenter dans l'hypothèse où les conséquences d'un événement à prévoir dépasse mes prévisions, comme dans l'hypothèse où le déséquilibre inattendu est le fait de circonstances que je n'avais pas à prévoir. Le second cas appelle quelques remarques. Il suppose que j'aie eu à envisager tel événement à l'exclusion de tel autre, et que la perte prise à charge se produise par suite de cet autre événement. Je songeais p. ex. à un renchérissement dû à une mauvaise récolte, et c'est la guerre — que par hypothèse je n'avais pas à prévoir — qui cause ce renchérissement. Ayant vendu à terme, j'éprouve une perte; mais, comme c'est la perte que j'avais supputée, ai-je le droit de me plaindre? On répond généralement: non. Et cependant on ne doit pas séparer la perte possible de la cause de celle-ci[203]). Le risque que j'assume en prévoyant un seul

---

[203]) En ce sens *Kegel*, p. 137. La distinction est surtout importante pour les marchés spéculatifs, ci-dessous 2 B a. — Si deux fabriques de chaussure se répartissent le marché, en ce sens que la première fait le soulier de cuir et la seconde le soulier de bois, les parties ont bien pu prévoir un changement de mode qui donne

facteur de trouble est moins élevé que celui que je prends sur moi en en prévoyant deux ou plusieurs. Il suffit de penser, en matière d'assurance, à la surprime pour risque de guerre. De fait, si j'avais prévu la guerre, je me serais selon toute probabilité garanti contre elle, soit en formulant une réserve (à moins que je n'aie même renoncé au marché), soit en me faisant consentir un supplément de prix, c.-à-d. une sorte de prime, qui eût réduit ma perte le jour où la guerre aurait éclaté. Dès lors, si n'ayant pas à prévoir le cas de guerre, celui-ci précisément arrive, la lésion subie est hors de mes prévisions, encore qu'elle ne soit, en elle-même, pas supérieure à ce que j'avais estimé en envisageant tel autre facteur de trouble. La perte est apparemment la même, mais le coefficient de probabilité est dépassé, en sorte que la même perte est en réalité supérieure: elle l'est en tout cas de la „prime" par laquelle je me serais couvert si j'avais prévu le facteur qui a opéré.

2. La mesure du risque assumé.

L'acceptation du risque, comme son exclusion ou sa limitation, peut être l'objet d'une véritable convention (A). A ce défaut, le risque sera déduit des circonstances (B).

A. Les conventions sur le risque.

a) Exclusion ou limitation du risque.

L'accord à ce sujet peut ne pas être exprès, mais résulter aussi de faits concluants, p. ex. d'une autre stipulation du contrat[204]). Il doit cependant s'agir d'un accord

---

la préférence au soulier de bois, mais il n'est pas dit qu'elles aient prévu ou dû prévoir la guerre et ses restrictions de cuir. Si elles n'ont pas prévu ce risque (ou cette chance), la première de ces fabriques se trouverait en réalité n'avoir pas mesuré la portée de ses engagements, même si le changement de mode ne lui eût pas causé un tort supérieur. Cf. l'hypothèse dans un arrêt du TF du 24 juin 1942 en la cause *Schuhfabrik c. Hug.*

[204]) La clause „franco Chiasso" indique que le contrat vise une marchandise étrangère et que le vendeur ne sera pas tenu de se couvrir au prix fort sur des marchandises existant en Suisse: arrêt *Huber* RO 43 II 174.

véritable, par opposition au cas où le risque est simplement inféré des circonstances objectives (ci-dessous B)[205]). Lorsque les réserves sont formelles[206]), elles excluent ou restreignent la responsabilité du débiteur d'une façon générale (Freizeichnungsklauseln, clauses „sans garantie") ou en vue de certaines hypothèses définies (interdiction d'importation ou d'exportation, difficultés de transport, etc.) notamment en cas de guerre. Elles stipulent que l'obligation de livrer prendra fin[207]) ou dépendra de la possibilité d'exécuter[208]) ou sera différée[209]). Outre le droit de résilier, elles peuvent prévoir une adaptation aux circonstances, p. ex. une augmentation de prix[210]). L'acheteur peut aussi se réserver la possibilité de faire de la chose l'usage espéré[211]). De même, le locataire peut stipuler que le bail est conclu en vue d'une utilisation des locaux à des fins spéciales[212]).

---

[205]) On peut parfois hésiter sur la limite entre les deux cas; ainsi, lorsque le TF déduit de la nature du commerce du vendeur, du calcul du prix, du cours antérieur des relations d'affaires, que la marchandise doit préalablement être importée et que le vendeur ne prend pas de responsabilité pour la possibilité de cette importation: arrêt *Schlamm* RO 45 II 42.

[206]) *Siegwart* (p. 100) comme *Weber* (p. 18) insistent sur les inconvénients que présentent ces clauses; leurs effets se répercutent sur les contrats des sous-acheteurs; facilement elles passent inaperçues et réservent des surprises même à ceux qui se les ont fait stipuler. C'est là un motif de ne point se montrer trop strict dans l'appréciation de la prévisibilité des événements et des conséquences que les parties eussent dû en tirer.

[207]) Arrêt *Brenner* RO 45 II 193.

[208]) Arrêt *Pfister* RO 44 II 510.

[209]) Arrêts *Schlamm* RO 45 II 37; *Segessemann* RO 48 II 243.

[210]) Arrêt *Aarg. Elektrizitätswerk* RO 48 II 444.

[211]) Arrêts *Compagnie suisse* RO 42 II 221, 228; a contrario *Elektrizitätswerke* RO 48 II 372.

[212]) En ce cas, son obligation dépend alors de la possibilité d'atteindre ces fins. Arrêt *Emrich* RO 57 II 532 et *Migros* RO 62 II 42. Il ne s'agit nullement ici de l'impossibilité de l'art. 119 CO, comme le TF semble l'admettre dans ces arrêts. L'impossibilité de l'usage n'entraîne pas pour le preneur l'impossibilité de prendre possession. Cf. ci-dessus § 3 II 1.

La validité de ces clauses s'apprécie au regard des principes généraux, notamment de l'art. 100 CO, voire de l'art. 21[213]). Pour le surplus, leur portée est affaire d'interprétation[214]). La volonté des parties une fois établie, il ne reste qu'à la faire prévaloir; le problème de l'imprévision ne se pose plus[215]). Cependant lorsque la libération prévue n'est que partielle ou différée, on peut se demander si la clause insérée épuise la protection à laquelle a droit le débiteur; c'est de nouveau question d'interprétation. On admet que le débiteur peut invoquer la clausula generalis lorsque la prestation ne peut plus lui être raisonnablement imposée (indépendamment même d'une véritable impossibilité)[216]).

La limitation — si ce n'est l'exclusion — de la responsabilité peut aussi être l'objet d'une entente réalisée après que le trouble est survenu. Les parties concluent alors sur de nouvelles bases[217]); elles peuvent le faire même tacitement[218]). Ce nouvel aménagement peut à nouveau être mis en question par des circonstances imprévisibles[219]).

b) Acceptation du risque.

Les conventions simplement limitatives de la responsabilité comportent dejà par définition l'acceptation

---

[213]) Une partie ne saurait être livrée entièrement à l'arbitraire de l'autre: RO 45 II 93.

[214]) Si p. ex. l'événement visé (la guerre) autorise sans autre la résiliation ou s'il faut qu'il ait effectivement causé un trouble dans le régime du contrat.

[215]) Sur ces clauses cf. *Siegwart*, p. 99 s. Sur les clauses de guerre, *Kegel*, p. 25 s pour l'Allemagne, et dans le même ouvrage, *Zweigert*, p. 243 ss. pour la France, et *Rupp*, p. 322 ss., 333 ss. pour l'Angleterre et les Etats-Unis d'Amérique.

[216]) Arrêt *Brenner* RO 45 II 199.

[217]) Arrêt *Pfister* RO 44 II 510; *Antony* 520.

[218]) Augmentation prolongée et sans réserves de la prestation: Arrêt *Brasserie de St-Jean* RO 45 II 356.

[219]) Arrêt *Niederer* RO 45 II 459. — Cf. sur l'interprétation de ces arrangements post facto *Siegwart*, p. 95 ss. et jurisprudence citée.

d'un certain risque. Il faut considérer ici le cas où une partie prend sur elle par une clause expresse ou une attitude concluante, toute la responsabilité pour ce qui peut survenir ou du moins pour une catégorie d'événements.

L'acceptation générale du risque est exceptionnelle; aussi se montrera-t-on prudent avant de la considérer comme tacite. On l'admettra p. ex. lorsque le vendeur déclare qu'il possède déjà la marchandise et qu'elle est aussitôt livrable[220]); mais on ne verra pas dans la garantie d'une consommation minimum de courant électrique l'assurance que le consommateur exécutera le contrat même si sa fabrique vient à être détruite[221]). La même prudence s'impose pour interpréter les clauses expresses. Des formules telles que „quoi qu'il arrive", „Unter allen Umständen"[222]) peuvent seules faire admettre une responsabilité pour tous risques, si imprévisibles soient-ils[223]). L'acceptation d'un risque donné n'implique pas responsabilité pour toutes les éventualités[224]).

Une partie peut aussi après coup prendre sur elle les risques qu'elle court, en concluant à nouveau ou en

---

[220]) Arrêt *Metallpapier* RO 43 II 217, 220.

[221]) Arrêt *Elektrizitätswerke* RO 48 II 366. Il est de nouveau difficile de tracer la limite entre l'intention réelle d'assumer le risque et l'attribution objective de ce risque; en tout cas des circonstances comme le fait que le débiteur a conclu en période troublée, qu'il s'agit d'un marché en gros, ne constituent pas une acceptation conventionnelle du risque.

[222]) Cp. le principe „La Banque d'Angleterre ne se trompe jamais".

[223]) Cf. *Kegel*, p. 135 et jurisprudence citée du Reichsgericht, notamment RGZ 94, p. 45; RG JW 1917, 899.

[224]) *Reichel* fait observer, p. 245, qu'on ne peut déduire de la stipulation d'une réserve pour un cas particulier (p. ex. le cas de grève) la renonciation à invoquer la clause générale d'imprévision; sans cela le commerçant prudent, qui s'est garanti de la sorte, serait plus mal placé que celui qui n'a songé à aucune modification des circonstances. Cela confirme le principe de discrimination des risques posé ci-dessus ch. 1.

renouvelant le contrat, même dans le cas où elle était au bénéfice d'une clause exclusive de responsabilité, p. ex. d'une clause de guerre; elle se trouve de la sorte y renoncer[225]). Une renonciation tacite peut être inférée d'une déclaration de l'intéressé comme quoi les difficultés sont écartées[226]).

La légitimité et la portée de ces clauses appelle les mêmes remarques que les clauses exclusives de responsabilité. Le juge doit les appliquer tant qu'elles n'apparaissent pas lésionnaires, immorales ou attentatoires à la liberté personnelle. Pour les clauses de valeur, se pose la question de leur légalité en face de l'art. 84 CO et des dispositions monétaires, p. ex. en Suisse des arrêtés du Conseil fédéral du 27 septembre 1936. Ce point sort de notre sujet[227]). On doit se demander en revanche si la clause de valeur couvre absolument tous les risques d'une dépréciation monétaire. Cette éventualité ayant précisément été envisagée, le débiteur ne saurait en principe arguer d'imprévision, pas plus que ne saurait le faire l'assureur lorsque se produit le cas d'assurance. Cependant la clause de valeur a-t-elle de soi la valeur d'une clause „tous risques"? Certes faut-il présumer que les parties ont envisagé *tous* les événements capables d'entraîner la dépréciation monétaire. Mais, si loin que leurs prévisions soient allées et aient dû aller, elles ont encore pu laisser de côté certaines répercussions tout à fait exceptionnelles de l'événement contre lequel l'une d'elles entendait se

---

[225]) Le Reichsgericht a admis l'appel à la clausula même dans ce cas: RG Warn. 1919, p. 13. Cf. *Kegel*, p. 145.

[226]) Avis que la marchandise se trouve déjà à tel endroit et que l'autorisation d'exporter est accordée: Bl.z.Rspr. 19, p. 56, cité par *Siegwart*, avec d'autres cas, p. 104. En revanche le retard mis à invoquer un droit de résiliation stipulé ou le moyen tiré de l'imprévision n'a pas valeur d'acceptation volontaire du risque, mais a une signification objective: ci-dessous B c.

[227]) A cet égard, notamment *Henggeler*, p. 196a ss.; *Guisan*, p. 286a ss.

garantir. Dans cette mesure, le risque expressément assumé par le débiteur se trouverait dépassé[228]).

B. La mesure du risque en l'absence de convention.

A défaut d'un accord des parties, on déterminera le risque en considération de l'ensemble des circonstances. Une série de facteurs entrent ici en ligne de compte. Il est impossible d'en dresser un système. Le classement que nous en proposons n'a donc rien de rigoureux.

a) Le caractère spéculatif.

C'est le grand critère. Dans les contrats qui comportent cet élément, les parties prennent d'emblée sur elle un risque accru et vont jusqu'à répondre de l'imprévisible. Mais là est la limite extrême. Il y a des degrés dans le spéculatif, et partant des degrés dans le risque qualifié, qui descendent jusqu'au risque normal ou restreint. Il faut donc établir des distinctions, si mouvantes soient-elles[229]).

---

[228]) *Guisan*, p. 330a, cite le cas plausible d'un propriétaire d'immeuble qui a admis que son créancier hypothécaire stipule une clause-or, parce que, de son côté, il a réussi à passer avec ses locataires des baux à long terme munis d'une clause-or. Mais, après la dévaluation, il se trouve que si son prêteur peut faire valoir la clause-or, le bailleur n'en peut faire autant à l'égard de ses locataires en raison des dispositions interdisant une hausse des prix.

[229]) Il importe d'ailleurs de bien situer l'élément spéculatif. Un contrat peut n'être spéculatif que pour l'une des parties, p. ex. pour le locataire seulement et non pour le bailleur; en ce cas, seul le premier naturellement courra un risque accru. D'autre part, le caractère spéculatif (comme la clause de responsabilité) peut ne pas exister à tous égards. Exemple: Si je promets une rente viagère, je cours le risque que le rentier vive désespérement longtemps (je spécule sur le cas contraire); mais assumé-je en revanche le risque de dépréciation fortuite de l'immeuble dont le transfert a été la contre-partie de mon engagement?

α) Contrats essentiellement spéculatifs.

Esmein[230]) exclut toute intervention quand il s'agit d'opérations qui doivent se résoudre par des différences; de même, pour les marchés à terme dans les bourses de valeurs ou de marchandises, parce qu'ils peuvent toujours se résoudre par une opération inverse et qu'il dépend de l'intéressé de se couvrir lui-même au moment où la perte dépasse ses facultés. Quoi qu'il en soit de cette considération, on peut dire que dans tous les contrats où je n'espère un gain qu'au prix d'une perte pour mon contractant, je lui garantis — dans cette mesure — le gain qu'il compte faire moyennant ma propre perte; c'est comme s'il s'agissait d'une garantie unilatérale[231]).

β) Contrats à caractère spéculatif.

L'élément spéculatif n'est pas essentiel. La marge de risque accepté n'est donc pas indéfinie. Elle dépend de l'importance de cet élément dans l'économie du contrat. On ne peut ici envisager que quelques cas.

Commerce de gros. L'aspect spéculatif est dû au fait notamment que les contractants disposent de marchandises qu'ils n'ont pas encore en mains; ils doivent donc s'attendre à des fluctuations assez sensibles[232]). Il n'est pas dit pourtant que les parties aient à prévoir n'importe quel trouble ou que même elles n'aient pas exclu de leurs prévisions certaines éventualités. Dès lors les fluctuations peuvent bien avoir l'ampleur prévue; si leur cause n'a nullement été envisagée et n'avait pas à l'être, elles constituent la réalisation d'un risque imprévisible[233]), contre lequel la partie lésée ne s'était pas couverte. Ainsi

---

[230]) Op. cit., p. 556.

[231]) Cf. arrêt *Gasglühlicht* RO 46 II 157. Réserve étant faite des art. 513 ss. CO.

[232]) *Weber*, p. 59; *Oftinger*, p. 235; *Kegel*, p. 85 ss. (jurisprudence du Reichsgericht).

[233]) D'une autre opinion, s'emble-t-il, *Henggeler*, p. 240 s.; *Oftinger*, p. 235. Mais cf. ci-dessus au sujet de l'objet du risque, I ch. 1.

voyons-nous la jurisprudence allemande accorder au commerçant en gros le droit d'exiger la revalorisation[234]), et la législation française intervenir pour les marchés à livrer[235]).

Opérations d'argent. Les contrats de la grande finance comportent également un risque accru (emprunts-obligations, etc.)[236]). C'est en fait le cas de toutes les opérations d'argent. En se référant p. ex. à une monnaie étrangère, les parties lient le sort de l'opération à celui de la monnaie indiquée; le créancier court les risques d'une dépréciation[237]). La théorie de la valeur nominale, admise par le Tribunal fédéral[238]), revient d'une façon générale à imputer au créancier le risque de dépréciation; selon cette théorie, la dette d'argent est une dette de somme (Summenschuld) et non de valeur (Wertschuld), en sorte qu'elle peut être acquittée par la remise d'une quantité de monnaie dont la valeur nominale atteint à l'époque du paiement le montant de la somme à payer; la diminuation de la puissance d'achat du franc-papier par rapport à celle du franc-or n'affecte que la valeur et non la force libératoire du moyen de paiement qui est resté une „chose de même espèce et qualité" au sens de l'art. 312 CO. Le Tribunal fédéral n'a cependant pas jugé que la règle de la valeur nominale oblige le créancier à supporter une dépréciation complète (voire seulement très importante)[239]) de la monnaie du contrat; c'est ainsi qu'il a valorisé à plusieurs reprises des créances en

---

[234]) RG 104, p. 400; 110, p. 371.

[235]) Loi *Failliot* du 21 janvier 1918. Cf. *Esmein*, p. 549, 556.

[236]) Arrêt *Huttinger* RO 54 II 257 ss.

[237]) Arrêt précité, p. 277: „Les clauses de change telles que celle qui est insérée dans les obligations litigieuses (paiement en monnaie du pays au cours de la monnaie étrangère, prise comme monnaie-étalon), impliquent nécessairement un risque assez élevé et une *part de spéculation* dont les parties doivent supporter les conséquences . . ." Cf. *Guisan*, p. 279a.

[238]) Arrêt *Hinrichsen* RO 51 II 303.

[239]) Arrêt *Guardian* RO 57 II 596.

marks[240]). Le risque découlant de la créance d'argent s'étend, d'après l'arrêt *Hinrichsen*, aux fluctuations naturelles ou fortuites telles qu'elles résultent d'un renchérissement des valeurs réelles, de la destruction de biens, de l'appauvrissement général, mais non pas à une dépréciation démesurée due à des disposition de l'Etat[241]). Il faut, d'autre part, restreindre la portée de la règle de la valeur nominale, comme présomption de risque, aux contrats visant l'échange de deux sommes d'argent. La théorie trouve en effet son point d'appui dans l'art. 312 CO, relatif au prêt de consommation. Là où l'échange est d'une chose (ou d'un service) et d'un prix, la monnaie du contrat ne saurait avoir une signification semblable, sauf si c'est une monnaie étrangère[242]). Le vendeur doit être admis à se plaindre du déséquilibre dû à la dépréciation avant que celle-ci ait atteint les proportions qui appellent la protection du prêteur. De fait, la pratique allemande de revalorisation a admis des taux différents selon la nature des créances[243]). La dépréciation du prix revient à aggraver la prestation du vendeur; cette aggravation ne devrait pas être appréciée plus sévèrement dans ce cas que lorsqu'elle résulte de simples difficultés d'exécution[244]).

---

[240]) Arrêts *Hinrichsen* précité et arrêts postérieurs: 53 II 76, 54 II 314, 57 II 368.

[241]) RO 51 II 510. — Dans l'affaire *Huttinger*, le TF n'a pas revalorisé des créances en francs français qui avaient perdu le 80 % de leur valeur; mais l'accent portait ici sur le risque lié à la clause de change, laquelle donnait à l'opération un caractère plus nettement spéculatif.

[242]) Cf. arrêt *Kunke* RO 47 II 301.

[243]) *Ennecerus-Lehmann*, op. cit., § 11 bis, p. 43 ss.

[244]) Contrairement à *Guisan*, p. 322, nous inclinerions à admettre que l'importateur suisse, pour qui la dévaluation du franc suisse comportait une augmentation de 42 % de la machine qu'il devait livrer en Suisse, eût été fondé — ceteris datis — à invoquer la clausula. Comparer p. ex. avec l'arrêt *Brasserie de St-Jean* RO 45 II 351 où l'aggravation de la prestation pour le vendeur portait la valeur de celle-ci de 25 à 31 fr. (20 %).

Contrats de longue durée. Si la prévision concrète des événements y est plus difficile, les parties doivent s'attendre d'une façon générale à la survenance de certains troubles: c'est en quoi consiste l'élément spéculatif. Mais l'incertitude sur l'origine même de ceux-ci commande la réserve dans l'imputation du risque[245]). Sauf motifs spéciaux, on n'aura pas à tenir compte de fluctuations sensiblement supérieures à celles qu'on a pu observer dans les années qui ont précédé le contrat[246]) ou au cours de sa durée elle-même[247]). Mais on manque parfois de points d'appui, ou bien les tribunaux renoncent à les rechercher, retenant sans autre un écart anormal[248]). La très longue

[245]) „Les parties doivent bien se rendre compte que la portée économique des droits et des obligations qu'elles créent peut se modifier avec le temps, mais il est matériellement impossible de prévoir l'étendue de ces modifications plusieurs décennies d'avance": RO 45 II 398.

[246]) Dans le cas *Hüni* (bail à loyer conclu avant la guerre de 1914—1918, chauffage compris dans le loyer de 22 000 fr., hausse du charbon), le Tribunal supérieur de Zurich (Bl. f. zürch. Rsprch. 21, p. 4 ss.) a constaté que les fluctuations du prix du charbon, dans les dix années qui avaient précédé la conclusion du contrat, s'étaient tenues entre 420 et 530 fr. les dix tonnes. Les parties devaient ainsi compter au plus, pour les 9 ans du bail, avec une augmentation de 120 fr. sur le prix de 1913 (505 à 520 fr.), ce qui portait les dix tonnes à 625—640 fr. Là était la marge de risque du bailleur, abstraction faite d'autres éléments. A 640 fr., le chauffage des locaux loués fût revenu au propriétaire 1920 fr., au lieu de 1560 fr. en 1913. Par la suite les prix du charbon sont montés jusqu'à 3100 fr., et il ressort des données de l'arrêt que pour l'hiver 1918/19, le chauffage des locaux est revenu au bailleur (compte tenu de la réduction de la consommation) 6060 fr. Le risque était dépassé de plus de 4000 fr., somme dont le Tribunal a augmenté le loyer. Jugement confirmé par le TF: RO 47 II 314.

[247]) Arrêt *Weniger* RO 47 II 386 ss., spéc. 396 s. (entretien d'un bassin d'accumulation lié à une servitude).

[248]) Hausse de l'hectolitre de bière de 25 à 31 fr. (*Brasserie de St-Jean* RO 45 II 351); recul des recettes brutes de 52 % (*Dampfschiffsgesellschaft* RO 48 II 249). Ce n'est souvent que dans l'ajustement des prestations ou indemnités opéré par le tribunal qu'on voit ce qu'il a tenu — implicitement — pour le risque couru.

durée de l'obligation pourrait impliquer une responsabilité plus grande[249]); mais à durée égale, deux contrats peuvent naturellement comporter des risques inégaux, non seulement en raison de leur caractère spéculatif intrinsèque mais pour d'autres motifs encore[250]).

γ) Contrats à risque normal ou restreint.

Avec M. de la Palisse, nous dirons que ce sont les contrats dépourvus d'élément spéculatif. Cet élément n'est pas propre à certains contrats, mais résulte de l'objet du marché[251]), de la qualité des parties[252]), et surtout du but de l'opération. On doit en effet distinguer selon que l'affaire a été conclue par le demandeur dans une vue de gain (contrats lucratifs, Erwerbsgeschäfte) ou que la contre-prestation (le prix) a été fixée comme une indemnité ajustée à des dépenses effectives[253]). Il y a, en d'autres

Ex.: arrêt *Bourne* RO 47 II 391: augmentation du prix d'une étoffe de 9 à 27 fr.; réduction des dommages-intérêts pour inexécution dus par le vendeur de 70 000 fr. à 25 000 fr., ce qui correspond à un prix de 14/15 fr. La différence avec le prix stipulé représente l'écart que le vendeur devait prendre à sa charge.

[249]) Obligation de faire liée à une servitude: arrêt *Weniger*. Engagement de non-concurrence contracté par deux fabriques pour la durée de leur existence: arrêt *Schuhfabrik* du 24 juin 1942.

[250]) Impossibilité de calculer à l'avance certains facteurs du prix, p. ex. dans la fabrication de l'énergie électrique: *N. O. Kraftwerke* RO 47 II 457.

[251]) L'une des prestations est-elle sujette ou non à des fluctuations de valeur? Ex.: engagement de servir une rente en retour du transfert d'un immeuble: s'agit-il d'un hôtel ou d'une bonne maison locative?

[252]) Commerçants ou simples particuliers; différence à faire entre les baux d'habitation et les baux industriels, et surtout commerciaux. Arrêts *Rogenmoser* RO 59 II 372 et 60 II 205; dans le second de ces arrêts, le TF a fini par admettre, au titre des justes motifs de l'art. 269, l'imprévisibilité de la crise de 1932/33 et d'un recul du chiffre d'affaires de 46% — en contradiction avec le premier arrêt.

[253]) C'est la distinction que fait le TF entre un contrat de livraison d'énergie électrique et la convention accessoire de chauffage des locaux dans un bail: RO 47 II 457/8.

termes, des contrats, qui ont un caractère essentiellement *commutatif;* aucune des deux parties ne veut faire une affaire, mais tient à assurer simplement la marche régulière de son entreprise. Les contrats de l'industriel rentrent, en principe, dans cette catégorie; le fabricant ne cherche généralement pas son gain dans une baisse escomptée du prix des matières premières, mais dans l'excédent tout à fait normal du prix de vente sur les frais de production[254]). Mais il faut avant tout ranger ici les contrats de la vie courante, que je conclus pour me loger, pour me procurer du travail. Ce sont typiquement là des contrats de bonne foi, qui se doublent souvent d'une relation personnelle. Toute perturbation y est plus vivement ressentie, et appelle plus tôt une adaptation. On le voit bien dans le contrat de travail, tout imprégné d'éléments sociaux confinant parfois au droit des personnes (communauté domestique, caractère alimentaire du salaire[255]). On a ici l'antithèse du marché spéculatif où l'aspect personnel est quasi absent et où, de ce fait, le risque est d'autant plus grand. A l'inverse, le risque est d'autant plus restreint que le rapport juridique prend davantage le caractère d'une relation humaine.

b) La situation des parties et le déséquilibre inital des prestations.

Il y a lieu de présumer que la partie économiquement la plus forte prend sur elle un risque plus élevé. C'est à cet égard qu'on doit tenir compte des facultés du demandeur, considérées d'ailleurs au moment de la conclusion du contrat. Le commerçant en gros qui traite avec un détaillant, le brasseur qui conclut avec l'aubergiste, l'entreprise électrique qui vend son courant, peuvent généralement parler haut; ils disposent, de tous les moyens d'information nécessaires et savent à quoi ils s'engagent.

---

[254]) *Weber*, p. 58.

[255]) Cf. à ce sujet *Volkmar*, Sem. intern., p. 21.

Le Tribunal fédéral a expressément tenu compte de ce facteur[256]).

Indépendamment même de la surface qu'offrent les parties, celle d'entre elles que le contrat favorisait d'emblée sera tenue pour avoir assumé un risque plus grand. Ce risque sera au minimum de la marge entre son avantage exceptionnel et le rétablissement de l'équivalence (ci-dessus, § 6 II); en d'autres termes, le demandeur ne peut, en invoquant la clausula, obtenir que l'affaire demeure avantageuse pour lui[257]). On devra généralement aller plus loin et proportionner le risque au bénéfice escompté[258]). D'ailleurs, si le contrat était réellement dès le début favorable au demandeur, celui-ci aura, dans les premières années, réalisé des bénéfices, en sorte qu'en comparant globalement les prestations de part et d'autre, on ne constatera même souvent aucun déséquilibre[259]). Il faudrait des circonstances particulières pour inférer de l'existence d'un avantage initial que le demandeur n'entendait, au su de l'autre partie, ne prendre sur lui aucuns désavantages[260]).

Lorsque à l'inverse, le demandeur s'est trouvé dès l'abord en perte, on inclinera à penser que du moins, il n'a pas voulu l'être davantage; il ne peut certes, par le détour de la clausula, réclamer réparation pour le préjudice qu'il subissait avant que la situation s'aggrave,

---

[256]) Arrêt *Verein. Luzerener Brauereien* RO 50 II 256: les cinq aubergistes d'un village devaient, en l'espace de 15 ans, se servir d'un minimum de 12 000 hl. de bière auprès d'une brasserie à un prix fixe de 24 fr. par hl., sans égard au fait que tel ou tel d'entre eux viendrait à cesser de débiter.

[257]) Arrêt précité et *N. O. Kraftwerke* RO 47 II 450.

[258]) En ce sens *Siegwart*, p. 149.

[259]) Cf. p. ex. le considérant du TF dans l'arrêt *Luzerner* . . .: „Le gain fait jusqu'à présent par la brasserie lui permet d'exécuter le contrat dans l'avenir sans bénéfice ou même avec perte" (p. 265).

[260]) Cf. *Siegwart*, loc. cit.

mais on l'admettra plus facilement à se plaindre de l'aggravation ultérieure[261]), à moins qu'il n'ait spéculé[262]).

c) L'attitude des parties.

Le comportement et les déclarations des parties ont leur importance pour l'appréciation du risque, même si l'on n'en peut déduire l'intention nette de prendre une responsabilité précise. Nous retrouvons ici un certain nombre de facteurs déjà envisagés dans l'étude de l'imprévisibilité et de la faute concomitante (§ 5 II et III); il s'agira donc pour une part d'un rappel. Pour le surplus, il n'est pas question d'épuiser tous les cas.

Circonstances de la conclusion du contrat. L'époque où les parties ont conclu a une grande importance. La jurisprudence allemande a admis que le commerçant en gros qui vendait pendant la guerre des marchandises sans se „couvrir" de façon à être en mesure de livrer, était responsable de l'inexécution ou de l'exécution plus onéreuse[263]). Elle en a décidé ainsi même pour le fabricant, en ce qui concerne son approvisionnement en matières premières[264]). Le Tribunal fédéral a jugé dans le même sens[265]).

Les déclarations du demandeur dans les pourparlers qui ont précédé la conclusion du contrat seront souvent significatives. C'est lui p. ex. qui insistait pour que l'opération soit faite; il a donné des assurances, faisant allusion à sa surface financière, aux bonnes affaires qu'il a réalisées ailleurs et qui doivent de toute façon lui permettre de „tenir le coup"[266]).

---

[261]) Le restaurateur des bateaux du Lac des Quatre Cantons avait fait une mauvaise affaire en acceptant d'assurer la subsistance du personnel à un prix trop bas (RO 48 II 253).

[262]) Arrêt *Rogenmoser* RO 60 II 214.

[263]) RG Warn. 1916, p. 434; 1918 327. Cf. *Kegel*, p. 141 ss.

[264]) RG Recht 1918, 412; cf. *Kegel*, ibid.

[265]) RO 44 II 514; 45 II 42. Cf. encore l'arrêt *Atar* 48 II 119.

[266]) Arrêt *Rogenmoser* RO 59 II 380/1. Le TF en déduit que le preneur avait donc envisagé de mauvaises années.

Circonstances postérieures à la conclusion du contrat. Lorsque au moment où l'aggravation se produit pour lui, l'intéressé s'en tient aux obligations qu'il a prises, il est censé avoir accepté le risque correspondant à cette aggravation. Ainsi, lorsqu'il exécute sans réserves sa prestation[267]), qu'il repousse une offre de résilier le contrat[268]), qu'il assume même de nouveaux engagements[269]). On jugera également que l'offre faite par le vendeur d'exécuter moyennant une majoration signifie qu'au prix visé, il se tient pour lié[270]). Ici le demandeur est considéré comme le meilleur juge de son risque[271]).

Pour la même raison, le contractant lésé doit exercer à temps les droits que lui confère une clause spéciale (clause de guerre) ou la règle générale d'imprévision. Dès qu'il se rend compte de la situation, il doit prendre parti; il ne saurait encore spéculer, et invoquer l'exorbitance quand les choses tournent vraiment mal. La jurisprudence allemande est très nette à ce sujet[272]).

L'attitude des parties une fois le procès engagé peut aussi être révélatrice de la portée qu'elles donnaient à leurs engagements. Ce facteur n'est naturellement pas décisif, mais il permet de fixer les limites maximum et minimum du risque imputable. Le demandeur ne peut

---

[267]) Arrêt *Dampfschiffsgesellschaft* RO 48 II 253; arrêt *Bitzel* 48 II 462.

[268]) Ce qu'avait fait la brasserie à l'égard des cinq aubergistes; elle avait voulu rester au bénéfice du contrat malgré la hausse du prix de la bière, tout en sachant que les débitants s'en tiendraient au prix convenu (RO 50 II 256 ss.).

[269]) Arrêt *Rogenmoser* RO 59 II 381; prise à bail de nouveaux locaux.

[270]) Arrêt *Bourne* RO 47 II 400: offre d'exécuter au prix de 14—15 fr. au lieu de 9.

[271]) On voit cependant parfois les tribunaux ne pas attribuer à l'attitude du demandeur une importance décisive. Dans le cas *Hüni*, le bailleur avait en 1916 et 1917 payé sans réserves son charbon (10 tonnes) 800 à 1000 fr., et le Tribunal de Zurich, suivi par le TF, a pourtant tablé sur un risque imputable de 640 fr.

[272]) P. ex. RGZ 99, p. 115. Cf. *Kegel*, p. 146 et 148.

en particulier revenir sur ses propositions. Ce n'est pas à dire que s'il se montre intraitale, il doive bénéficier d'une présomption d'exclusion de risque[273]).

II. Le dépassement du risque : sa signification.

Lorsque le déséquilibre subséquent des prestations réciproques ne franchit pas pour la partie lésée la marge de risque qu'elle avait assumée ou est censée avoir assumée, il n'y a pas lieu à intervention du juge; la responsabilité prise couvre la perte subie. Lorsque en revanche le risque est dépassé, la rupture d'équilibre défie le sentiment de la justice, dont les règles de la bonne foi sont l'expression concrète; le contrat, œuvre des volontés, est mis en question. Le dépassement du risque est, à cet égard, la condition *nécessaire*, mais aussi *suffisante*.

Condition nécessaire : Les théories volontaristes tendraient à autoriser plus facilement une intervention. Quand on se demande si les parties auraient conclu le contrat tel qu'il a été passé si elles avaient pu prévoir les événements survenus dans la suite[274]), on est bien près de répondre négativement chaque fois que l'une d'elles éprouve effectivement une perte ou que le contrat cesse d'être avantageux pour elle; le lésé affirmera toujours que „s'il avait su, il n'aurait pas conclu"[275]). C'est négliger complètement le facteur risque, même au sens d'un risque volontairement assumé en contre-partie d'aléas favorables ou simplement en raison de l'avantage du contrat (durée, sécurité).

Condition suffisante. A cet égard, il faut discuter certaines exigences, qu'on pose en général comme corollaire d'une attitude théorique.

---

[273]) Cf. à ce sujet *Siegwart*, p. 93/4.
[274]) P. ex. RO 45 II 356.
[275]) Cf. *Siegwart*, p. 139.

1. Disproportion excessive.

Il faut en effet que le déséquilibre des prestations soit excessif. Mais cet excès se mesure au risque assumé. On ne saurait exiger qu'il y ait en plus une marge excessive entre la limite du risque assumé et la lésion subie, que p. ex. si celui-là est de 100, celle-ci soit de 200[276]). Dans l'interprétation objective que nous en avons donnée, le risque est évalué largement et va généralement bien au-delà de l'estimation personnelle de l'intéressé. Le trouble apporté au contrat est excessif dès qu'il passe cette zone de responsabilité qui est assignée à chacun des contractants. On ne voit d'ailleurs pas comment on mesurerait l'excès de l'excès[277]).

2. Ruine du débiteur.

L'ancienne jurisprudence du TF[278]), inspirée de celle du Reichsgericht[279]), exigeait que l'exécution du contrat fût devenue si onéreuse pour le débiteur que maintenir les obligations contractuelles équivaudrait à sa ruine. C'était donc tabler sur les facultés subjectives du débiteur.

La considération de ce facteur est étroitement liée à la théorie de l'impossibilité (ci-dessus § 4 II 1). Dans

---

[276]) En ce sens apparemment *Weber*, p. 44; mais il assimile plus loin les adjectifs „übermässig" et „unveranschlagbar"; or le déséquilibre „inbudgétable" (notion empruntée à Nipperdey, op. cit.) est précisément la perte dépassant le risque.

[277]) La jurisprudence entend, en fait, l'„excès", au sens que nous défendons. Cf. p. ex. l'arrêt *Hüni* 47 II 314 et ci-dessus p. 63 note 6. L'arrêt *Frutiger* RO 58 II 421 ne contredit pas cette interprétation; s'il faut que les prévisions des parties fondées sur une expertise du terrain soient *sensiblement* dépassées, c'est que malgré les sondages opérés, elles devaient „s'attendre jusqu'à un certain point à des surprises"; le risque assumé comprenait cette attente.

[278]) RO 45 II 398; 46 II 162; 48 II 247; 50 II 264; 59 II 304. Cf. encore *Siegwart*, p. 151 ss. et *Thilo*, p. 76.

[279]) RG 84, p. 125; 100, p. 134; 102, p. 272 (Einrede der Existenzvernichtung).

cette conception, on est amené à apprécier l'exorbitance de la prestation moins par rapport à la contre-prestation que par rapport aux ressources du débiteur; on compare, du point de vue du demandeur, le travail et les dépenses exigées avec le résultat visé (idée de la Kraftanstrengung[280]). Mais nous avons montré qu'il fallait au contraire se placer sur le terrain objectif de la comparaison des prestations; si étendu que soit le sens donné à la notion de prestation, elle ne comprend que des éléments en connexion avec le contrat considéré (ci-dessus § 6 I). La bonne foi vise à l'établissement de la justice contractuelle au sein d'une relation donnée de partie à partie; le retour à une certaine équivalence doit s'opérer en faveur du riche comme du pauvre. Les règles de l'art. 2 CC ne renferment pas une idée d'assistance; celle-ci peut procéder de considérations d'équité ou de sauvegarde sociale, qui joueront peut-être un rôle dans l'adaptation du contrat ou du moins dans la fixation des indemnités, mais ne décident pas du principe même de l'intervention. C'est, le cas échéant, au législateur de les faire prévaloir; mais on est alors dans un autre domaine, celui de la protection accordée à certaines branches économiques atteintes par la crise ou de la protection générale des débiteurs[281]).

La théorie de la ruine — comme on l'appelle — a été critiquée par divers auteurs, notamment *Stammler*[282]) et *Reichel*[283]). Ceux-ci ont fait remarquer que, d'un côté, elle va trop loin, car elle laisse sans protection le débiteur pécunieux qui dispose de moyens suffisants pour exécuter

---

[280]) *Kleineidam*, Unmöglichkeit und Unvermögen, p. 14 ss. Cf. *Weber*, p. 67 s.

[281]) Les „Vertragshilfeverordnungen" actuellement en vigueur en Allemagne paraissent largement conçues dans cet esprit. Cf. à ce sujet *Kegel*, p. 142 ss.

[282]) Op. cit. p. 53.

[283]) Op. cit. p. 15. De même *Weber*, p. 47. *Siegwart*, p. 150, tout en demeurant réservé, estime que ce facteur ne doit pas être écarté. *Guisan*, p. 323a, rompt une lance en sa faveur.

sa prestation alors même qu'il ne recevrait aucune contre-prestation ou une prestation dérisoire; d'un autre côté, elle favorise le débiteur démuni et tend à lui accorder, sous le couvert de la clausula ce que le juge lui refuserait s'il soulevait l'exceptio deficientis pecuniae[284]). Le Tribunal fédéral a expressément rejeté le critère de la ruine du débiteur dans son arrêt *Rogenmoser* de 1933[285]).

3. Exploitation de la gêne du débiteur.

Le Tribunal fédéral, dans le même arrêt, a remplacé le critère de la ruine par celui de l'exploitation usuraire; il exige, de la sorte, la présence chez le créancier d'un élément subjectif[286]).

Cette exigence se rattache à l'idée de lésion avec laquelle le juge opère dans cet arrêt. Nous avons montré cependant que l'analogie était boiteuse (§ 5 II 2). L'élément requis se ramène à une attitude condamnable du créancier qui „exploite un déséquilibre". Cette attitude se caractérise comme un abus de droit. Il est en effet abusif de la part d'un contractant de prétendre s'en tenir

---

[284]) *Thilo*, Journ. des Trib. 1935, p. 199.

[285]) RO 59 II 377/8. Cf. cependant p. 380 et ci-dessous n° 3 in fine. — Il faudrait y renoncer même dans le cas où le débiteur est lié par une série de contrats et où le refus d'un ajustement pour l'un se répercuterait sur les autres. En sens contraire, *Siegwart*, p. 154 s. et jurisprudence citée, notamment 47 II 458, et *Oftinger*, p. 237 note 67. Sauf s'il s'agit des mêmes parties, on doit considérer chaque contrat pour lui-même; en ce sens Bl. f. zürch. Rsprch. 21, p. 98. La conclusion d'un grand nombre de contrats sera souvent une imprudence. Il ne serait d'autre part pas juste, à l'égard du cocontractant, d'accorder le bénéfice de l'imprévision alors, que, prise pour elle-même, la lésion subie par le débiteur ne serait pas excessive. — Inversement, nous n'admettrions pas, du seul fait que le débiteur a la faculté de se dédommager par d'autres contrats du même genre, que le juge ne puisse intervenir dans un marché devenu en soi exorbitant (cf. RO 47 II 458, 48 II 449; en ce sens, *Simonius*, Sem. intern., p. 182). Cette facilité entre cependant en ligne de compte pour évaluer le risque.

[286]) RO 59 II 378/9.

à un contrat dont l'économie est bouleversée au défi de toutes prévisions. L'abus est „évident" dès le moment où la disproportion survenante est excessive, c.-à-d. où elle franchit la limite du risque assumé. Mais cela est aussi suffisant. La notion d'abus de droit n'implique pas l'intention malveillante, le dessein de nuire; elle est plus large que l'idée de chicane, car elle doit s'apprécier d'après des critères objectifs, et consiste dans un trouble excessif apporté à un équilibre normal de droits et de devoirs[287]). Si donc on se place sur le terrain de la bonne foi comme le fait le Tribunal fédéral, on ne voit pas comment on exigerait chez le créancier une attitude subjectivement répréhensible. Cette condition ne saurait d'ailleurs s'entendre au sens de l'art. 21 CO, puisqu'elle ne se réfère pas un état de gêne du débiteur, exploité en vue d'en tirer un avantage. On ne sait non plus comment on décèlerait la présence de ce facteur subjectif, si ce n'est qu'on le déduirait de l'énormité du déséquilibre[288]); mais alors il n'a plus de signification propre[289]).

4. L'enrichissement du cocontractant.

Reichel est de l'avis que si la situation nouvelle n'assure pas à l'autre partie un avantage inverse du préjudice subi par la partie lésée, il n'y a pas lieu à intervention[290]). Se fondant sur un considérant secondaire du premier arrêt *Rogenmoser*[291]) où le Tribunal fédéral reproche au locataire de n'avoir pas démontré que les prix des baux en général auraient sensiblement baissé[292]), *Simonius*

[287]) *Egger*, art. 2 note 24; *Reichel*, Einleitungsartikel des schweiz. ZGB, p. 230 s.; *Tuor*, Le Code civil suisse, p. 43 s.; *Bürgi*, p. 132 ss.

[288]) Ainsi *Guisan*, p. 321a.

[289]) En insistant sur la gêne résultant pour le débiteur de la situation nouvelle (arrêt, précité, p. 380), le TF semble revenir au critère de la ruine qu'il vient de rejeter. Cf. *Simonius*, p. 180/1.

[290]) Op. cit., p. 21.

[291]) RO 59 II, p. 381 in fine.

[292]) Auquel cas, le bailleur aurait tiré du contrat un avantage qu'aucun autre ne lui eût procuré. Il en était en réalité bien

attribue également au fait que le contractant se trouve enrichi une portée décisive; c'est en cela que consisterait l'exploitation usuraire, l'abus manifeste du droit[293]).

Il est certain qu'en cas d'imprévision, on verra la plupart du temps l'une des parties tirer profit du malheur de l'autre: l'acheteur bénéficier du prix conventionnel qui oblige le vendeur à travailler à perte, le locataire éviter de payer au prix du jour un combustible que le bailleur doit se procurer à ce prix; et cela est particulièrement choquant. Nous pensons cependant que le déséquilibre des prestations doit s'apprécier dans la personne du demandeur et que si ce déséquilibre est excessif, il y a abus de droit de la part du défendeur à prétendre le maintenir, même si lui-même ne tire pas de la situation un avantage corrélatif. Ces cas sont concevables. On ne peut dire que la compagnie d'électricité soit „enrichie" par l'incendie qui détruit la fabrique de son client et qui rend inutile pour ce dernier la livraison du courant; le bailleur ne profite pas nécessairement de la situation qui empêche le locataire de faire de la chose l'usage espéré. Et cependant le maintien intégral du contrat pour le fabricant, pour le preneur, heurte manifestement le sentiment de la justice. Les tribunaux sont effectivement intervenus dans des situations semblables[294]). Qu'ici le juge doive prendre égard, dans les mesures qu'il statue, au fait que le cocontractant n'eût pas obtenu, en demeurant au bénéfice de ses droits, un gain excessif par rapport aux conditions du marché, c'est là une autre question[295]).

---

ainsi, puisque le propriétaire de l'immeuble n'a par la suite trouvé preneur qu'à 84 000 fr. au lieu de 150 000 fr.

[293]) De même, *Ripert*, La règle . . ., notamment p. 161. — Ces auteurs ne sont d'ailleurs pas des tenants de la théorie de l'enrichissement et ne diraient sans doute pas que l'avantage du cocontractant est „sans cause".

[294]) Arrêt *Elektrizitätswerk* 48 II 366 (annulation du contrat sans indemnité). Arrêt *Grätz* 46 II 148 (résiliation avec réduction de l'indemnité à la charge du preneur).

[295]) Cf. ci-dessous § 10 III, la mesure de la revision.

Il reste qu'en s'en tenant au contrat, le fournisseur, comme le bailleur, exploitent véritablement la situation, en ce sens que leur intérêt — en soi normal — au maintien de l'obligation est sans commune mesure avec le dommage subi par l'autre partie: là est l'abus.

Chapitre III.

La nature de l'atteinte au contrat.

Les règles de la bonne foi ne sont pas qu'un vœu pie du législateur: leur transgression entraîne une sanction: „L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi" (art. 2 al. 2 CC). C'est de cette sanction que nous avons à traiter dans ce chapitre.

Commet un abus l'acheteur qui prétend payer au prix stipulé la marchandise qui coûte au vendeur des frais et efforts exorbitants, l'emprunteur qui voudrait rembourser en monnaie de papier le prêt consenti en bonne monnaie, le bailleur qui entend toucher le loyer intégral malgré le recul catastrophique du chiffre d'affaires du preneur. Le droit retire sa protection aux droits exercés de la sorte. Il peut le faire en refusant l'action en exécution à l'acheteur ou au bailleur; en obligeant le premier à payer un prix plus élevé ou à souffrir une réduction de ses dommages-intérêts pour inexécution, le second à consentir une réduction du loyer ou à accepter la résiliation du bail avec indemnité réduite; en déniant à l'emprunteur la faculté de se libérer en monnaie dévaluée et en le contraignant à s'acquitter en une certaine quantité de monnaie réelle. Ces divers procédés comportent tous une atteinte au contrat: des obligations régulièrement créées dont l'existence formelle n'est pas contestée, se trouvent mises en échec.

Nous traiterons successivement de l'annulation du contrat avec (ou sans) indemnité (§ 9) et de la revision des obligations stipulées avec maintien du contrat (§ 10). Mais

auparavant, nous voudrions poser l'un ou l'autre principe communs aux deux formes d'intervention (§ 8).

§ 8. Principes de l'atteinte au contrat.

I. Le caractère de l'intervention du juge.

On parle communément d'intervention du *juge* dans les obligations, de „revision du contrat par le *juge*"[296]). Nous avons nous-même adopté ce langage. Mais il ne s'agit précisément que d'un langage. C'est en réalité l'ordre juridique qui „intervient" directement dans le contrat, c'est lui qui arrête le droit du créancier, qui lève ou restreint l'obligation du débiteur. Le juge constate ce qu'il en est; il se livre à une appréciation objective du contenu du contrat sur la base des circonstances nouvelles[297]). C'est à la demande, il est vrai, de la partie lésée; la nullité p. ex. n'opère pas de plein droit[298]). Mais une fois invoquée, le juge se borne à rechercher si les conditions en sont remplies. Le Tribunal fédéral s'est placé sur ce terrain dans l'interprétation de l'art. 373 al. 2 qui prévoit que c'est le „juge" qui peut accorder soit une augmentation du prix, soit la résiliation du contrat; „il serait erroné d'en déduire que l'entrepreneur doit toujours attendre que le juge l'autorise à résilier le contrat". Si l'arrêt invoque des considérations pratiques[299]), l'idée d'abus de droit suffit, en doctrine, à justifier l'interprétation donnée: le droit exercé cesse matériellement d'exister dans la mesure où il constitue un abus. La conséquence de cet abus, c'est aussi le droit qui la dicte au juge — qu'il s'agisse d'annulation du contrat ex tunc ou ex

---

[296]) Le titre même de ce rapport.

[297]) *Nipperdey*, p. 44 note 54.

[298]) Le cocontractant ne pourrait se dégager si la partie lésée consent à exécuter. Cf. *Siegwart*, p. 169; *Kegel*, p. 122/3. Il s'agit, à la vérité, d'annulation; cf. ci-dessous III.

[299]) Nécessité de reconnaître à l'entrepreneur la faculté de se refuser à exécuter l'ouvrage s'il s'y croit fondé, sans avoir à attendre l'issue d'une procès.

nunc, ou de revision des obligations qui en découlent. La solution que le juge choisira est en quelque sorte prédonnée, préconstituée; s'il en vient p. ex. à modifier le contenu du contrat, c'est que, d'une façon latente, ce contrat avait déjà une autre teneur. Le juge se borne à la porter au jour. Il le fait à la place des parties, qui avaient l'obligation, en face des difficultés qui sont survenues, d'aménager leurs rapports réciproques. C'est cette obligation, résultant de la fidélité qu'elles se doivent, que sanctionne le jugement. Celui-ci n'accorde au demandeur que ce que le défendeur devait et *pouvait* lui accorder.

Ainsi le juge ne détruit pas lui-même le contrat, ni le recrée de son propre chef; il n'annule pas ce qui est déjà annulé, ni ne modifie ce qui est déjà modifié. Personne ne dirait d'ailleurs que lorsqu'il décide de la valeur d'une résiliation pour justes motifs, le juge rend un prononcé constitutif (sauf, en vertu de dispositions expresses, dans le cas des sociétés); or lorsqu'un droit de résiliation ou de résolution procède de l'imprévision, on ne voit pas pourquoi il en serait différemment. Que s'il s'agit de revision des obligations, l'atteinte au contrat n'est pas d'une autre nature (ci-dessous III)[300]).

Ceci posé, il n'y a d'ailleurs pas d'inconvénients à continuer de parler d'intervention du juge, de revision par le juge. On exprime simplement par là l'origine *prétorienne* des règles appliquées. La théorie de l'imprévision est en effet presque tout entière l'œuvre de la jurisprudence, mais ce n'en est pas moins du droit positif, que le juge applique in concreto comme toute autre règle. Et certes la position que l'on adopte en face du problème dépend-elle étroitement de l'idée qu'on se fait du rôle du juge dans la vie juridique. Mais si on reconnaît à

---

[300]) Le Reichsgericht a longtemps considéré que la modification du contrat avait un caractère constitutif. En admettant plus tard l'„Ausgleichsanspruch" du créancier atteint par la dévaluation, il a laissé se perdre l'idée d'intervention formatrice. Cf. *Kegel*, p. 130.

ce dernier une grande autorité sur l'œuvre des volontés comme sur l'œuvre du législateur cela ne préjuge pas de la nature de son intervention; c'est au droit et à la justice qu'on reconnaît cette autorité: *Judex quasi quoddam justum animatum* (Thomas d'Aquin)[301]).

II. La proportionnalité de l'intervention.

La partie victime de l'intransigeance abusive de son cocontractant disposera de divers moyens de défense; elle sera dans le cas de demander, par voie d'action ou d'exception, la résiliation ou la résolution du contrat, l'augmentation de la contre-prestation ou la réduction de sa propre prestation. Toutes ces mesures sont cependant dominées par un principe commun qui veut que la défense soit *proportionnée* à l'attaque, que l'atteinte au contrat se règle sur l'atteinte à la bonne foi. Dans l'exercice abusif du droit, il faut distinguer ce qui est abus et ce qui ne l'est pas; seul l'abus doit être empêché[302]). Le créancier qui réclame l'exécution d'une obligation devenue exorbitante pour le débiteur conserve son titre à concurrence de ce qui peut être raisonnablement exigé de ce dernier; il ne devra être débouté que pour la différence, et aura donc droit soit à une exécution partielle (fût-ce sous forme d'augmentation de sa propre prestation), soit en cas de renonciation à l'exécution ou de résiliation, à des dommages-intérêts correspondant à une exécution partielle.

Ce principe de la proportionnalité résulte à l'évidence des conditions mises à l'atteinte au contrat. Si celle-ci ne se justifie que par une rupture d'équilibre dépassant le risque assumé, le rapport à rétablir n'est ni l'équi-

---

[301]) Commentaria in X libros Ethicorum ad Nicomacum, Liv. V lectio VI, in fine.

[302]) Cf. *Simonius*, Sem. internat., p. 138: „Presque toujours ce n'est pas la demande d'exécution en soi, mais la demande d'exécution intégrale qui constitue un abus de droit".

valence initiale, ni un déséquilibre inverse de celui qui s'est produit: le demandeur ne doit pas nécessairement être replacé dans la position qu'il occupait en face du défendeur, et ce dernier doit encore moins être placé lui-même dans la situation défavorable où les circonstances ont mis le demandeur (ce qui serait le cas si celui-ci était libéré purement et simplement). Exemple: Si la prestation de la partie lésée, qui valait 100 au moment de la conclusion du contrat, en vaut 200 aujourd'hui et que la contre-prestation de l'autre partie continue de valoir 100, on ne portera pas cette dernière à 200, et on ne libérera pas non plus sans autre le demandeur de sa prestation de 100[303]). On évaluera au contraire le risque d'aggravation imputable au demandeur lésé, soit p. ex. 40, et on augmentera de la différence la contre-prestation, soit de 60. La première somme (40) représente la perte que le demandeur pouvait s'attendre à faire et le gain que le défendeur était honnêtement en droit d'espérer; la seconde (60), la perte et le gain hors de tout calcul: 40, c'est la marge de risque, 60 la marge d'abus. Le rapport d'équilibre s'établit ainsi entre 200 et 160, c.-à-d. entre la valeur actuelle de la prestation et le prix stipulé augmenté de la marge d'abus. Le demandeur doit exposer 40; le défendeur, s'il perd 60 sur le bénéfice conjonctural, en gagne 40 par rapport à la situation initiale, conservant ainsi le bénéfice qu'il pouvait décemment espérer.

C'est donc encore une norme *objective* qui préside à l'intervention du juge — comme est objective la raison même de celle-ci, comme est objective l'appréciation du risque. Il n'est pas essentiel de savoir comment „les parties eussent opéré l'adaptation (ou le règlement des indemnités après annulation) si elles avaient prévu les

---

[303]) Dans le premier cas, le défendeur ne ferait plus aucun profit; dans le second, il perdrait 100, soit 200 (valeur actuelle de la prestation) moins 100 qu'il n'aurait pas à payer: sa perte serait donc égale à celle qu'eût faite le demandeur s'il avait dû exécuter pour 100 une prestation de 200.

événements extraordinaires qui se sont produits"; le Tribunal fédéral[304]) semble de nouveau sacrifier ici à une conception subjective. Mais il se reprend en disant qu'on ne peut que présumer quelle eût été la volonté concordante des parties et qu'il faut procéder à l'ajustement équitable qui s'avère opportun et commandé par le principe de la bonne foi. La volonté des parties devient ainsi la volonté du juge et celle-ci est la volonté du droit. En présumant qu'on a affaire à des contractants loyaux, honnêtes et fidèles, on peut alors attribuer au demandeur l'intention de supporter la perte à concurrence de son risque, et au défendeur l'intention de prendre à sa charge une partie du préjudice et d'abandonner notamment un gain inespéré.

Sans préjuger du choix à faire entre les moyens propres à empêcher l'abus du droit, le principe de proportionnalité parle en tout cas en faveur d'une intervention différenciée et non pas brutale dans le contrat; c'est de soi à une atteinte par mode de revision qu'il paraît conduire (ci-dessous III). S'il y a lieu néanmoins à résolution ou résiliation, cela ne saurait aller sans compensation pour l'autre partie (ci-dessous § 9 II). Et enfin le principe dégagé doit permettre de procéder avec une certaine sûreté à l'ajustement des prestations et des indemnités (§ 3 III).

III. Nullité ou modification du rapport juridique.

Au déséquilibre des prestations produit par les circonstances, la bonne foi exige que soit substitué un nouvel équilibre. Ce résultat ne sera pas atteint par une annulation pure et simple du contrat, qui, si elle libère le débiteur, fait perdre tous ses droits au créancier. Une adaptation des rapports réciproques doit donc nécessairement intervenir. Non pas nullité, mais modification.

L'adaptation peut de soi s'opérer de deux manières: par l'annulation (résolution ou résiliation) du contrat

---

[304]) RO 59 II 376.

avec indemnité à la charge du demandeur, ou par la revision des prestations stipulées avec maintien du contrat. Personne ne conteste la légitimité du premier mode, mais celle du second est controversée. Il faut cependant voir d'emblée que les deux modes ne sont pas radicalement différents. Le Tribunal fédéral le remarque, en constatant que l'annulation ex nunc, qui n'a d'effets que pour l'avenir, revient à un aménagement du contrat[305]). Mais, quelle que soit sa nature, l'annulation ne détruit pas complètement le contrat; elle laisse subsister une créance de dommages-intérêts, phase de développement de la créance originaire. Or ce droit indemnitaire (de l'acheteur, du bailleur) est sujet à réduction de par les règles ordinaires déjà. Pourquoi, au lieu de pratiquer un abattement sur l'indemnité, le juge n'augmenterait-il pas le prix, ne réduirait-il pas le loyer, si le vendeur, si le locataire ont intérêt au maintien du contrat et qu'au fond ils le désirent? Le moins qu'on puisse dire, c'est que cette solution se justifie aussi bien que la première du point de vue des règles de la bonne foi.

Plusieurs auteurs se sont élevés contre l'idée d'une modification du contenu même de l'obligation, surtout si la prestation doit être augmentée[306]). C'est en vertu d'un grand respect pour l'autonomie privée[307]). C'est aussi que ces auteurs fondent leur théorie de l'imprévision sur des principes dont la violation ne peut appeler comme sanction que la nullité (art. 20, 21 CO). *Stammler*[308]) ne voit pas d'où le juge tirerait le pouvoir de se substituer aux parties. On ne peut répondre, comme le fait le Tribunal fédéral, que c'est la volonté des parties que le juge

---

[305]) RO 59 II 375.

[306]) *Stammler*, p. 54 s.; *Reichel*, p. 21 s.

[307]) La jurisprudence française s'inspire de la même idée, mais en tire la juste conclusion consistant à refuser toute intervention quelconque, même sous mode d'annulation.

[308]) Op. cit., p. 56. Dans le même sens *Henggeler*, p. 248a ss.

restitue en comblant une lacune de leurs conventions[309]). Nous nous sommes suffisamment expliqué sur ce point (ci-dessus I). Le juge fait effectivement prévaloir sur la volonté des parties une volonté étrangère, non pas la sienne, mais celle du droit, c.-à-d. une règle objective de justice qui arrête l'autonomie privée; et c'est du droit même qu'il tient ce pouvoir. Or cette règle n'est pas telle qu'elle mette le juge devant l'alternative de casser ou de maintenir: sint ut sunt aut ne sint[310]). Elle appelle une intervention proportionnée, donc, s'il y a lieu, par un mode de revision qui est à même, en définitive, de sauvegarder mieux l'œuvre des volontés — et l'intérêt de l'autre partie — que ne pourra le faire une annulation, même liée à des dommages-intérêts[311]). L'atteinte au contrat est moins brutale dans le premier cas que dans le second[312]).

Le principe de la revision n'a pas besoin d'autre justification. On a fréquemment fait état de l'analogie

---

[309]) RO 59 II 376/7.

[310]) *Reichel*, p. 26.

[311]) Et en effet le juge est pratiquement amené à réduire ceux-ci dans une mesure considérable. Comp. les deux arrêts *Rogenmoser*: RO 59 II 372 ss.; 61 II 259 ss. Il ressort des faits exposés que dans son premier procès, Rogenmoser demandait effectivement que le prix du loyer fût fixé à 50 000 fr. au lieu de 170 000 fr. (c.-à-d. soit proportionné à un chiffre d'affaires de 800 000 fr.). Son action ayant été rejetée, il a dans un nouveau procès demandé et obtenu la résiliation. Le dommage causé au propriétaire était de 1 100 000 fr.; l'indemnité a été fixée à 200 000 fr. De soi, les propositions primitives du preneur — que les tribunaux eussent sans doute augmentées — étaient plus favorables au bailleur que l'indemnité touchée (50 000 fr. = 30% du loyer; 200 000 fr. = moins de 20% du dommage).

[312]) Les auteurs cités se heurtent surtout à l'augmentation de la prestation. Mais, au fond, pourquoi s'indigner davantage de l'augmentation de la créance du vendeur en raison de l'accroissement de ses frais de production que de la réduction massive de la créance indemnitaire de l'acheteur pour inexécution rendue excusable par les difficultés rencontrées? Pour l'acheteur, le résultat économique devrait être à peu près le même.

avec l'art. 373 al. 2 CO[313]). Il y a là certes une précieuse référence, mais elle n'est pas à elle seule décisive, car la disposition est conçue pour une situation particulière et ne prévoit, en vertu d'une idée de protection de l'entrepreneur, d'augmentation qu'en sa faveur[314]). En revanche, comme application de la règle d'imprévision, l'art. 373 est propre à éclairer non seulement — comme nous l'avons vu — le problème des conditions de l'atteinte au contrat, mais celui du choix à faire entre les modes d'intervention[315]).

On a dit que la modification des obligations contractuelles dépouillait l'individu de sa responsabilité[316]). Ce serait vrai si elle s'opérait au mépris du risque que la partie lésée est censée avoir assumé. Nous avons écarté cette solution. Mais il y a une limite à l'imputation du risque, limite tracée par la bonne foi, et au-delà de laquelle la responsabilité cesse. La possibilité de reviser un contrat ne compromet pas non plus la sécurité des transactions, si l'on s'en tient à la rigueur des conditions mises à l'intervention. Lorsque ces conditions sont

---

[313]) RO 47 II 318; 59 II 375/6. Cf. surtout *Hedemann*, p. 305.

[314]) Cf. ci-dessus § 3 III, p. 17; *Weber*, p. 78. L'analogie cesserait en effet de jouer pour un contrat où la disproportion survient entre une obligation de livrer et un prix. Ce n'est sans doute pas non plus l'art. 373 que l'entrepreneur invoquerait pour obtenir la revalorisation de la créance de prix dépréciée.

[315]) *Henggeler*, p. 249 a exclut tout appel à l'art. 373, parce que les conditions du contrat d'entreprise sont telles qu'une résiliation ne peut être d'utilité ni pour l'entrepreneur ni pour le maître. Ce n'est d'abord pas toujours le cas, puisque la loi prévoit la résiliation; et ensuite il se peut aussi que dans un autre contrat, l'une et l'autre partie aient intérêt au maintien du rapport créé, malgré les modifications qu'il s'impose d'y apporter. L'art. 373 est propre à apporter la confirmation, en pareil cas, qu'une revision du contrat est possible en droit. La disposition partirait simplement de l'idée que dans le cas du contrat d'entreprise, les conditions d'une semblable revision seront plus souvent données.

[316]) *Stammler*, p. 57.

réalisées, c'est que la „paix du commerce" doit le céder aux exigences de la justice; l'ordre qu'on veut assurer à tout prix constituerait un plus grand désordre. On sait d'ailleurs comment le principe de sécurité et la rigidité des traités sont une garantie de paix. Dans l'ordre privé également, faute de prévoir des aménagements, on prépare crises et violences.

§ 9. L'annulation du contrat.

C'est l'une des armes dont dispose la partie lésée par le bouleversement des circonstances. Comment construire l'annulation (I)? quelles en sont les conséquences (II)?

I. Le droit d'annulation.

L'idée de la clausula comme condition tacite de tout engagement amène à la conclusion que lorsque l'imprévisible arrive, le contrat est ipso facto caduc. Quand on assimile l'exorbitance à l'impossibilité, on tient de même que l'obligation s'éteint. L'immoralité survenante produirait un effet semblable. Du point de vue de la lésion, ce serait au contraire un droit de résiliation ou de résolution qui serait reconnu au lésé.

En appliquant l'idée d'abus de droit, on doit considérer que la prétention du cocontractant à l'exécution intégrale de l'obligation n'a plus qu'une existence formelle; la partie lésée est en mesure d'y faire échec en exerçant un droit de résolution ou de résiliation qui traduit en fait l'altération latente du contrat. On peut comprendre que, par l'effet des circonstances, la contre-prestation est dépréciée en valeur relative, et qu'ainsi son accomplissement ne constitue pas véritablement exécution de la part du cocontractant; la partie lésée est fondée à se départir du contrat par application des art. 107 ss CO. Quoi qu'il en soit, la nullité n'opère pas de plein droit, sans pourtant être l'œuvre du juge; c'est le fait de la partie victime du trouble.

La loi connaît un certain nombre de droits de résiliation qui expriment l'idée incorporée dans la clausula: art. 269, 352, 373 etc. Ces droits vont d'ailleurs au-delà des limites tracées ici, en ce sens qu'ils visent aussi certaines circonstances personnelles qui ne rentrent pas dans l'imprévision. Quand ils visent des faits extérieurs à la personne des parties, ils ne laissent plus place — en tant qu'il ne s'agit que de résiliation — à la cause générale d'intervention résultant de la bonne foi; ils épuisent sa vertu et supposent la réunion des mêmes conditions: déséquilibre des prestations dépassant toutes prévisions[317]).

Or, quand ces mêmes conditions sont réalisées, on doit admettre un droit semblable dans d'autres contrats, notamment dans le contrat de vente[318]). Le vendeur

---

[317]) Cf. l'arrêt *Rogenmoser* RO 60 II 205, cons. 3 et 4. Au sujet du contrat de travail, cf. *Oser-Schönenberger*, art. 352 note 8, art. 332 notes 4 ss. et arrêt *Stucki* RO 57 II 370. La jurisprudence n'est pas toujours nette à ce sujet. Dans l'arrêt *Migros* RO 62 II 42, le TF a refusé d'admettre l'annulation du contrat en tant qu'elle était fondée sur l'impossibilité (!) et sur la clausula; il a réservé la résiliation pour justes motifs (qui n'eût pas dispensé le preneur de payer ce qui lui était réclamé). Mais la résiliation anticipée n'eût été fondée, selon l'arrêt *Rogenmoser*, que si la mesure de l'autorité (interdiction d'exploiter) eût été imprévisible, donc aux conditions de la clausula.

[318]) *Henggeler*, p. 243a ss. préconise l'application par analogie à tous les contrats de longue durée des droits de résiliation prévus par la loi pour certains contrats de cette nature. Mais cette analogie n'est opérante que moyennant recours à l'idée de bonne foi, soit d'imprévision, qui est la raison d'être des disposition invoquées. On ne devrait d'ailleurs pas exclure en principe le droit de résiliation dans les contrats de courte durée. — Le TF ne reconnaît pas d'une façon générale un droit de résiliation dans les contrats de longue durée (arrêt Tabakverband RO 62 II 36; cf. aussi 45 II 398; v. cependant RO 48 II 372). Un tel droit ne devrait être admis qu'aux conditions fixées pour l'imprévision. Mais, à ces conditions, il devrait l'être aussi dans un bail conclu à vie, sauf le risque spécial assumé de la sorte: arrêt *Wettstein* RO 56 II 189.

pour qui l'accomplissement de sa prestation est devenu intolérable, est fondé à se départir du contrat[319]). Il pourra ainsi paralyser, par voie d'exception, l'action en exécution de l'acheteur. Mais généralement, celui-ci aura renoncé à l'exécution effective[320]), il réclamera des dommages-intérêts ou bien résiliera lui-même le contrat. Si l'acheteur maintient le contrat, le vendeur sera néanmoins en droit d'en provoquer l'annulation; si le contrat est annulé par l'acheteur, la faculté de résiliation du vendeur sera sans objet mais jouera un rôle dans la fixation des dommages-intérêts[321]). Lorsque le vendeur a déjà exécuté, mais qu'il n'est pas encore payé, on pourrait lui reconnaître le droit de résoudre le contrat et de répéter sa prestation si le prix subit une dépréciation massive[322]). Quant à l'acheteur qui aurait par suite de circonstances fatales perdu tout intérêt à la chose achetée, on pourra aussi, le cas échéant, lui accorder le droit d'annulation[323]).

II. Principe d'une compensation à l'autre partie.

On voit la jurisprudence, en matière de vente, libérer le débiteur sans mettre d'indemnité à sa charge, du moins lorsqu'elle refuse l'exécution effective[324]). L'attente du créancier se trouve ainsi complètement déçue. C'est bien là un motif de se montrer extrêmement sévère pour admettre l'intervention. S'y l'on s'y résout néanmoins, on ne peut éviter de sacrifier les intérêts de l'autre partie.

---

[319]) Arrêt *Brasserie de St-Jean* RO 45 II 355.

[320]) Arrêt *Bourne* RO 47 II 391.

[321]) Cf. à ce sujet *Siegwart*, p. 184, qui semble cependant partir de l'idée que les circonstances annulent automatiquement le contrat.

[322]) Jurisprudence allemande en matière d'inflation: RG 106, p. 422; 107, p. 121; 111, p. 157. Cf. cependant pour les conditions, § 10 I 3. Le droit de résolution semble entrer en conflit avec l'art. 214 al. 3 CO.

[323]) Arrêt *Elektrizitätswerk* RO 48 II 366.

[324]) Arrêts *Brasserie . . .*, *Elektrizitätswerk . . .*

L'idée d'une clause tacite conduit assez naturellement à ce résultat[325]). Du point de vue de l'impossibilité, on peut penser — en sus des restitutions réciproques prévues à l'art. 119 al. 2 — à obliger le debiteur à transférer au créancier l'avantage qu'il retire de sa libération; mais, selon la jurisprudence, cet avantage ne s'entend que dans la mesure de la subrogation réelle, et ne comprend pas p. ex. le bénéfice que le vendeur aurait fait en concluant un autre marché[326]). De plus le débiteur ne devrait une compensation que s'il a réalisé un bénéfice, et celle-là ne serait jamais supérieure à celui-ci[327]).

Sous l'angle de l'abus de droit, l'annulation du contrat est, comme telle, une mesure qui dépasse son but; tout n'est pas excessif — nous l'avons dit — dans la prétention de l'acheteur d'obtenir l'exécution ou de se libérer en espèces prévues, ni dans la prétention du vendeur ou du bailleur à l'acceptation par l'acheteur ou le preneur de la prestation offerte. Si donc le contrat est annulé ex tunc ou ex nunc, il faut apporter à cette mesure un correctif; l'auteur de l'annulation doit compensation à l'autre partie au moins dans la mesure où, selon les règles du risque assumé, il doit prendre sur lui les conséquences du trouble imprévisible[328]). La bonne foi fonde

---

[325]) Cf. *Siegwart*, p. 170.

[326]) RO 46 II 436; 51 II 176. A ce sujet *Siegwart*, p. 127 ss.

[327]) *Siegwart*, p. 170. L'art. 17 de l'ACF sur le séquestre et l'expropriation du 14 novembre 1939 prévoit qu'en cas de caducité du contrat portant sur des objets expropriés, le vendeur est tenu de verser à l'acheteur, le cas échéant, l'excédent de l'indemnité d'expropriation sur le prix de vente convenu. L'arrêté n'alloue pas d'indemnité; ce qui est juste quand la prestation est devenue véritablement impossible — ce qui est criticable quand elle est devenue simplement exorbitante. L'assimilation des deux hypothèses ne devrait pour le moins pas aller sans nuances.

[328]) Et naturellement, si ces conséquences sont atténuées pour lui par un avantage qu'il retire de sa libération, il doit en faire profiter l'autre partie: il doit se l'„imputer" sur la perte dont il demande d'être déchargé.

ainsi le droit du cocontractant à une compensation[329]).

La loi consacre ce principe lorsqu'elle prévoit des droits de résiliation dans certains contrats, notamment en matière de bail (art. 269 al. 1) et de contrat de travail (art. 353 al. 2)[330]). Transportées dans d'autres contrats, ces droits de résiliation ne peuvent qu'avoir les mêmes effets. Le vendeur autorisé à résilier le marché parce qu'il n'aurait pas à livrer à 25 fr. ce qui lui en coûte aujourd'hui 31 ne saurait faire supporter à l'acheteur la perte de toute la différence[331]). La jurisprudence a reconnu en fait l'obligation d'indemnité de la partie libérée de l'exécution, en ne refusant pas à l'acheteur le droit à des dommages-intérêts[332]); c'est donc que le droit de résiliation, que le vendeur est à même d'opposer à l'action de l'acheteur, ne le libère pas purement et simplement[333]). De même

---

[329]) En ce sens *Siegwart*, p. 170/1; *Oftinger*, p. 247/8; *Henggeler*, p. 247a.

[330]) L'art. 373 ne parle pas d'indemnité pour le cas de résiliation; mais, en statuant sur les conséquences de celle-ci, le juge opérera une répartition du dommage entre l'entrepreneur et le maître. Cf. *Oser-Schönenberger*, art. 373 note 13.

[331]) On a déjà critiqué à cet égard l'arrêt *Brasserie de St-Jean* RO 45 II 255; *Siegwart*, p. 161; *Oftinger*, p. 248 note 97.

[332]) Arrêt *Bourne* RO 47 II 391 et arrêts cités, notamment arrêt *Huber* RO 43 II 177.

[333]) En ce sens, il y a contradiction avec l'arrêt *Brasserie de St-Jean*. Il est vrai que, dans le cas *Bourne*, le TF place d'emblée la question sur le terrain des dommages-intérêts, après avoir rejeté l'idée d'une libération complète du vendeur pour impossibilité. Mais c'est affaire de construction. En réalité l'aggravation de l'exécution était telle qu'elle justifiait la résolution de la part du vendeur. Pareil droit avait été reconnu à la Brasserie alors que l'aggravation n'était pour elle que de 25 à 31, tandis qu'elle est ici de 9 à 27. Il faut donc admettre que le vendeur est à même de résoudre le contrat, bien que l'acheteur, tout en renonçant à l'exécution, prétende le maintenir. Mais le vendeur, comme le bailleur qui résilie pour justes motifs, doit indemniser l'acheteur. Aussi bien une réduction massive des dommages-intérêts dus pour inexécution ne serait guère en harmonie avec l'idée que le contrat subsisterait comme tel et avec le fait que

l'acheteur exceptionnellement libéré devrait en principe réparation au vendeur[334]), tout comme le preneur au bailleur[335]). Si l'on accorde à la partie qui a déjà exécuté le droit de résoudre le contrat à raison de la dépréciation de la contre-prestation, on ne l'autorisera en tout cas pas à réclamer restitution de tout ce qu'elle a presté ou de toute la contre-valeur. Les règles de restitution de l'art. 109 CO s'y opposeraient généralement. Mais la notion d'enrichissement n'est pas décisive ici. L'auteur de la résolution doit, sous une forme ou une autre, souffrir qu'une déduction soit opérée sur sa créance en restitution, *déduction* qui corresponde au risque que l'affaire comportait pour lui; c'est en cela que consisterait ici l'indemnité due au cocontractant. Cependant il apparaît déjà qu'on conçoit beaucoup mieux dans ce cas une adaptation qu'une résolution du contrat[336]).

Si l'atteinte au contrat par mode d'annulation ne saurait aller sans compensation pour l'autre partie[337]),

---

l'exécution, si elle est devenue difficile, n'a toutefois *intentionnellement* pas été opéré; c'est ce que fait observer *Siegwart*, p. 186. Nous préférons pour notre part l'idée d'une annulation avec indemnité, à celle d'une résiliation partielle avec, pour le surplus, maintien du contrat (et dommages-intérêts correspondants).

[334]) Dans la cause *Elektrizitätswerk* RO 48 II 366, le TF ne s'est même pas posé la question, réservant simplement une indemnité pour installations devenues inutiles. C'est qu'il opère avec la volonté présumée des parties. Toutes les raisons (sauf une: l'indemnité d'assurance touchée par la fabrique) pouvaient parler en faveur d'une réduction des dommages-intérêts, mais il semble que le principe de ceux-ci eût dû être reconnu.

[335]) Arrêts *Grätz* RO 46 II 259; *Rogenmoser* 61 II 259.

[336]) Cf. ci-dessous § 10 I 3.

[337]) La loi Failliot de 1918 avait, en France, donné tout pouvoir au juge d'accorder, avec la résolution, des dommages-intérêts. Cf. *Esmein*, op. cit., p. 549/50. La jurisprudence allemande, avant d'autoriser très généralement la modification des obligations contractuelles elles-mêmes, avait aussi envisagé de lier des dommages-intérêts au droit de résiliation. Cf. RGZ 101, p. 79 et *Kegel*, p. 127. Le régime actuel des ordonnances de guerre accorde systématiquement au créancier qui doit accepter la ré-

cette forme d'intervention revient moins à une destruction du contrat, qu'à une modification de ses effets, soit donc à une manière de „revision". L'annulation n'est ainsi pas une solution extrême qui s'opposerait à un autre extrême: le maintien du contrat, la revision se présentant comme un milieu entre ces deux extrêmes[338]). L'annulation comporte elle-même un ajustement des intérêts réciproques et tend au même but que la revision. Le juge doit choisir d'abord entre les deux termes: maintien ou altération du contrat, et s'il opte pour le second, il lui reste à décider s'il y a lieu à annulation avec indemnité ou modification des obligations elles-mêmes. La revision proprement dite ne doit dès lors pas être tenue comme une forme d'intervention soumise à des conditions moins rigoureuses, parce qu'elle serait seule susceptible de degrés[339]); par le règlement des indemnités, le juge peut de soi parvenir aussi bien à une solution mesurée. Si donc dans un cas donné, le principe d'une annulation doit être nié, le principe d'une revision doit l'être également[340]), car celle-ci suppose comme celle-là une aggravation de la position du demandeur dépassant toutes prévisions; ce n'est que dans cette mesure en effet qu'il peut y avoir augmentation de la contre-prestation ou réduction de la prestation, comme c'est dans cette mesure seulement que l'auteur de la résolution obtiendra réduction de la créance indemnitaire de l'autre partie. En revanche la possibilité de réaliser une adaptation même en cas de suppression du contrat devrait, d'une façon générale, incliner le juge à moins de sévérité quant au principe de l'intervention. A cet égard, l'étude des modes de celle-ci parachève celle de ses conditions.

---

solution du contrat le droit à une indemnité équitable; ce principe doit être considéré comme de droit commun aujourd'hui. Cf. *Kegel*, p. 159 ss., 190.

[338]) Ainsi, *Siegwart*, p. 177.

[339]) *Siegwart*, loc. cit.

[340]) En ce sens, le TF dans l'arrêt *N. O. Kraftwerke* RO 47 II 462; contra, *Siegwart*, loc. cit.

§ 10. La revision du contrat.

L'atteinte au contrat par altération du contenu même de l'obligation s'harmonise le mieux avec une théorie de l'imprévision fondée sur la bonne foi. La revision laisse subsister le contrat lui-même, le lien de fidélité noué par les parties; seuls les effets du contrat sont modifiés dans la mesure nécessaire pour faire cesser l'abus de droit. Le juge constate l'étendue actuelle des obligations des parties.

Il faut dire ici quand il y a lieu à revision (I); quels sont les modes de revision (II); quelle est la mesure de la revision (III); quelle est sa portée (IV).

I. Conditions de la revision.

Si l'annulation du contrat avec indemnité et la revision des obligations contractuelles sont soumises dans l'ensemble aux mêmes règles et tendent au même but, ces deux mesures ne sont naturellement pas interchangeables; leur signification pratique pour les parties sera généralement très différente. On peut dire en principe que la solution s'imposera qui, en fait, correspondra le mieux à l'intérêt des deux parties, qui permettra le plus heureusement de libérer le lésé d'une charge devenue intolérable et de respecter les espérances légitimes du cocontractant.

La revision des obligations stipulées sera la plus naturelle dans les contrats de longue durée, où les prestations sont réparties également dans le temps, où il est relativement facile de mesurer leur aggravation. Là, les parties désireront généralement le maintien du contrat[341]). La loi admet qu'il puisse en être ainsi dans le contrat d'entreprise (art. 373 al. 2 CO); ce sera effectivement le cas lorsque seul le montant de l'augmentation est litigieux ou lorsque l'ouvrage est déjà terminé ou en voie d'achève-

---

[341]) Arrêt *Hüni* RO 47 II 314; *Dampfschiffsgesellschaft* RO 48 II 249. Cf. *Siegwart*, p. 174; *Oftinger*, p. 248.

ment[342]). Mais la revision peut être indiquée, voire s'imposer dans des contrats à court terme comportant une prestation unique; il suffit de penser à l'hypothèse de la dépréciation rapide de la monnaie.

Dans l'arrêt inaugurant sa jurisprudence „revisionniste"[343]), le Reichsgericht avait posé la condition que les *deux* parties fussent désireuses de continuer le contrat; plus tard, notamment dans sa jurisprudence de l'inflation, il a abandonné cette exigence. Le Tribunal fédéral la formule, en partant notamment de l'idée que le juge doit restituer la volonté des parties[344]). La condition d'un accord des intéressés ne cadre guère avec la position objective adoptée ici; elle ne résulte pas en particulier de l'art. 373[345]). Le juge doit s'efforcer de trouver une solution qui soit positivement conforme aux règles de la justice, même si, dans le choix comme dans l'aménagement de cette solution, il doit aller contre la volonté d'un contractant. Ce n'est pas à dire qu'il n'ait pas à tenir compte des désirs manifestés par les parties ni qu'il ne soit parfois lié par leurs conclusions. Il faut à cet égard distinguer quatre hypothèses:

1. Les deux parties sont d'accord de continuer le contrat et s'en remettent au juge de fixer son nouveau contenu. Il n'y a pas de difficultés. Le juge procédera à l'ajustement, diminuant une prestation, augmentant l'autre, selon les règles du partage du risque (ci-dessous III).

2. Les deux parties ne veulent pas d'une adaptation: le créancier demande l'exécution, le débiteur prétend qu'il est libéré; l'acheteur ne veut pas payer un prix supérieur et le vendeur ne veut de toute façon pas livrer; le bailleur

---

[342]) Cf. *Oser-Schönenberger*, art. 373 note 13.

[343]) RG 100, p. 129.

[344]) Arrêts précités; moins affirmatif, arrêt *Rogenmoser* RO 59 II 375. En ce sens également *Siegwart*, p. 174 ss., *Oftinger*, p. 248.

[345]) *Weber*, p. 77.

réclame le loyer stipulé et le preneur veut rompre le bail sans envisager même une réduction. Si telles sont en définitive leurs intentions, il n'y pas lieu pour le juge — et d'ailleurs pas possibilité en procédure — d'opérer un ajustement. Dans cette mesure, les parties sont d'accord sur les conséquences de l'imprévision. Le lésé tient à la résiliation, et l'autre partie, si elle n'obtient pas le maintien du contrat, préfère l'annulation à la revision. S'il considère les conditions d'une atteinte au contrat comme réunies, le juge constatera le bien-fondé de la résiliation et statuera sur la compensation due par son auteur.

Cette situation se présentera rarement. C'est qu'il faut bien voir si la partie lésée, qui déclare son intention de résoudre le contrat, ne préférerait pas encore faire une prestation moins forte ou recevoir une contre-prestation plus élevée plutôt que de payer, en cas d'annulation, une lourde indemnité. Quant à l'autre partie, qui plaide le maintien du contrat, il se peut qu'elle consente à réduire sa prétention ou à augmenter sa prestation au lieu de voir, en cas de succès de l'action du lésé, annuler le contrat par le juge même avec dédommagement pour elle[346]). On n'exigera pas de déclaration formelle en ce sens, mais on se reportera à l'attitude qu'ont prise les intéressés dans les pourparlers qui ont pu précéder le litige, sans attacher pourtant une importance décisive à une tactique d'intransigeance adoptée par le cocontractant: ce n'est pas parce que celui-ci a repoussé une offre d'arrangement qu'il sera censé préférer l'annulation à la revision, comme d'ailleurs ce n'est pas non plus parce qu'il n'aurait pas déclaré sa volonté de se départir lui-même du contrat qu'il sera censé agréer un ajustement[347]). Il appartiendra, le cas échéant, au juge de provoquer — en tant que la procédure le permet — la prise par les parties de conclu-

---

[346]) Ainsi, dans le cas *Hüni*, il s'est révélé que le locataire préfererait quand même une augmentation du loyer à la solution du contrat: RO 47 II 319.

[347]) *Siegwart*, p. 175/6.

sions subsidiaires qui expriment leurs véritables intentions dans les diverses éventualités[348]). Il se peut donc que, contre les apparences premières, les parties soient au fond d'accord que le juge procède à leur place à une adaptation du contrat plutôt qu'il ne l'annule. On retombe ainsi dans la première hypothèse. Mais qu'en est-il lorsque l'une d'elles s'oppose à la revision proposée par l'autre?

3. La partie victime du déséquilibre créé par les circonstances déclare résoudre ou résilier le contrat; l'autre partie lui propose, fût-ce à titre subsidiaire, de réduire sa prétention ou d'augmenter sa propre prestation. La pratique allemande admet que le cocontractant est en mesure par là d'empêcher les effets de la résiliation; le droit d'annulation du lésé serait ainsi soumis à une sorte

---

[348]) Ces intentions seront difficiles à établir. Lorsqu'on considère que la revision est une solution moyenne entre le maintien et l'annulation, soumise à des conditions moins sévères que celle-ci et ayant des effet moins étendus, il est facile de présumer (cf. *Siegwart*, p. 174 ss.) que le lésé aimera mieux une adaptation que le maintien du contrat, et que, de même, le cocontractant aimera mieux une revision que l'annulation. Mais nous avons dit que la revision et l'annulation sont traitées selon la même mesure. Dès lors, quand le lésé conclut à l'annulation, on peut bien dire qu'il préfère une revision au maintien du contrat; mais la revision ne devant pas lui être accordée plus facilement que l'annulation, la question est de savoir si, au cas où l'atteinte serait tenue pour justifiée en principe, il n'opterait pas en définitive pour une revision au lieu de l'annulation requise. Quand l'autre partie conclut au maintien du contrat, on ne peut dire d'emblée qu'elle préfère la revision à l'annulation, car cette dernière solution ne va pas sans compensation pour elle. Mais il est possible que, connaissant l'indemnité qui lui reviendrait, elle préférerait encore une réduction de ses droits ou une augmentation de sa prestation. Cela n'aurait-il pas été le cas du bailleur, dans l'affaire *Rogenmoser*? — Il faut bien avouer que le droit de procédure, avec l'encerclement du juge dans les petita, apparaît particulièrement inadéquat à la solution des litiges nés de l'imprévision. La valeur du jugement lui-même, comme seul moyen à disposition pour terminer les litiges, apparaît problématique. En ce sens *Maxime Leroy*, L'expérience juridique et la fonction judiciaire, Revue Esprit 1935, p. 54 ss., 390 ss.

de condition résolutoire[349]). *Siegwart* admet une règle analogue pour le droit suisse[350]). Son application apparaît en tout cas justifiée chaque fois que l'adaptation préconisée répare suffisamment le tort causé à la partie lésée, en évitant que l'autre partie soit privée par la résiliation du bénéfice de la continuation du contrat, avantage que des dommages-intérêts ne sauraient peut-être compenser. Dès lors si le maître de l'ouvrage offre d'augmenter le forfait, si le bailleur consent une réduction, l'entrepreneur comme le locataire pourront se voir imposer la solution proposée sans pouvoir se départir du contrat. Dans la période d'inflation, ce n'est qu'exceptionnellement que la jurisprudence allemande a accordé au vendeur un droit de résolution; il fallait pour cela que l'acheteur se soit refusé à une revalorisation équitable et que ce refus constituât une violation positive du contrat[351]).

Ainsi les désirs et conclusions de la partie lésée ne doivent pas être tenus pour décisifs[352]). Ce n'est pas à

---

[349]) RG 103, p. 328. D'après le projet officieux du nouveau Code civil allemand, le créancier peut empêcher l'effet de la résiliation en offrant une compensation équitable. Si les parties ne réussissent pas à s'entendre sur la nature et le montant de cette compensation, le juge décide selon sa libre appréciation. Cf. *J. W. Hedemann*, Das Volksgesetzbuch der Deutschen, 1941, p. 19. En ce sens également, les ordonnances de guerre: *Kegel*, p. 154 ss.

[350]) Op. cit., p. 178. Présomption que le lésé doit préférer l'adaptation au maintien du contrat. Cf. ci-dessus, note 352.

[351]) Ici la partie lésée ne pouvait donc dès l'abord pas réclamer l'annulation, mais seulement la valorisation. Cf. RG 106, p. 422; 107, p. 21; 111, p. 157 et *Ennecerus-Lehmann*, § 11 bis, p. 51/2.

[352]) Du point de vue de la procédure, on peut se heurter à des difficultés. Il est possible d'opérer avec l'idée que l'ajustement (même par augmentation de la contre-prestation) est un minus par rapport à l'annulation du contrat — ce que nous admettrions au plan du procès (cf. Bl. f. zürch. Rsprch. 21, p. 7 dans le cas *Hüni*). La situation offre quelque analogie avec l'action en garantie; lorsque l'acheteur a intenté l'action rédhi-

dire qu'ils ne puissent recouvrir des intérêts légitimes, auxquels le juge doive faire droit. La réduction ou l'augmentation proposée par le cocontractant n'ont peut-être pas de sens: l'acheteur n'a que faire de l'énergie commandée, le preneur n'est plus à même d'exploiter son industrie dans les locaux pris à bail, l'entrepreneur ne trouve pas son compte au supplément de prix qui lui serait adjugé. Dans ces éventualités, il n'y a pas d'ajustement possible; seule l'annulation peut porter secours au lésé, sauf à lui de dédommager dans une certaine mesure le cocontractant.

4. La partie touchée par l'événement imprévisible demande un ajustement du contrat, une réduction de sa dette ou une augmentation de la contre-prestation; l'autre partie s'y refuse et donne à entendre que si le juge devait admettre le principe d'une atteinte au contrat, elle préférerait encore l'annulation. En ce cas, dit le Tribunal fédéral, le juge mettra fin au contrat, en règle générale, au lieu de l'ajuster; en statuant de la sorte, il s'inspire de l'idée fondamentale de l'art. 20 al. 2 CO[353]). Appliquée ici, cette idée comporte que le juge, une fois envisagé l'aménagement des prestations qui lui paraît conforme aux circonstances changées, se demande si les parties c.-à-d. le défendeur d'abord, mais aussi le demandeur (au cas où ses propositions ne seraient pas suivies), maintiendraient encore le contrat dans sa teneur nouvelle. Il s'agit derechef ici, comme d'ailleurs à l'art. 20 al. 2 CO, moins d'une volonté réelle que d'une volonté hypothétique, soit d'intentions que le juge présuppose eu égard aux intérêts véritables des parties et à l'attitude qu'auraient des contractants loyaux et honnêtes. Le juge prononcera donc la revision plutôt que l'annulation lorsqu'il pourra ainsi le mieux rétablir la situation en faveur du lésé, sans

---

bitoire, le juge peut se borner à réduire le prix s'il estime que la résiliation n'est pas justifiée par les circonstances (art. 205, al. 2 CO).

[353]) RO 59 II 376.

imposer à l'autre partie un sacrifice démesuré et la priver d'avantages légitimes. A cet égard, de même qu'il y a des cas où, pour atteindre le but visé par l'interdiction d'une clause illicite ou immorale, il est nécessaire de tenir le contrat pour valable même sans cette clause, quelle que soit la volonté de l'intéressé[354]), de même, pour restaurer entre les parties l'équilibre rompu, faudra-t-il parfois maintenir le contrat même avec des modifications, en passant outre à la volonté de l'autre partie. Dans un bail de longue durée, le propriétaire ne pourrait, à notre sens, saisir l'occasion d'une demande de réduction d'un loyer excessif pour rompre le lien contractuel, alors qu'il n'aurait aucune chance de relouer à de meilleures conditions et que le preneur tient à continuer le bail: en se tenant au prix stipulé, le bailleur — par hypothèse — abuse de la situation: or il ne peut prendre prétexte de ce que le preneur prétend faire cesser cet abus, pour le mettre à la rue, en s'opposant à toute autre solution que le maintien ou la résiliation du contrat; ce serait un nouvel abus. Restreindre la revision des obligations contractées au cas où il y a accord du défendeur, nous paraît priver l'institution de la plus grande partie de sa portée comme moyen d'assurer la bonne foi dans l'exécution des obligations.

Il reste que les désirs et conclusions du contractant sont l'expression de ses intérêts et que ceux-ci doivent être pris en considération dans la mesure où ils sont légitimes. On n'ordonnera pas une augmentation du forfait, justifiée du point de vue de l'entrepreneur, mais qui, pour le maître, dépasse le risque qu'il pouvait envisager[355]). Lorsque les circonstances extraordinaires n'atteignent que

[354]) Maintien d'une vente de bétail malgré la nullité de la réserve de propriété stipulée (art. 715, al. 2 CC). Cf. *v. Tuhr*, p. 201/2, note 31.

[355]) De même, une restriction dans l'emploi de matériaux peut ne frapper qu'un entrepreneur déterminé; la personne qui a conclu avec cet entrepreneur-là peut exiger la résiliation plutôt que d'avoir à payer une supplément de prix: cf. *Oser-Schönenberger*, art. 373, note 13.

le locataire, la réduction du loyer reviendrait à empêcher le bailleur de conclure un contrat lui assurant les mêmes avantages que le bail en cours. On voit que le déséquilibre des prestations chez le lésé peut ne pas se retrouver inversé chez l'autre partie; pour cette dernière, les prestations— p. ex. la remise de la chose et le loyer — peuvent parfaitement s'équilibrer, le prix réclamé correspondre aux conditions du marché. Ce n'est pas une raison, nous l'avons vu, pour refuser à la partie victime de la conjoncture le moyen pris de l'imprévision (ci-dessus, § 7 II 4). Mais c'en est une pour ne pas ordonner un ajustement du contrat qui empêcherait p. ex. le bailleur de tirer de sa chose un profit normal. La résiliation s'impose ici.

II. Les modes de revision.

Nous les avons pour la plupart déjà rencontrés en chemin. La revision peut porter sur l'obligation de la partie lésée, comme sur celle de l'autre partie; elle peut consister en une augmentation ou en une réduction de l'objet de ces obligations, ou encore dans une modification de certaines de leurs modalités; elle peut viser des prestations en nature comme des prestations en argent, notamment des dommages-intérêts[356]); elle peut concerner des obligations échues comme des obligations à échoir (ci-dessous IV).

1. L'augmentation de la prestation.

On ne la conçoit guère que pour les dettes d'argent. Le Tribunal fédéral a ainsi élevé la créance de loyer à raison de la hausse du prix du charbon[357]). Il a évoqué, pour des contrats de livraison électrique, la possibilité

---

[356]) Nous considérerons ici la réduction des dommages-intérêts pour imprévision comme une forme de revision.

[357]) Arrêt *Hüni* RO 47 II 315.

d'une augmentation[358]). Il faut ranger ici la jurisprudence sur la revalorisation des créances en marks[359]).

L'augmentation peut parfois se heurter à un obstacle, p. ex. à une prescription officielle interdisant une hausse des prix sans autorisation. Mais si les principes de la bonne foi sont en jeu, la hausse sera sans doute autorisée[360]). La valorisation des créances peut entrer en conflit avec la législation monétaire qui fixe le cours légal des billets. La difficulté ne se poserait que pour la valorisation des créances en monnaie suisse. Ce point a déjà été examiné par la Société des juristes. Nous nous rallions simplement ici aux conclusions de *Guisan*[361]): si la loi monétaire (p. ex. l'arrêté de dévaluation du 27 septembre 1936) tolère des exceptions à la règle de la valeur nominale, en ce sens qu'elle n'affecte pas la validité de clauses de valeur antérieures, elle doit céder aussi devant les exigences supérieures de la bonne foi.

2. La réduction de la prestation.

On considère généralement la réduction de l'obligation comme une mesure moins radicale que l'augmentation, en ce sens qu'aucune des parties n'est appelée à prester plus qu'elle n'avait promis[362]). Mais cela n'est vrai que si l'on prend la prestation en valeur absolue. Si l'on envisage le rapport des prestations entre elles, la réduction de l'une revalue en quelque sorte l'autre; si je dois céder l'usage de mon immeuble à un prix réduit, on me contraint en réalité à faire plus que ce à quoi je ne m'étais obligé.

---

[358]) Arrêts *N. O. Kraftwerke* RO 47 II 440; *Aarg. Elektrizitätswerke* RO 48 II 443.

[359]) Pour le TF, l'arrêt *Hinrichsen* RO 51 II 303 et les arrêts qui ont suivi: 53 II 76, 54 II 314, 57 II 368, 57 II 596.

[360]) On a vu au contraire l'autorité préconiser, voire imposer un ajustement entre locataires et propriétaires au sujet du chauffage, selon des normes qui, à certains égards, vont au-délà de ce que permet la théorie de l'imprévision. Cf. ci-dessous III, note 391.

[361]) Op. cit., p. 324/5a.

[362]) Cf. *Siegwart*, p. 172, 179.

a) Obligations de livrer.

Il peut y avoir réduction de la quantité à livrer avec maintien de l'obligation entière de l'autre partie. On a fait observer qu'il s'agissait là d'une exécution partielle à un prix plus élevé, c.-à-d. d'une mesure comportant réduction d'une prestation et augmentation de l'autre[363]); la mesure pourrait cependant se révéler adéquate. On conçoit aussi une réduction de la quantité à livrer, le prix d'unité demeurant le même[364]). Les art. 7 et 17 de l'arrêté du Conseil fédéral du 14 novembre 1939 sur le séquestre et l'expropriation prévoient que lorsque plusieurs obligations de livrer existent simultanément et qu'une partie seulement en est suspendue ou éteinte en vertu du séquestre ou de l'expropriation (ce qui peut résulter de la seule „exorbitance"), elles sont toutes réduites proportionnellement. La jurisprudence avait en général plutôt tenu compte de la priorité de la commande[365]).

b) Obligations d'argent.

Elles se prêtent naturellement mieux à la réduction. Il peut s'agir de la créance contractuelle elle-même, ou de la créance indemnitaire qui s'est substituée à la créance d'une chose ou d'un service sous l'effet de la résiliation exercée par la partie lésée.

On n'a pas d'exemples d'une réduction de la créance du vendeur. On la concevrait, indépendamment de l'hypothèse d'une dévaluation massive, dans le cas où l'acheteur perdrait, par suite des événements imprévisibles, partie de l'intérêt qu'il avait à la chose. Mais si la perte de l'usage n'est que partielle, l'acheteur ne trouvera guère audience. En fait, ces cas ce régleront sur le terrain

[363]) *Siegwart*, p. 180.

[364]) Solution envisagée dans l'arrêt *N. O. Kraftwerke* RO 47 II 454 où les circonstances de guerre avaient précisément accru considérablement les besoins en énergie électrique et augmenté par voie de conséquence les frais généraux de l'entreprise.

[365]) Arrêts *Kaiser* RO 43 II 87; *Brenner* RO 45 II 198; cependant *Pfister* RO 44 II 513. Cf. *Wieland*, p. 458.

de l'action en dommages-intérêts du vendeur, où l'acheteur pourra exciper d'imprévision[366]).

Le Tribunal fédéral a réduit le loyer du locataire ou fermier[367]). Cette mesure suppose que le preneur puisse encore faire de la chose un usage limité[368]), sans quoi seule la résiliation entrerait en ligne de compte[369]). On a songé à fonder la réduction du loyer sur les art. 244/5 CO, en disant que par l'effet des circonstances, la chose est tombée „dans un état tel qu'elle ne peut servir à l'usage pour lequel elle a été louée"[370]). Mais c'est étendre démesurément la notion d'usage prévu. La chose elle-même n'est pas affectée par les événements imprévisibles; le balcon que j'ai loué pour voir passer un cortège n'est pas devenue impropre à cet usage parce que le cortège n'a pas eu lieu[371]). L'art. 255 peut bien aller jusqu'à viser des influences psychiques qui troublent l'usage de la chose (ouverture d'une clinique dans un immeuble locatif), mais il ne saurait être étendu au-delà[372]). Demeure réservé le cas où l'usage prévu a été érigé en condition du contrat[373]).

Nous pensons qu'une créance de salaire serait aussi sujette à réduction. Ce point est contesté. Il y a notamment controverse sur le point de savoir si une modification de la situation économique est propre à exclure la demeure de l'employeur au sens de l'art. 332 CO. La

---

[366]) Arrêt *Fraisse* RO 44 II 71.

[367]) Arrêt *Dampfschiffsgesellschaft* RO 48 II 252.

[368]) C'était le cas du locataire de la Börse; arrêts *Rogenmoser*.

[369]) Arrêt *Grätz* RO 46 II 168.

[370]) *Siegwart*, p. 183, cite un jugement cantonal en ce sens: SJZ 15, p. 13 (interdiction d'exploiter une boîte de nuit).

[371]) Cf. les Coronations cases en Angleterre; les fêtes du couronnement du roi Georges V n'avaient pu avoir lieu en raison de la maladie du prince.

[372]) *Oser-Schönenberger*, art. 254, note 9.

[373]) Arrêt *Emrich* RO 57 II 532.

doctrine dominante est pour la négative[374]), car même l'impossibilité pour l'employeur d'accomplir les actes préparatoires qui lui incombent, c.-à-d. de fournir le „substratum" du travail offert, ne le libère pas[375]); il reste seulement à l'employeur la faculté d'invoquer l'art. 352 CO et d'obtenir la résiliation anticipée. Mais il faut observer que, de la sorte, le patron échappe en fait aux conséquences de la demeure dans toute la mesure du moins où le juge le dispense de payer des dommages-intérêts selon l'art. 353. Or on ne voit pas pourquoi si les justes motifs de l'art. 352 sont là et plus particulièrement si les conditions de l'imprévision sont réalisées, l'employeur ne pourrait obtenir, au lieu de la résolution du rapport de travail et de la réduction de l'indemnité due, une réduction du salaire à payer à l'avenir. L'art. 332 CO ne semble pas plus faire obstacle au droit de revision résultant des règles de la bonne foi qu'au droit de résiliation légal. La réduction pourrait donc être imposée à l'employé aux conditions précisées plus haut (I 3)[376]).

La réduction peut enfin viser la créance en dommages-intérêts qui appartient au créancier pour inexécution de la part du débiteur. Sauf les chefs de réduction des art. 99/44 CO, cette créance comporte tout l'intérêt à l'exécution, le „dédommagement complet". L'idée de l'imprévision amène à réduire cette créance jusqu'à concurrence de la compensation due par la partie libérée de l'obligation d'exécuter (ci-dessus § 9 II et ci-dessous III).

---

[374]) Cf. *Oser-Schönenberger*, art. 332, notes 4 ss., spécialement 5 et 12.

[375]) D'après une autre opinion, des considérations de solidarité et d'équilibre social justifieraient une répartition équitable entre les parties du dommage résultant du manque de travail; cf. arrêt *Stucki*, RO 57 II 372. Dans une cause *Lambert* (arrêt non publié du 1er avril 1931), le TF n'a pas jugé arbitraire une semblable répartition dans la proportion des $^3/_4$ à l'employeur et d'un quart à l'ouvrier.

[376]) Nous rejoindrions ainsi l'opinion mentionnée à la note précédente.

Autres modifications.

Elles peuvent porter sur le *lieu d'exécution*. Un tel changement suffira parfois à lever les difficultés, sans causer de préjudice au débiteur de la prestation. Cette mesure cesse en revanche de pouvoir lui être imposé dans le cas contraire, même si les inconvénients pour lui ne sont qu'indirects[377]).

Une modification de l'*époque de la livraison* peut parfois empêcher la solution du contrat, sans qu'il en résulte des inconvénients pour le débiteur, parfois au contraire. L'exécution ne peut cependant être indéfiniment différée, et elle ne peut l'être sans réserves. Si le sursis à l'exécution apporte en fait une aggravation, le juge devra considérer à nouveau la situation[378]). L'art. 7 de l'arrêté précité sur le séquestre et l'expropriation prévoit que les effets du contrat seront suspendus pour la duré du séquestre. Si cette durée est imprévisible ou que la suspension cause un important dommage à l'une des parties, le tribunal de l'économie de guerre peut permettre la résiliation du contrat.

III. La mesure de la revision.

Le principe est acquis: l'imprévision ne décharge en tout cas la partie lésée que dans la mesure où la perte qu'elle subit dépasse le risque qu'elle avait assumé (ci-dessus § 8 II, la proportionnalité de l'intervention). Il faut préciser maintenant la portée de ce principe et voir

---

[377]) Cf. *Siegwart*, p. 180/1 et arrêt *Antony*, RO 44 II 525; en livrant la marchandise à son acheteur allemand en Suisse, au lieu de la livrer en Allemagne, le vendeur anglais échappe à l'interdiction d'exportation mais viole une promesse qu'il a dû faire à son gouvernement.

[378]) Cf. les arrêts *Antony/Wirth* RO 44 II 256, 46 II 434. *Wieland*, p. 461; *Siegwart*, p. 126, 181. Le TF n'a pas voulu suspendre un contrat de livraison électrique jusqu'à ce que la fabrique soit reconstruite: arrêt *Elektrizitätswerk* RO 48 II 369.

si des considérations entrent en jeu qui l'infléchissent dans un sens ou dans l'autre. On examinera ensuite, à la lumière de quelques cas pratiques, l'application qu'on en doit faire.

1. Les règles d'ajustement.

L'adaptation du contrat ne sera pas proportionnelle à la perte subie par le lésé; l'augmentation ne sera p. ex. pas de toute la différence entre le prix stipulé et le prix actuel; la réduction n'aura pas à correspondre rigoureusement à la dépréciation de l'objet. Mais il ne suffit pas de dire non plus que par l'ajustement des prestations ou des indemnités, le dommage résultant de l'aggravation extraordinaire des circonstances doit être équitablement réparti entre les intéressés[379]), encore moins faut-il tenir pour le dernier mot de la sagesse un partage par moitié. Il est possible de parvenir à une mesure plus précise, par l'appréciation du risque pris par le lésé, appréciation à laquelle le juge aura d'ailleurs dû se livrer pour décider du principe de l'intervention. On dira alors que l'augmentation du prix sera seulement de ce qui dans le prix actuel dépasse le maximum qu'on pouvait envisager comme possible au moment du contrat[380]). La réduction du loyer sera simplement proportionnelle au recul du chiffre d'affaires que le débiteur ne pouvait prévoir.

En revanche, si la marge de risque constitue la limite de toute augmentation ou réduction, il n'y pas lieu, du moins dans le principe, de répartir entre les intéressés la différence, c.-à-d. la perte non couverte par les prévisions des parties. On dirait p. ex. que pour une augmentation de la valeur de sa prestation de 100 %, le vendeur devrait d'abord en supporter 40 % à raison de son risque, et qu'il devrait prendre sur lui la moitié de la différence de 60 %, en sorte que le prix ne serait augmenté que de 30 %. Mais il faut considérer qu'à la perte impré-

---

[379]) Arrêt *Bourne* RO 47 II 401 et RG 99, p. 259 et 100, p. 130.

[380]) *Esmein*, op. cit., n° 396, p. 556.

visible subie par l'une des parties, correspond généralement pour l'autre un gain également imprévisible. Si dans la mesure où son risque est dépassé, le préjudice du lésé heurte le sentiment de la bonne foi, l'avantage corrélatif du cocontractant n'est pas moins choquant. Il est dès lors légitime de l'en priver pour faire cesser l'abus, et, dans notre exemple, de porter l'augmentation du prix à payer par l'acheteur à 60 %. C'est dans l'éventualité seulement — et dans la proportion — où le cocontractant n'aurait pas tiré de la situation un avantage correspondant à la perte lésionnaire (où il ne serait donc pas „enrichi"), qu'une répartition équitable de la marge imprévisible se justifiera; elle s'opérera généralement en ce cas au plan des dommages-intérêts (ci-dessous 2 b).

Le principe du risque assure ainsi une base objective et relativement précise à l'ajustement des prestations et des indemnités. Le critère n'est pas dans la distinction entre le lucrum cessans et le damnum emergens, en ce sens que le débiteur serait privé du premier et libéré du second[381]). Si on prend pour mesure le risque assumé, il se pourra que l'adaptation laisse au lésé une marge de gain comme elle pourra aussi ne point empêcher qu'il doive travailler à perte[382]). D'autre part, si l'on tient à opérer avec l'idée d'un enrichissement „illégitime", il faudrait considérer — comme on l'a déjà fait observer — que celui-ci ne comprend pas tout le bénéfice procuré par la conjoncture, mais seulement le bénéfice inespéré ou „inespérable", c.-à-d. la contre-partie du risque non assumé. Au surplus, comme il ne s'agit pas d'un enrichissement sans cause au sens propre, on ne devrait pas appliquer la règle que la perte du profit dispenserait de la restitution; cette circonstance ne ferait donc pas obstacle à la revision, sous réserve qu'on en tienne compte dans l'ajustement à opérer. Enfin, le risque à imputer

---

[381]) En ce sens *Kruckmann*, Clausula . . . Arch. f. ziv. Praxis, 116, p. 357 ss., 458 ss.

[382]) *Nipperdey*, p. 31 et notes 53a et 57.

s'apprécie dans le cadre du rapport juridique envisagé et non pas selon les facultés de la partie qui excipe d'imprévision. Les autres disponibilités du lésé ne justifient donc pas, en principe, de lui assigner une perte supérieure à ses estimations les plus pessimistes; à l'inverse, son impécuniosité ne doit pas conduire à la débarasser d'un risque qu'il a pratiquement accepté. Et cependant, sans sacrifier à la „Ruintheorie", on peut se demander s'il faut complètement écarter, dans le règlement des conséquences de l'imprévision, la considération des facultés des intéressés, du moins s'il s'agit de dommages-intérêts. Il faut en tout cas procéder à une première répartition du dommage selon le critère objectif défini. Le partage opéré, le juge serait dans le cas de lui apporter une correction en s'inspirant de considérations qui sont à la base des art. 44 al. 2 et 54 CO[383]): le lésé dans la gêne se verrait prendre une partie de la perte qu'il aurait pourtant à supporter, tandis que s'il est dans l'aisance, il se verrait assigner une part de préjudice qui en soi ne lui incomberait pas. Tout dépend encore de la situation du cocontractant, qui dans le premier cas pourrait être frustré d'une partie de son bénéfice légitime et qui dans le second garderait une marge de gain inespéré. Il faut d'ailleurs noter qu'une correction peut encore se révéler nécessaire pour tenir compte d'une faute éventuelle du lésé, en tant qu'elle n'aurait pas déjà été considérée dans l'estimation du risque. De même, s'il s'agit de dommages-intérêts, l'avantage de toucher un capital jouera un rôle aussi (ci-dessous 2 c)[384]).

---

[383]) Cf. *Siegwart*, p. 152.

[384]) Un autre correctif peut résulter de la nécessité de maintenir un service public; cette considération tempère la règle du risque. L'intérêt général ne permet pas en effet que l'entreprise concessionnaire travaille à perte. Aussi la jurisprudence du Conseil d'Etat français a-t-elle, en fixant l'indemnité de la collectivité au concessionnaire, compris dans les charges la constitution de réserves pour amortir l'outillage, ainsi que l'intérêt et l'amortissement du capital correspondant aux installation industrielles qui doivent revenir au concédant en fin de concession.

2. L'application.

Nous voudrions ici, à titre de vérification, examiner quelques cas types et discuter quelques arrêts de jurisprudence.

a) Augmentation des prestations.

Dans le contrat d'entreprise, l'entrepreneur ne pourra pas exiger une augmentation du prix qui corresponde pleinement au surplus de frais et de dépenses qu'il a eus; il devra souffrir une réduction en raison du risque que comportait le devis à forfait, si bien que l'affaire ne lui rapportera peut-être rien ou se traduira même pour lui par une perte[385]). Dans la cause *S. A. d'entreprises*[386]), la différence entre le coût des travaux au moment de l'établissement du devis et celui calculé au moment de l'exécution était de 53 000 fr. Défalquant de cette somme le bénéfice de l'entrepreneur, tenant compte également de ce qu'une partie de l'augmentation des prix était prévisible et devait être laissé à sa charge, le Tribunal fédéral a arbitré à 20 000 fr. le supplément de prix à payer par le maître de l'ouvrage[387]).

Dans la cause *Hüni*, le Tribunal de Zurich, suivi par le Tribunal fédéral[388]), a fait supporter au bailleur une augmentation des frais de chauffage par rapport à 1913, correspondante à une hausse du combustible de 120 fr. par 10 tonnes, soit pour le chauffage des locaux considérés

---

Cf. *Esmein*, n° 396, note 3, p. 558. Note *Hauriou*, dans Sirey 1923, 3, 33. Mais on n'est plus ici sur le terrain du droit privé.

[385]) *Oser-Schönenberger*, art. 373, note 4.

[386]) RO 50 II 161/2.

[387]) Le second de ces facteurs eût sans doute suffi, vu les circonstances de la cause, pour arriver au chiffre admis. Il n'est pas juste — et d'ailleurs guère possible — de défalquer d'abord le bénéfice et de déduire encore sur le solde la part prévisible d'augmentation. — Cp. un arrêt du Reichsgericht qui a porté à un million de marks le prix d'un bateau à vapeur commandé deux ans plus tôt pour 574 000 Mk. et dont la fabrication avait coûté à l'armateur 1 million et demi: RG 99, p. 18.

[388]) Bl. f. zürch. Rsprch. 1922, p. 4 ss.; RO 47 II 314 ss.

une augmentation de 360 fr. (de 1560 à 1920); là aurait été la marge de risque du propriétaire. L'augmentation en sus, soit 4000 fr. (exactement 4080 fr. pour l'année 1918, de 1920 à fr. 6060) a été mise à la charge du preneur. On peut ici critiquer l'évaluation du risque imputé au bailleur[389]), mais on ne peut dire que le juge n'ait pas réparti le dommage et que le locataire ait supporté toutes les conséquences de la hausse[390]). Si le risque est plus faible, il sera naturellement plus vite dépassé par le renchérissement; l'ajustement se rapprochera alors d'une augmentation proportionnelle, dans la mesure même où l'avantage de l'autre partie sera devenu disproportionné à ses chances[391]).

---

[389]) Le bailleur ayant assuré le chauffage, sans faire de réserves, aux prix plus élevés de 1916 et 1917, il devait être censé avoir accepté jusque là les conséquences de la hausse, cf. ci-dessus note 271. Au prix de 1100 fr. (1917), le chauffage des locaux remis à bail revenait au propriétaire 3300 fr.; l'augmentation imposée au locataire eût donc dû être de la différence entre 6000 fr. (coût du chauffage en 1918) et cette somme de 3300 fr., soit donc de 2700 fr. au lieu de 4000 fr., du moins pour l'année 1918.

[390]) *Siegwart*, p. 161 et 176. De même *Henggeler*, p. 250a, qui critique plutôt le fait que le contrat n'ait pas été considéré dans son ensemble (bail et chauffage) et que les juges n'aient pas tenu compte des „bonnes années" du bailleur. Ces critiques, en soi fondées, visent également le calcul du risque, non le principe de répartition.

[391]) Dans ses directives du 7 novembre 1940 relatives aux rapports entre propriétaires et locataires au sujet du chauffage, le Département de justice et police disait qu'il fallait déterminer le coût normal du chauffage au moment de la conclusion du contrat, pour voir si, eu égard aux nouvelles circonstances, le loyer global devait être augmenté (ou réduit). En réalité, ce coût étant fixé, il faudrait apprécier (au regard des fluctuations des années précédentes) la marge d'augmentation que le propriétaire devait envisager pour la durée du contrat. C'est peut-être ce que veulent dire les directives, en ajoutant qu'une modification ne devrait intervenir que si les prestations contractuelles des parties deviennent trop inégales. Il aurait fallu en outre tenir compte d'éventuels stocks des propriétaires.

La valorisation d'une créance en monnaie dévaluée s'opérera de même en tenant compte du risque de dépréciation. Ce risque est assez élevé, surtout dans les marchés financiers (ci-dessus § 7 I 2a). L'emprunteur conservera donc une bonne partie du bénéfice de la dévaluation, plus sans doute que ne lui eût laissé l'application des règles sur l'enrichissement. En fait, comme il s'est toujours agi en Suisse de créances libellées en marks, le Tribunal fédéral s'est reporté aux règles de valorisation allemandes[392]). Celles-ci tiennent compte des circonstances du cas particulier, notamment de la mesure en laquelle l'une et l'autre partie ont été en général atteintes par l'écroulement du mark[393]).

b) Réduction des prestations et des indemnités.

Prestations.

Dans la cause *Dampfschiffsgesellschaft*[394]), le recul des recettes du concessionnaire de la restauration — conséquence de la moindre fréquentation des bateaux et de la diminution des courses — était de 52,3 %. Se fondant sur les expertises, les juridictions cantonale et fédérale ont fixé à 42,5 % la mesure de l'aggravation dont le concessionnaire n'avait pas à répondre et ont réduit dans cette proportion le loyer de 40 000 fr. qui était échu, soit de 17 000 fr. C'est ainsi un risque de 10 % seulement qui a été imputée sur la réduction, la compagnie devant supporter la différence. Cette marge paraît faible; les tribunaux n'ont pas recherché, comme dans le cas Hüni, le risque que pouvait avoir assumé le preneur, ils paraissent même l'avoir exclu en principe[395]), tout en admettant

---

[392]) Arrêt *Hinrichsen* RO 51 II 303 et arrêts postérieurs cités p. 93, note 5.

[393]) Une valorisation de 30 %, comme celle ordonnée dans l'arrêt *Hinrichsen* ne devrait pratiquement pas être très éloignée de la mesure qui eût été commandée par une appréciation objective du risque.

[394]) RO 48 II 249.

[395]) Considérant 1 de l'arrêt fédéral, p. 252.

effectivement une marge de 10%. Cette exclusion ou limitation du risque — fondée sur une volonté présumée des parties — s'expliquerait toutefois par le fait que le bail avait été d'emblée désavantageux pour le preneur; celui-ci s'était en effet engagé à assurer la subsistance du personnel des bateaux à un prix insuffisant et avait éprouvé de ce chef, au cours des années (de 1911 à 1917), une perte de 175 000 fr. Les tribunaux semblent avoir tenu cette perte pour la limite du risque du concessionnaire (ci-dessus, § 7 II 2b).

Indemnités.

La créance de dommages-intérêts qui se substitue au droit d'exécution du cocontractant est sujette à réduction en vertu des art. 99/44 CO. Mais il semble préférable de faire intervenir ici le facteur spécial de réduction tirée de l'imprévision, sauf à corriger le résultat obtenu par l'application des règles ordinaires. La partie victime du trouble imprévisible peut se soustraire à l'action en indemnité dans toute la mesure où elle n'a pas à répondre, selon le principe du risque, de la perte causée; mais dans la mesure de ce risque, elle doit compensation au créancier qui peut la rechercher jusqu'à due concurrence[396]).

Dans le cas *Bourne*[397]), l'acheteur devait, par suite de l'inexécution, se procurer à 27 fr. le kg. ce qui lui fût revenu à 9 fr. selon le contrat; sa perte, correspondant à la différence de 18 fr., s'élevait pour les quantités commandées à 77 000 fr. environ. Le Tribunal fédéral a réduit „ex aequo et bono" les dommages-intérêts dus par le vendeur à 25 000 fr. Ce montant correspond à un prix au kg. de 14/15 fr. Cela signifie que le vendeur aurait encore dû exécuter le contrat à ce prix; qu'il avait assumé

[396]) Ci-dessus § 9 II sur le principe de la compensation, et p. 607a, note 333 sur la construction de la résiliation avec indemnité. En matière de bail il y a une limite inférieure légale (art. 269, al. 2, 291 al. 2).

[397]) RO 47 II 391 ss.

un risque d'augmentation de 9 à 14/15 fr. De fait, le vendeur s'était offert, en cours de contrat, à livrer une partie de la commande à 15 voire à 14 fr., alors que le prix du jour était déjà plus élevé. Telle était la marge du risque qu'il reconnaissait implicitement avoir assumé. Le juge disposait ainsi d'une base objective et n'avait pas besoin de faire appel à l'équité. De plus, on voit, d'après l'indemnité allouée, que la part du risque non assumé (de 15 à 27) n'a pas été partagé entre les parties, mais que l'acheteur a dû sacrifier tout le bénéfice correspondant à cette différence[398]).

L'imprévision peut-elle justifier la suppression totale des dommages-intérêts? Cela supposerait que le risque soit nul ou ait été conventionnellement exclu. Dans la cause *Elektrizitätswerke*[399]), le Tribunal fédéral n'a pas envisagé que des dommages-intérêt pussent être accordés à la compagnie d'électricité pour rupture de contrat, justifiée par l'incendie de la fabrique consommatrice du courant. Il en a exclu le principe. Mais s'il faut l'admettre (ci-dessus § 9 II p. 608 note 337), comment établir le montant de l'indemnité? Il aurait fallu considérer que d'autres circonstances — celles-ci dans une certaine mesure prévisibles — eussent pu supprimer ou du moins restreindre l'utilité du courant pour le preneur. A concurrence de ce risque, une certaine réparation était due à la compagnie (voire au-delà même de ce risque, la venderesse n'étant nullement „enrichie" par l'événement et n'ayant pas à restituer un bénéfice conjonctural). Des considérations d'equité pouvaient, il est vrai, parler en faveur d'une réduction très sensible; mais, d'autre part, l'indemnité

---

[398]) Un partage de la différence de 12 fr. eût fait supposer que le vendeur aurait dû livrer pour 9 fr. ce qui lui revenait 21 fr. (15—6); l'indemnité à payer eût été de 40 000 fr. — Cf. d'autres arrêts visant des marchés de fourniture: RO 43 II 177, 235, 357; 44 II 518; 46 II 172; 47 II 402. Nous devons renoncer à les analyser.

[399]) RO 48 II 366.

d'assurance-incendie versée au fabricant ne le laissait pas sans disponibilités.

Considérons pour terminer deux cas de rupture de bail justifiée par les circonstances économiques. Dans la cause *Grätz* (bail d'un immeuble à destination de grand magasin[400]), le Tribunal fédéral a mis à la charge du preneur les $^3/_4$ du dommage causé au bailleur par la résiliation et qui s'élevait à 33 000 fr. Cette proportion peut paraître élevée, vu la nature des justes motifs et l'accord des parties sur la résiliation. Le Tribunal semble en effet s'être demandé avant tout si l'indemnité était imposable (zumutbar) en équité — sans doute au regard des ressources du locataire —, au lieu de considérer objectivement le trouble apporté à l'économie du contrat. Mais, d'autre part, il faut observer que si la rupture du bail avait causé un réel préjudice au bailleur, celui-ci n'avait pas exploité la conjoncture: le maintien du bail ne lui eût pas conféré un avantage qu'aucun autre contrat ne pouvait lui assurer[401]). En ce cas, il est légitime — avons-nous dit (ci-dessus 1) — que la partie qui excipe d'imprévision doive supporter une part de dommage excédent le risque assumé. S'agissant d'un bail commercial, le risque du preneur pouvait couvrir la moitié de la perte causée par la résiliation; or, pour le motif indiqué, on pouvait encore lui assigner un quart de cette perte.

La situation était différente dans le cas *Rogenmoser*[402]) où le bail en vigueur assurait au propriétaire un avantage exceptionnel; au lieu d'un loyer de 150 000 à 170 000 fr., Tiefengrund n'a trouvé plus tard preneur qu'à 84 000 fr. La perte de loyer éprouvée par le propriétaire du fait de la résiliation était de 1 100 000 fr.; le Tribunal fédéral a ramené l'indemnité due par le locataire

---

[400]) RO 46 II 168.

[401]) En fait, il a trouvé plus tard — mais peu avant l'expiration du premier bail — un preneur qui lui a fait des conditions supérieures.

[402]) RO 61 II 259.

à 200 000 fr., soit à moins de 20% du dommage effectif. Cette réduction paraît considérable (le Tribunal de Zürich s'était arrêté à 400 000 fr.) et suppose une estimation assez basse du risque assumé par Rogenmoser. Il s'agissait pourtant aussi d'un bail commercial, dont le caractère spéculatif avait été précédemment reconnu. Il semble à première vue que ce n'est pas loin du 50% de la perte de loyer dont le preneur eût du répondre en principe. En revanche, pour le surplus, le dommage de Tiefengrund correspondait à un bénéfice purement conjonctural, pour la perte duquel il ne pouvait exiger d'être indemnisé. En outre, l'indemnité de base, fixée selon la norme du risque, était susceptible de correction selon les règles ordinaires. Le Tribunal fédéral retient comme facteur de réduction: l'absence de faute grave du preneur[403]), la connaissance du risque par le bailleur[404]), l'entêtement de celui-ci à ne pas consentir à une adaptation[405]), la situation financière difficile du preneur, l'avantage pour le propriétaire de toucher un capital. Seuls ces deux derniers facteurs pouvaient, à notre sens, justifier un abattement.

IV. La portée de la revision.

Quand il arrête le taux de dommages-intérêts, quand il réduit un loyer échu, quand il augmente le prix d'une marchandise, le juge corrige pour le passé et le présent les conditions de rapports pécuniaires; il ne dispose pas pour l'avenir. C'est en revanche ce qu'il fait lorsqu'il fixe le montant des prestations périodiques dans un contrat en cours, lorsqu'il augmente p. ex. un loyer. Ici se pose la question de la portée d'une semblable décision, et d'abord de sa légitimité.

---

[403]) Le premier arrêt Rogenmoser avait admis, en fait, une grave imprévoyance.

[404]) Il résulte cependant des faits de la cause que le preneur avait donné des assurances spésiales.

[405]) Cet entêtement n'a pas laissé d'être encouragé par les tribunaux qui ont rejeté le principe même d'un ajustement du contrat.

Esmein pense que l'anticipation sur l'avenir, étant l'effet le plus grave du contrat, est réservé à celui qui s'engage[406]). Il est bien certain que la situation du juge qui revise un contrat est très différente de celle des parties qui le concluent. Le juge ne saurait, comme ces dernières et pour leur compte, procéder à une évaluation des chances et des risques. Ce qu'il fait, au moment où il est saisi, c'est de constater la mesure actuelle des obligations réciproques. Nous n'en déduirions cependant pas qu'il ne puisse statuer pour l'avenir, mais ce sera nécessairement sous la réserve que les circonstances demeurent les mêmes qu'au moment du jugement. La clausula rebus sic stantibus s'impose ici d'une façon absolue. En effet, par l'ajustement du contrat, le juge ne cherche pas à rétablir entre les parties le rapport d'échange initial, mais à ramener à la mesure du risque les obligations du demandeur à la revision. Dès lors toute nouvelle fluctuation compromet l'équilibre relatif qui a été restauré: la plus légère aggravation comporte une charge intolérable pour le demandeur, puisque celui-ci n'a obtenu par la revision que le minimum de soulagement nécessaire pour faire cesser l'abus; et la plus légère amélioration aboutit à le débarasser d'une part du risque qu'il est pourtant censé avoir assumé. Le jugement de revision est donc, par sa nature, sujet à revision, et c'est à peine s'il devrait être nécessaire d'y introduire à cet égard une réserve; le droit de procédure, toutefois, y contraindra. Mais le mieux sera que le juge prévoie lui-même les conséquences de fluctuations nouvelles, en établissant une sorte d'échelle mobile. Ainsi, dans le cas *Hüni*, le Tribunal de Zurich a condamné le locataire à payer, dès une certaine date et jusqu'à la fin du bail, un supplément de loyer calculé de manière à représenter

---

[406]) Op. cit. p. 558. Le Conseil d'Etat français a décidé qu'à défaut d'accord amiable, le juge ne rédigerait pas un texte réglant les rapports des parties, mais fixerait une indemnité due par la collectivité au concessionnaire.

trois fois l'excédent du prix du charbon en automne par rapport au prix de base de 640 fr. les 10 000 kg.[407]).

§ 11. Conclusion.

Il n'est pas aisé de résumer en quelques propositions les résultats auxquels cette étude a pu conduire, et qui ne sont eux-même que des approximations. Il faut le tenter cependant.

La raison d'une atteinte au contrat pour imprévision ne peut être trouvée dans la volonté des parties. La lésion survenante peut parfaitement avoir été voulue; le droit refuse cependant d'accepter cette volonté. Il le fait non pas simplement au nom d'une „règle morale" abstraite, mais au nom des règles concrètes de la bonne foi. Le principe d'intervention ne sort pas du contrat, mais c'est trop de dire qu'il est dressé contre lui[408]). Il est vrai qu'il ne se rattache pas à la technique du droit des obligations, et que c'est vainement qu'on chercherait à appuyer sur cette technique une théorie de l'imprévision. Mais la norme de bonne foi intervient dans les obligations comme du dedans et infléchit les volontés sans les détruire. Elle institue entre les parties une sorte de communauté qui appelle, subjectivement, un devoir de fidélité supérieure, et, objectivement, le maintien d'un certain équilibre dans les positions contractuelles. Cette communauté unit d'ailleurs des personnes libres et responsables, qui sont censées savoir à quoi elles s'engagent. Si donc des événements surviennent qui bouleversent l'économie du contrat, la loi de société — qui n'est pas essentielle au lieu

---

[407]) Bl. f. zürch. Rsprch. 21, p. 10. Le loyer supplémentaire ne pouvait cependant dépasser les conclusions prises, soit 4000 fr. En soi, il eût pu être supérieur. Et il était juste qu'il le devint, comme il était juste qu'il tombât au-dessous du prix de 4000 fr. fixé pour les deux années échues, dès que le prix des combustibles aurait de nouveau baissé, pour disparaître totalement le jour où ce prix aurait atteint le niveau que le bailleur pouvait envisager qu'il atteindrait (in casu 640 fr.).

[408]) *Ripert*, La règle morale, n° 86, p. 157.

d'obligation — n'interviendra qu'au moment où le trouble produit passera la mesure de la responsabilité.

Cela suppose l'arrivée de circonstances extra-individuelles et imprévisibles, sur lesquelles les parties n'ont pas eu d'action. La conséquence doit en être une rupture d'équilibre sans rapport avec le risque que comportait le contrat pour la partie lésée. Cette notion du risque nous a paru centrale : ligne de partage entre le principe de la liberté responsable et le principe de la justice contractuelle. Sauf accord des parties, le risque imputable se mesure selon des critères objectifs; il est en définitive fonction de la portée plus ou moins grande qu'il faut reconnaître à l'élément social dans le rapport considéré. Le risque une fois établi, s'il se trouve dépassé, il y a — mais seulement alors — abus de droit de la part de l'autre partie à prétendre s'en tenir au contrat. La disproportion des prestations est à ce moment excessive; le créancier exploite la situation, même s'il n'est pas lui-même à proprement parler enrichi.

Cet abus veut être réprimé; le droit doit en procurer les voies et moyens. Ceux-ci seront proportionnés à la fin visée, qui est de faire cesser l'excès, non pas de détruire purement et simplement l'œuvre des volontés. L'atteinte au contrat ne renversera donc pas la situation au profit de la partie lésée ni ne la débarassera de la responsabilité qui raisonnablement lui incombait; l'intervention sera mesurée par le risque imputable. Elle aura donc nécessairement lieu par voie de modification, non de nullité. A cet égard, la revision des obligations stipulées nous est apparue comme le moyen le plus naturel. Mais, s'il faut en arriver à l'annulation du contrat, ce ne sera pas sans compensation pour l'autre partie. Annulation et revision doivent être placées sur le même pied; le choix à opérer entre les deux modes est affaire d'appréciation objective des intérêts véritables des parties, plutôt que d'interprétation de leurs volontés. L'ajustement des prestations et des indemnités tendra à soulager le lésé dans toute la mesure où la perte subie n'est pas couverte

par le risque qu'il avait pratiquement assumé, réserve étant faite d'une répartition de la perte imprévisible lorsque le cocontractant n'a pas tiré de la situation un avantage corrélatif, et sous réserve peut-être encore de règles d'équité applicables en matière de dommages-intérêts. S'il s'agit de prestations futures, leur ajustement est par essence sujet à nouvelle revision.

* * *

Responsabilité, communauté. C'est l'antinomie que, sous des noms divers, nous n'avons cessé de rencontrer. On ne saurait la résoudre par la négation de l'un de ses termes. Il faut les accepter l'un et l'autre, dans leur vivante opposition. Le premier fournit le principe du risque, le second le principe de solidarité. La bonne foi les embrasse tous deux. La décision du cas particulier dépend de la place qu'on leur assigne à chacun dans la situation considérée. Nous avons vu que le départ à faire était éminemment variable selon les éventualités. Mais, d'une façon générale, nous aurions tendance à mettre aujourd'hui l'accent sur le second facteur. C'est que certaines professions de foi sur le respect des contrats rendent un son inhumain. Quand elles ne sont pas simplement le déguisement de la loi du plus fort, elles relèvent d'une sorte d'angélisme juridique qui fait fi du besoin concret de justice. Encore une fois, il ne s'agit pas de rejeter le „pacta sunt servanda". Mais il faut le replacer dans le milieu moral dont il a reçu consécration et d'où un „droit" prétendument „naturel" l'a tiré pour en faire une manière d'idole. Ce milieu moral était imprégné de l'exigence de fraternité. Celle-ci vient tempérer la règle de responsabilité et ramener le risque du contrat à une mesure humaine. A l'aube d'une époque de type communautaire qui se lève dans le feu et le sang, c'est de ce côté que le juriste nous paraît devoir diriger ses regards.