

LU POUR VOUS

LU POUR VOUS

La teneur du rapport contractuel d'obligation En droit allemand

Michel Pédamon

Dans un droit qui fait une place importante au volontarisme juridique comme le droit allemand la teneur du rapport contractuel d'obligation dépend d'abord de la volonté des parties. Mais cette teneur dépend aussi de la loi et notamment du principe de la bonne foi qu'énonce le § 242 ainsi que de l'adaptation au changement des circonstances qu'organise à son égard le § 313.

§1. - La teneur du rapport contractuel d'obligation et la volonté des parties

A. GÉNÉRALITÉS

Aucune disposition du BGB n'affirme comme le fait l'article 1134 du Code civil que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Pourtant l'idée que le contrat engendre une « *lex contractus* », « un ordre juridique de relations interpersonnelles » n'est pas étrangère à la doctrine allemande 30. Le professeur Larenz utilise l'expression de « réglementation contractuelle » (*vertragliche Regelung*: AT, § 29).

Cette réglementation contractuelle explicite, révèle le rapport contractuel d'obligation.

Elle peut prendre effet immédiatement ou être assortie de modalités c'est-à-dire d'un terme ou d'une condition. Le terme peut être suspensif (*Anfangstermin*) ou extinctif (*Endtermin*), la condition peut être suspensive (*aufschiebende Bedingung*) ou résolutoire (*auflösende Bedingung*). Malgré la différence de nature entre ces deux modalités - le terme est un événement futur mais certain, la condition est un événement futur mais incertain - leurs conséquences juridiques sont identiques; en effet en droit allemand, contrairement au droit français, la réalisation de la condition n'agit pas rétroactivement, elle agit comme un terme. En cas de condition suspensive l'acte prend effet en même temps que celle-ci se réalise (§ 158, al. 1^{er}); en cas de condition résolutoire l'acte cesse de produire effet au moment de sa réalisation (§ 158, al. 2). Les parties toutefois peuvent convenir de reporter à

La teneur du rapport contractuel d'obligation En droit allemand

Michel Pédon

Dans un droit qui fait une place importante au volontarisme juridique comme le droit allemand la teneur du rapport contractuel d'obligation dépend d'abord de la volonté des parties. Mais cette teneur dépend aussi de la loi et notamment du principe de la bonne foi qu'énonce le § 242 ainsi que de l'adaptation au changement des circonstances qu'organise à son égard le § 313.

§1. - La teneur du rapport contractuel d'obligation et la volonté des parties

A. GÉNÉRALITÉS

Aucune disposition du BGB n'affirme comme le fait l'article 1134 du Code civil que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Pourtant l'idée que le contrat engendre une « *lex contractus* », « un ordre juridique de relations interpersonnelles » n'est pas étrangère à la doctrine allemande 30. Le professeur Larenz utilise l'expression de « réglementation contractuelle » (*vertragliche Regelung*: AT, § 29).

Cette réglementation contractuelle explicite, révèle le rapport contractuel d'obligation.

Elle peut prendre effet immédiatement ou être assortie de modalités c'est-à-dire d'un terme ou d'une condition. Le terme peut être suspensif (*Anfangstermin*) ou extinctif (*Endtermin*), la condition peut être suspensive (*aufschiebende Bedingung*) ou résolutoire (*auflösende Bedingung*). Malgré la différence de nature entre ces deux modalités - le terme est un événement futur mais certain, la condition est un événement futur mais incertain - leurs conséquences juridiques sont identiques; en effet en droit allemand, contrairement au droit français, la réalisation de la condition n'agit pas rétroactivement, elle agit comme un terme. En cas de condition suspensive l'acte prend effet en même temps que celle-ci se réalise (§ 158, al. 1^{er}); en cas de condition résolutoire l'acte cesse de produire effet au moment de sa réalisation (§ 158, al. 2). Les parties toutefois peuvent convenir de reporter à

une date antérieure les conséquences de l'acte qu'elles ont passé (§ 159).

Autre caractéristique importante de la réglementation contractuelle: elle est irrévocable (*unwiderruflich*) par la volonté unilatérale de l'un des contractants: seul le consentement mutuel des deux intéressés peut l'anéantir ou la modifier. Bien qu'elle ne soit pas affirmée à la manière de l'article 1134, al. 2 du Code civil, cette solution de l'irrévocabilité ne fait pas de doute en droit allemand.

Mais il arrive parfois que la réglementation issue d'un contrat de type obligatoire (*Schuldvertrag*) ne dévoile pas suffisamment la volonté des parties, il faut alors l'interpréter.

B. L'INTERPRÉTATION DU CONTRAT

Cette interprétation est nécessaire dans deux séries d'hypothèses: d'une part lorsque la réglementation contractuelle est- obscure ou ambiguë; il faut alors procéder à une interprétation que l'on qualifie de normative (*normative Auslegung*) - d'autre part lorsque cette même réglementation comporte des lacunes; il faut alors procéder à une interprétation que l'on qualifie de complétive (*ergänzende Auslegung*).

Avant d'examiner chacun de ces deux modes d'interprétation, encore faut-il faire quelques observations générales sur les deux dispositions que le BGB consacre à la matière et qui n'apparaissent guère compatibles; le § 133 dispose en effet: «Pour l'interprétation d'une déclaration de volonté il faut rechercher la volonté réelle et ne pas s'en tenir au sens littéral de l'expression»; le § 157. lui, dispose: «Les contrats doivent être interprétés comme l'exige la bonne foi eu égard aux usages admis en affaires». Le § 133 se rattache assurément à une conception subjective - à la *Willentheorie*, il semble ne concerner que les déclarations de volonté isolées; le § 157 se rattache à une conception objective - à l'*Erklärungstheorie*, il ne vise expressément que les contrats. En fait ce partage n'est pas praticable pour la simple et bonne raison que le contrat est formé de deux déclarations de volonté ... qui se rencontrent.

une date antérieure les conséquences de l'acte qu'elles ont passé (§ 159).

Autre caractéristique importante de la réglementation contractuelle: elle est irrévocable (*unwiderruflich*) par la volonté unilatérale de l'un des contractants: seul le consentement mutuel des deux intéressés peut l'anéantir ou la modifier. Bien qu'elle ne soit pas affirmée à la manière de l'article 1134, al. 2 du Code civil, cette solution de l'irrévocabilité ne fait pas de doute en droit allemand.

Mais il arrive parfois que la réglementation issue d'un contrat de type obligatoire (*Schuldvertrag*) ne dévoile pas suffisamment la volonté des parties, il faut alors l'interpréter.

B. L'INTERPRÉTATION DU CONTRAT

Cette interprétation est nécessaire dans deux séries d'hypothèses: d'une part lorsque la réglementation contractuelle est- obscure ou ambiguë; il faut alors procéder à une interprétation que l'on qualifie de normative (*normative Auslegung*) - d'autre part lorsque cette même réglementation comporte des lacunes; il faut alors procéder à une interprétation que l'on qualifie de complétive (*ergänzende Auslegung*).

Avant d'examiner chacun de ces deux modes d'interprétation, encore faut-il faire quelques observations générales sur les deux dispositions que le BGB consacre à la matière et qui n'apparaissent guère compatibles; le § 133 dispose en effet: «Pour l'interprétation d'une déclaration de volonté il faut rechercher la volonté réelle et ne pas s'en tenir au sens littéral de l'expression»; le § 157. lui, dispose: «Les contrats doivent être interprétés comme l'exige la bonne foi eu égard aux usages admis en affaires». Le § 133 se rattache assurément à une conception subjective - à la *Willentheorie*, il semble ne concerner que les déclarations de volonté isolées; le § 157 se rattache à une conception objective - à l'*Erklärungstheorie*, il ne vise expressément que les contrats. En fait ce partage n'est pas praticable pour la simple et bonne raison que le contrat est formé de deux déclarations de volonté ... qui se rencontrent.

Aussi bien les auteurs allemands soulignent que la distinction légale « a échoué » ; ils observent qu'au regard de l'interprétation destinée à dissiper les obscurités ou ambiguïtés d'un acte juridique il y a lieu de séparer non pas les déclarations de volonté et les contrats, mais les déclarations de volonté qui ne sont pas soumises à réception et celles qui sont soumises à réception.

Les premières doivent faire l'objet d'une interprétation qui s'attache à découvrir essentiellement la volonté réelle du déclarant car ce sont ses intérêts et sa volonté que la loi entend protéger; elles relèvent exclusivement du § 133. Ainsi en est-il en matière de testaments.

Les secondes c'est-à-dire les déclarations soumises à réception doivent faire l'objet d'une interprétation qui prend en compte non seulement les intérêts du déclarant mais aussi et surtout ceux du destinataire; les tribunaux appliquent ici cumulativement les § 133 et 157 mais ils font prévaloir la disposition du § 157. Ainsi en est-il en matière de contrats³⁴.

Quand il s'agit de combler les lacunes de la réglementation contractuelle, c'est sur le § 157 seul que s'appuient les tribunaux.

Ainsi qu'il s'agisse d'interprétation normative ou d'interprétation complétive ce sont des critères objectifs, non pas des critères subjectifs qui sont déterminants.

a) L'interprétation normative

Elle consiste à rechercher le sens objectif de la déclaration de volonté qui exprime l'accord des parties, c'est-à-dire la réglementation contractuelle; l'hypothèse sur laquelle on raisonne étant celle de l'acceptation pure et simple d'une offre de contracter complète. A ce titre-là les tribunaux ne cherchent pas à découvrir la signification que l'auteur de la déclaration lui a attribuée en son for interne non plus d'ailleurs que la signification que le destinataire de cette déclaration lui a attribuée en fait; ils s'attachent à découvrir comment ce destinataire a pu et dû la comprendre eu égard aux circonstances propres à l'espèce, par exemple aux pourparlers qui ont précédé l'accord, au but du contrat, à la situation des parties; compte tenu au

Aussi bien les auteurs allemands soulignent que la distinction légale « a échoué » ; ils observent qu'au regard de l'interprétation destinée à dissiper les obscurités ou ambiguïtés d'un acte juridique il y a lieu de séparer non pas les déclarations de volonté et les contrats, mais les déclarations de volonté qui ne sont pas soumises à réception et celles qui sont soumises à réception.

Les premières doivent faire l'objet d'une interprétation qui s'attache à découvrir essentiellement la volonté réelle du déclarant car ce sont ses intérêts et sa volonté que la loi entend protéger; elles relèvent exclusivement du § 133. Ainsi en est-il en matière de testaments.

Les secondes c'est-à-dire les déclarations soumises à réception doivent faire l'objet d'une interprétation qui prend en compte non seulement les intérêts du déclarant mais aussi et surtout ceux du destinataire; les tribunaux appliquent ici cumulativement les § 133 et 157 mais ils font prévaloir la disposition du § 157. Ainsi en est-il en matière de contrats³⁴.

Quand il s'agit de combler les lacunes de la réglementation contractuelle, c'est sur le § 157 seul que s'appuient les tribunaux.

Ainsi qu'il s'agisse d'interprétation normative ou d'interprétation complétive ce sont des critères objectifs, non pas des critères subjectifs qui sont déterminants.

a) L'interprétation normative

Elle consiste à rechercher le sens objectif de la déclaration de volonté qui exprime l'accord des parties, c'est-à-dire la réglementation contractuelle; l'hypothèse sur laquelle on raisonne étant celle de l'acceptation pure et simple d'une offre de contracter complète. A ce titre-là les tribunaux ne cherchent pas à découvrir la signification que l'auteur de la déclaration lui a attribuée en son for interne non plus d'ailleurs que la signification que le destinataire de cette déclaration lui a attribuée en fait; ils s'attachent à découvrir comment ce destinataire a pu et dû la comprendre eu égard aux circonstances propres à l'espèce, par exemple aux pourparlers qui ont précédé l'accord, au but du contrat, à la situation des parties; compte tenu au

surplus des exigences de la bonne foi et des usages admis en affaires.

Comme le dit le professeur Musielak, l'interprétation normative s'opère selon l'horizon du destinataire sur une base objective (*Auslegung nach dem Empfängerhorizont, allerdings auf objektiver Grundlage*).

Cependant le principe de cette interprétation est écarté si le destinataire de la déclaration (de l'offre de contracter) a su ou pu savoir ce que voulait réellement le déclarant; auquel cas c'est leur volonté commune qui doit l'emporter

On est loin quand même de la méthode subjective à laquelle recourent les tribunaux français sur la base de l'article 1156 du Code civil. Suivant le postulat du consensualisme, ils doivent rechercher en effet, par tous moyens, « quelle a été la pensée véritable, intime, qui a réuni les contractants ».

L'interprétation normative, il faut le souligner, est également mise en œuvre à l'égard des clauses de conditions générales contractuelles, lorsqu'elles sont obscures ou ambiguës; mais avec des caractéristiques particulières.

Ici en effet les juges se déterminent non pas « selon l'horizon du destinataire » de la déclaration, c'est-à-dire du cocontractant mais « selon l'horizon d'un adhérent moyen » et ils ne prennent pas en compte les circonstances propres à l'espèce. Leur interprétation est purement objective et elle est uniforme. Elle se fonde sur des critères abstraits: la lettre même des clauses litigieuses, leur but économique, leur emplacement dans le contrat.

Ce sont ces considérations qui ont poussé la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*) à exercer son contrôle sur la manière dont sont interprétées les conditions générales contractuelles dès lors qu'elles sont utilisées dans le ressort de plusieurs Tribunaux régionaux supérieurs (*Oberlandesgerichte*).

Si les juridictions ne parviennent pas par cette méthode à lever les obscurités ou les ambiguïtés qui affectent les clauses litigieuses, le § 305c, al. 2 dispose que « les doutes pèsent sur le stipulant ».

surplus des exigences de la bonne foi et des usages admis en affaires.

Comme le dit le professeur Musielak, l'interprétation normative s'opère selon l'horizon du destinataire sur une base objective (*Auslegung nach dem Empfängerhorizont, allerdings auf objektiver Grundlage*).

Cependant le principe de cette interprétation est écarté si le destinataire de la déclaration (de l'offre de contracter) a su ou pu savoir ce que voulait réellement le déclarant; auquel cas c'est leur volonté commune qui doit l'emporter

On est loin quand même de la méthode subjective à laquelle recourent les tribunaux français sur la base de l'article 1156 du Code civil. Suivant le postulat du consensualisme, ils doivent rechercher en effet, par tous moyens, « quelle a été la pensée véritable, intime, qui a réuni les contractants ».

L'interprétation normative, il faut le souligner, est également mise en œuvre à l'égard des clauses de conditions générales contractuelles, lorsqu'elles sont obscures ou ambiguës; mais avec des caractéristiques particulières.

Ici en effet les juges se déterminent non pas « selon l'horizon du destinataire » de la déclaration, c'est-à-dire du cocontractant mais « selon l'horizon d'un adhérent moyen » et ils ne prennent pas en compte les circonstances propres à l'espèce. Leur interprétation est purement objective et elle est uniforme. Elle se fonde sur des critères abstraits: la lettre même des clauses litigieuses, leur but économique, leur emplacement dans le contrat.

Ce sont ces considérations qui ont poussé la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*) à exercer son contrôle sur la manière dont sont interprétées les conditions générales contractuelles dès lors qu'elles sont utilisées dans le ressort de plusieurs Tribunaux régionaux supérieurs (*Oberlandesgerichte*).

Si les juridictions ne parviennent pas par cette méthode à lever les obscurités ou les ambiguïtés qui affectent les clauses litigieuses, le § 305c, al. 2 dispose que « les doutes pèsent sur le stipulant ».

Le § 305b ajoute, de façon très classique, que « les accords individuels ont priorité sur les conditions générales contractuelles ».

b) L'interprétation complétive

Ici il faut supposer que la réglementation contractuelle comporte une lacune (Lücke) c'est-à-dire que les parties n'ont pas tranché une question particulière soit qu'elles aient considéré que cette question ne méritait pas d'être réglée, soit qu'elles n'aient pas songé à le faire, soit même qu'elles n'aient pas pu le faire parce que cette question ne se posait pas encore lors de l'accord des volontés et qu'elle n'a surgi que plus tard.

En présence d'une telle lacune ce sont normalement les dispositions légales supplétives qui ont vocation à s'appliquer surtout si le contrat lacunaire est très proche d'un type contractuel réglementé par la loi. Ainsi dans un contrat de vente qui ne dit mot de la garantie pesant sur le vendeur, il y a lieu de faire jouer les § 433 et s. si la chose livrée est atteinte d'un défaut matériel ou juridique.

Mais il peut arriver que ces dispositions légales ne conviennent pas dans le cas d'espèce ou qu'il n'y en ait pas ou encore que les parties aient voulu les écarter. Il appartient alors aux juges de combler cette lacune par voie d'interprétation complétive.

Cette interprétation, on l'a dit, se fonde sur le § 157 seul. Elle consiste à rechercher la « volonté hypothétique des deux parties » (hypothetischer Wille beider Vertragsparteien) c'est-à-dire à déterminer ce qu'elles auraient voulu eu égard au but et au contenu du contrat, compte tenu des exigences de la bonne foi et des usages admis en affaires si elles s'étaient prononcées sur la question litigieuse. Ici on ne prend pas en considération comme précédemment le point de vue du destinataire de la déclaration contractuelle, on prend en considération le point de vue des deux parties, de manière à dégager le règlement équilibré de leurs intérêts (gerechter Interessenausgleich) auquel elles seraient parvenues en agissant raisonnablement et de bonne foi.

Le § 305b ajoute, de façon très classique, que « les accords individuels ont priorité sur les conditions générales contractuelles ».

b) L'interprétation complétive

Ici il faut supposer que la réglementation contractuelle comporte une lacune (Lücke) c'est-à-dire que les parties n'ont pas tranché une question particulière soit qu'elles aient considéré que cette question ne méritait pas d'être réglée, soit qu'elles n'aient pas songé à le faire, soit même qu'elles n'aient pas pu le faire parce que cette question ne se posait pas encore lors de l'accord des volontés et qu'elle n'a surgi que plus tard.

En présence d'une telle lacune ce sont normalement les dispositions légales supplétives qui ont vocation à s'appliquer surtout si le contrat lacunaire est très proche d'un type contractuel réglementé par la loi. Ainsi dans un contrat de vente qui ne dit mot de la garantie pesant sur le vendeur, il y a lieu de faire jouer les § 433 et s. si la chose livrée est atteinte d'un défaut matériel ou juridique.

Mais il peut arriver que ces dispositions légales ne conviennent pas dans le cas d'espèce ou qu'il n'y en ait pas ou encore que les parties aient voulu les écarter. Il appartient alors aux juges de combler cette lacune par voie d'interprétation complétive.

Cette interprétation, on l'a dit, se fonde sur le § 157 seul. Elle consiste à rechercher la « volonté hypothétique des deux parties » (hypothetischer Wille beider Vertragsparteien) c'est-à-dire à déterminer ce qu'elles auraient voulu eu égard au but et au contenu du contrat, compte tenu des exigences de la bonne foi et des usages admis en affaires si elles s'étaient prononcées sur la question litigieuse. Ici on ne prend pas en considération comme précédemment le point de vue du destinataire de la déclaration contractuelle, on prend en considération le point de vue des deux parties, de manière à dégager le règlement équilibré de leurs intérêts (gerechter Interessenausgleich) auquel elles seraient parvenues en agissant raisonnablement et de bonne foi.

Un arrêt de la Cour fédérale de justice en date du 18 décembre 1954 fournit à cet égard un exemple significatif. En l'espèce deux médecins avaient conclu et exécuté un contrat par lequel ils échangeaient leurs cabinets implantés dans des villes différentes. A l'occasion d'un litige qui devait les opposer quelques mois plus tard, l'un d'entre eux fit part de son intention de se réinstaller comme médecin près de son ancienne résidence. L'autre engagea alors une action tendant à lui interdire la réalisation de ce projet. La Cour fédérale de justice fit droit à sa demande bien que le contrat qui était valable ne contînt aucune clause de non-rétablissement. A cette occasion la haute juridiction devait observer: «Certes l'interprétation (des contrats) doit partir des représentations reconnaissables des parties eu égard au but contractuel, aux principes de la bonne foi et des usages admis en affaires. Mais il entre dans la mission du juge de déterminer en vertu du § 157 le contenu complet du contrat selon des critères objectifs ... (il lui appartient dès lors) de dégager et d'arrêter par voie d'interprétation complétive le cas échéant ce que les parties n'ont pas décidé mais ce qu'elles auraient décidé en considération du but contractuel si elles avaient réglé dans leurs accords le point en suspens et si elles avaient en même temps tenu compte des préceptes de la bonne foi et des usages admis en affaires; la condition étant pour cela qu'il s'agisse d'une lacune à combler c'est-à-dire d'une lacune essentielle pour la sauvegarde du but contractuel à l'intérieur du cadre du contrat». L'arrêt en conclut que la réinstallation du défendeur près de son ancienne pratique peu de temps après l'exécution de l'échange litigieux aurait compromis gravement la finalité du contrat et que les intéressés seraient convenus, s'ils avaient envisagé le retour de l'un d'entre eux dans un certain délai, d'environ 2 ou 3 ans, d'une clause d'interdiction correspondante. En conséquence une telle interdiction devait être considérée comme faisant partie du contrat (p. 75 et 76, 81).

Cet exemple illustre le pouvoir important que confère au juge l'interprétation complétive. Elle lui permet d'inclure dans l'accord des parties des éléments qui n'y figurent pas, des interdictions ou des obligations qui

Un arrêt de la Cour fédérale de justice en date du 18 décembre 1954 fournit à cet égard un exemple significatif. En l'espèce deux médecins avaient conclu et exécuté un contrat par lequel ils échangeaient leurs cabinets implantés dans des villes différentes. A l'occasion d'un litige qui devait les opposer quelques mois plus tard, l'un d'entre eux fit part de son intention de se réinstaller comme médecin près de son ancienne résidence. L'autre engagea alors une action tendant à lui interdire la réalisation de ce projet. La Cour fédérale de justice fit droit à sa demande bien que le contrat qui était valable ne contînt aucune clause de non-rétablissement. A cette occasion la haute juridiction devait observer: «Certes l'interprétation (des contrats) doit partir des représentations reconnaissables des parties eu égard au but contractuel, aux principes de la bonne foi et des usages admis en affaires. Mais il entre dans la mission du juge de déterminer en vertu du § 157 le contenu complet du contrat selon des critères objectifs ... (il lui appartient dès lors) de dégager et d'arrêter par voie d'interprétation complétive le cas échéant ce que les parties n'ont pas décidé mais ce qu'elles auraient décidé en considération du but contractuel si elles avaient réglé dans leurs accords le point en suspens et si elles avaient en même temps tenu compte des préceptes de la bonne foi et des usages admis en affaires; la condition étant pour cela qu'il s'agisse d'une lacune à combler c'est-à-dire d'une lacune essentielle pour la sauvegarde du but contractuel à l'intérieur du cadre du contrat». L'arrêt en conclut que la réinstallation du défendeur près de son ancienne pratique peu de temps après l'exécution de l'échange litigieux aurait compromis gravement la finalité du contrat et que les intéressés seraient convenus, s'ils avaient envisagé le retour de l'un d'entre eux dans un certain délai, d'environ 2 ou 3 ans, d'une clause d'interdiction correspondante. En conséquence une telle interdiction devait être considérée comme faisant partie du contrat (p. 75 et 76, 81).

Cet exemple illustre le pouvoir important que confère au juge l'interprétation complétive. Elle lui permet d'inclure dans l'accord des parties des éléments qui n'y figurent pas, des interdictions ou des obligations qui

n'ont pas été expressément convenues lors de l'échange des consentements; au nom des exigences de la bonne foi et des usages admis en affaires.

On notera à ce propos que le même fondement et le même critère se retrouvent mot pour mot dans une autre disposition du BGB : le fameux § 242 que nous avons déjà mentionné à maintes reprises et qui contribue lui aussi, entre bien d'autres fonctions, à modeler la teneur du rapport contractuel d'obligation.

§ 2. - La teneur du rapport contractuel d'obligation et le § 242

Le § 242 dispose: « Le débiteur est tenu d'effectuer la prestation, comme l'exige la bonne foi eu égard aux usages admis en affaires ».

Littéralement le texte ne s'adresse qu'au débiteur, il lui impose de faire preuve de loyauté (Treue) dans l'exécution de son obligation, de respecter la confiance (Glauben) qui a été placée en lui, en bref de tenir compte des intérêts légitimes du créancier.

Parallèlement d'ailleurs et de l'avis unanime le texte s'adresse aussi au créancier qui doit en retour faire valoir sa créance en portant attention aux intérêts légitimes du débiteur.

Mais par delà ces considérations, le § 242 qui a été qualifié de « paragraphe royal » par un auteur a acquis une portée beaucoup plus considérable. Il a été érigé en « clause générale » et en principe supérieur d'éthique juridique. A ce titre il vise à assurer le respect de la justice et de l'équité non seulement dans le domaine des obligations mais aussi dans toute la vie juridique allemande, partout où s'établissent des rapports de droit entre des personnes.

Ce n'est pas à dire qu'il soit devenu une norme générale d'équité qui habiliterait les tribunaux à se placer au-dessus des lois et à statuer en tout état de cause dans le sens jugé par eux équitable.

Le principe de la bonne foi qu'énonce le § 242 a besoin d'être « concrétisé » de manière objective; à la lumière des usages admis en affaires comme le prescrit le texte, des orientations fondamentales de l'ordre

n'ont pas été expressément convenues lors de l'échange des consentements; au nom des exigences de la bonne foi et des usages admis en affaires.

On notera à ce propos que le même fondement et le même critère se retrouvent mot pour mot dans une autre disposition du BGB : le fameux § 242 que nous avons déjà mentionné à maintes reprises et qui contribue lui aussi, entre bien d'autres fonctions, à modeler la teneur du rapport contractuel d'obligation.

§ 2. - La teneur du rapport contractuel d'obligation et le § 242

Le § 242 dispose: « Le débiteur est tenu d'effectuer la prestation, comme l'exige la bonne foi eu égard aux usages admis en affaires ».

Littéralement le texte ne s'adresse qu'au débiteur, il lui impose de faire preuve de loyauté (Treue) dans l'exécution de son obligation, de respecter la confiance (Glauben) qui a été placée en lui, en bref de tenir compte des intérêts légitimes du créancier.

Parallèlement d'ailleurs et de l'avis unanime le texte s'adresse aussi au créancier qui doit en retour faire valoir sa créance en portant attention aux intérêts légitimes du débiteur.

Mais par delà ces considérations, le § 242 qui a été qualifié de « paragraphe royal » par un auteur a acquis une portée beaucoup plus considérable. Il a été érigé en « clause générale » et en principe supérieur d'éthique juridique. A ce titre il vise à assurer le respect de la justice et de l'équité non seulement dans le domaine des obligations mais aussi dans toute la vie juridique allemande, partout où s'établissent des rapports de droit entre des personnes.

Ce n'est pas à dire qu'il soit devenu une norme générale d'équité qui habiliterait les tribunaux à se placer au-dessus des lois et à statuer en tout état de cause dans le sens jugé par eux équitable.

Le principe de la bonne foi qu'énonce le § 242 a besoin d'être « concrétisé » de manière objective; à la lumière des usages admis en affaires comme le prescrit le texte, des orientations fondamentales de l'ordre

juridique, de l'échelle des valeurs de la Loi Fondamentale ... 46. La jurisprudence et la doctrine sont d'ailleurs parvenues à dresser empiriquement une typologie de ses principales applications.

Munis de ces références les juges peuvent ainsi dans chaque cas d'espèce veiller à ce que chacun exerce ses droits et exécute ses obligations avec loyauté et dans le respect de son partenaire; ils peuvent aussi infléchir l'interprétation des règles de droit positif, éventuellement combler leurs lacunes de manière à satisfaire aux impératifs de justice et d'équité.

Si l'on s'en tient maintenant aux effets du contrat et plus spécialement à la teneur du rapport contractuel d'obligation, on peut dire que le principe de la bonne foi est investi d'une double fonction: une fonction complétive (*Ergänzungsfunktion*) d'abord, une fonction corrective (*Korrekturfunktion*) ensuite.

A LA FONCTION COMPLÉTIVE

Elle consiste en ce que la jurisprudence, s'appuyant sur le § 242, a dégagé progressivement, indépendamment cette fois de toute volonté commune, un réseau d'obligations accessoires (*Nebenpflichten*) qui pèsent sur les deux parties. Ces obligations accessoires dont la terminologie est d'ailleurs mal fixée et varie selon les auteurs peuvent être classées en deux groupes:

Les premières qualifiées en général de « *Nebenleistungspflichten* » se relient étroitement à la prestation principale. Elles ont pour objet de garantir une exécution propre à satisfaire les intérêts du créancier; elles imposent par exemple au fournisseur d'assurer le bien vendu pendant son transport jusqu'au lieu de livraison, de mettre à la disposition de l'acheteur les documents nécessaires à son utilisation, de le prévenir des risques que comporte cette utilisation ... Pour la même raison le propriétaire de locaux commerciaux peut être tenu, en fonction des circonstances, de ne pas conclure de bail avec un commerçant désirant exercer un commerce similaire à celui qu'exploite déjà un locataire installé sur place; ce qui

juridique, de l'échelle des valeurs de la Loi Fondamentale ... 46. La jurisprudence et la doctrine sont d'ailleurs parvenues à dresser empiriquement une typologie de ses principales applications.

Munis de ces références les juges peuvent ainsi dans chaque cas d'espèce veiller à ce que chacun exerce ses droits et exécute ses obligations avec loyauté et dans le respect de son partenaire; ils peuvent aussi infléchir l'interprétation des règles de droit positif, éventuellement combler leurs lacunes de manière à satisfaire aux impératifs de justice et d'équité.

Si l'on s'en tient maintenant aux effets du contrat et plus spécialement à la teneur du rapport contractuel d'obligation, on peut dire que le principe de la bonne foi est investi d'une double fonction: une fonction complétive (*Ergänzungsfunktion*) d'abord, une fonction corrective (*Korrekturfunktion*) ensuite.

A LA FONCTION COMPLÉTIVE

Elle consiste en ce que la jurisprudence, s'appuyant sur le § 242, a dégagé progressivement, indépendamment cette fois de toute volonté commune, un réseau d'obligations accessoires (*Nebenpflichten*) qui pèsent sur les deux parties. Ces obligations accessoires dont la terminologie est d'ailleurs mal fixée et varie selon les auteurs peuvent être classées en deux groupes:

Les premières qualifiées en général de « *Nebenleistungspflichten* » se relient étroitement à la prestation principale. Elles ont pour objet de garantir une exécution propre à satisfaire les intérêts du créancier; elles imposent par exemple au fournisseur d'assurer le bien vendu pendant son transport jusqu'au lieu de livraison, de mettre à la disposition de l'acheteur les documents nécessaires à son utilisation, de le prévenir des risques que comporte cette utilisation ... Pour la même raison le propriétaire de locaux commerciaux peut être tenu, en fonction des circonstances, de ne pas conclure de bail avec un commerçant désirant exercer un commerce similaire à celui qu'exploite déjà un locataire installé sur place; ce qui

permet de constater que le § 157 et le § 242 se rejoignent et ce qui explique que les tribunaux puissent les invoquer côte à côte.

Quand le contrat a pris fin, l'accomplissement ou le non-accomplissement de certains actes peut encore s'imposer au débiteur; ainsi l'architecte reste tenu d'assister et de conseiller le maître de l'ouvrage, même après l'achèvement de sa propre tâche, pour l'élimination des vices de la construction, l'employeur doit communiquer des informations exactes sur ses anciens salariés, le bailleur doit tolérer l'apposition d'une plaque indiquant la nouvelle adresse professionnelle du médecin qui était précédemment son locataire.

Toutes ces obligations peuvent faire l'objet d'une action autonome en exécution; à la différence de celles du deuxième groupe.

Les obligations qui relèvent du deuxième groupe ont essentiellement un but de protection. Elles sont qualifiées en général de « Schutzpflichten ». mais parfois aussi de « Verhaltenspflichten » (obligations de comportement). Elles tendent à préserver de tout dommage la situation patrimoniale (die Güterlage) de chacun de ceux qui participent au rapport d'obligation (Exp. Mot., p. 125). Ce sont elles que vise le nouveau § 241, al. 2 quand il dispose: « Le rapport d'obligation peut selon son contenu obliger chaque partie à prendre en considération les droits, les biens et les intérêts de l'autre partie ».

Ces obligations-là pèsent sur le débiteur comme sur le créancier de la prestation principale; elles pèsent indifféremment sur l'un comme sur l'autre. Leur objet évolue selon les différentes phases que traversent les relations nouées entre les intéressés.

Durant la période des pourparlers elles sont destinées à protéger la vie, la santé du partenaire, à l'informer des circonstances qui apparaissent déterminantes pour la conclusion du contrat, à le mettre à l'abri de toute déloyauté ... ; elles découlent ici du rapport précontractuel d'obligation et trouvent leur fondement direct dans le § 311, al. 2 et al. 3 (*supra*, n^{os} 44 et s.)

permet de constater que le § 157 et le § 242 se rejoignent et ce qui explique que les tribunaux puissent les invoquer côte à côte.

Quand le contrat a pris fin, l'accomplissement ou le non-accomplissement de certains actes peut encore s'imposer au débiteur; ainsi l'architecte reste tenu d'assister et de conseiller le maître de l'ouvrage, même après l'achèvement de sa propre tâche, pour l'élimination des vices de la construction, l'employeur doit communiquer des informations exactes sur ses anciens salariés, le bailleur doit tolérer l'apposition d'une plaque indiquant la nouvelle adresse professionnelle du médecin qui était précédemment son locataire.

Toutes ces obligations peuvent faire l'objet d'une action autonome en exécution; à la différence de celles du deuxième groupe.

Les obligations qui relèvent du deuxième groupe ont essentiellement un but de protection. Elles sont qualifiées en général de « Schutzpflichten ». mais parfois aussi de « Verhaltenspflichten » (obligations de comportement). Elles tendent à préserver de tout dommage la situation patrimoniale (die Güterlage) de chacun de ceux qui participent au rapport d'obligation (Exp. Mot., p. 125). Ce sont elles que vise le nouveau § 241, al. 2 quand il dispose: « Le rapport d'obligation peut selon son contenu obliger chaque partie à prendre en considération les droits, les biens et les intérêts de l'autre partie ».

Ces obligations-là pèsent sur le débiteur comme sur le créancier de la prestation principale; elles pèsent indifféremment sur l'un comme sur l'autre. Leur objet évolue selon les différentes phases que traversent les relations nouées entre les intéressés.

Durant la période des pourparlers elles sont destinées à protéger la vie, la santé du partenaire, à l'informer des circonstances qui apparaissent déterminantes pour la conclusion du contrat, à le mettre à l'abri de toute déloyauté ... ; elles découlent ici du rapport précontractuel d'obligation et trouvent leur fondement direct dans le § 311, al. 2 et al. 3 (*supra*, n^{os} 44 et s.)

Une fois le contrat conclu, la même attitude, la même vigilance doivent être respectées dans les relations bilatérales. Ainsi l'artisan chargé de repeindre un appartement doit veiller à ne pas détériorer avec son échelle le mobilier de son client. Parallèlement l'acheteur d'une marchandise que le vendeur doit livrer à domicile doit faire en sorte que ce dernier ne subisse aucun préjudice lors de la livraison en glissant dans un escalier mal entretenu.

Enfin même lorsque les prestations principales ont été exécutées de part et d'autre, chacun des contractants doit continuer à être attentif aux intérêts de l'autre; et par exemple après résiliation de son contrat de travail le salarié doit s'abstenir de révéler les secrets d'affaires, les secrets de fabrication dont il a eu connaissance durant son activité dans l'entreprise.

Ces obligations du deuxième groupe ne peuvent faire l'objet d'une action autonome en exécution mais leur violation ouvre au partenaire qui en est victime un droit à résolution ou à dommages-intérêts.

Au total les *Nebenleistungspflichten* et les *Schutzpflichten*, c'est-à-dire l'ensemble des obligations accessoires, illustrent parfaitement la fonction complétive du § 242 ; elles aboutissent en effet à enrichir et à étendre le rapport contractuel d'obligation 55. Mais le § 242, on le sait, a rempli et remplit aussi une autre fonction qui va au-delà de la précédente, puisqu'elle a pour résultat de modifier et de corriger ce même rapport d'obligation.

B. LA FONCTION CORRECTIVE

Cette fonction corrective a donné naissance à la fameuse théorie du « *Wegfall der Geschäftsgrundlage* » (disparition du fondement de l'acte juridique) qui a été développée par Oertmann en 1921 et consacrée à la même époque par le *Reichsgericht* pour remédier aux perturbations qui déséquilibraient alors profondément les contrats à la suite de l'effondrement du Mark et de l'instabilité économique persistante. Après coup cette théorie a été si souvent appliquée et confirmée par les tribunaux qu'elle a été pleinement incorporée dans le système juridique allemand; même s'il est vrai

Une fois le contrat conclu, la même attitude, la même vigilance doivent être respectées dans les relations bilatérales. Ainsi l'artisan chargé de repeindre un appartement doit veiller à ne pas détériorer avec son échelle le mobilier de son client. Parallèlement l'acheteur d'une marchandise que le vendeur doit livrer à domicile doit faire en sorte que ce dernier ne subisse aucun préjudice lors de la livraison en glissant dans un escalier mal entretenu.

Enfin même lorsque les prestations principales ont été exécutées de part et d'autre, chacun des contractants doit continuer à être attentif aux intérêts de l'autre; et par exemple après résiliation de son contrat de travail le salarié doit s'abstenir de révéler les secrets d'affaires, les secrets de fabrication dont il a eu connaissance durant son activité dans l'entreprise.

Ces obligations du deuxième groupe ne peuvent faire l'objet d'une action autonome en exécution mais leur violation ouvre au partenaire qui en est victime un droit à résolution ou à dommages-intérêts.

Au total les *Nebenleistungspflichten* et les *Schutzpflichten*, c'est-à-dire l'ensemble des obligations accessoires, illustrent parfaitement la fonction complétive du § 242 ; elles aboutissent en effet à enrichir et à étendre le rapport contractuel d'obligation 55. Mais le § 242, on le sait, a rempli et remplit aussi une autre fonction qui va au-delà de la précédente, puisqu'elle a pour résultat de modifier et de corriger ce même rapport d'obligation.

B. LA FONCTION CORRECTIVE

Cette fonction corrective a donné naissance à la fameuse théorie du « *Wegfall der Geschäftsgrundlage* » (disparition du fondement de l'acte juridique) qui a été développée par Oertmann en 1921 et consacrée à la même époque par le *Reichsgericht* pour remédier aux perturbations qui déséquilibraient alors profondément les contrats à la suite de l'effondrement du Mark et de l'instabilité économique persistante. Après coup cette théorie a été si souvent appliquée et confirmée par les tribunaux qu'elle a été pleinement incorporée dans le système juridique allemand; même s'il est vrai

qu'il a toujours été difficile de la distinguer des institutions voisines (interprétation complétive, impossibilité fortuite d'exécution ...) et qu'elle n'a cessé de donner lieu à des controverses doctrinales. Certains auteurs faisaient en effet une analyse subjective de la Geschäftsgrundlage, ils qualifiaient ainsi les représentations communes aux deux parties ou propres à l'une d'entre elles mais reconnues et non contestées par l'autre quant à l'existence ou à la survenance de certaines circonstances ayant entraîné leur consentement; d'autres représentants de la doctrine se prononçaient au contraire pour une conception objective, ils réservaient la qualification aux circonstances elles-mêmes dont l'existence ou le maintien apparaissait nécessaire pour donner tout son sens au contrat, sans qu'il y eût à rechercher si les parties y avaient ou non pensé. Tous s'accordaient cependant, à quelques nuances près, pour considérer avec la jurisprudence 57 que le bouleversement ultérieur ou l'absence originaire des circonstances constitutives de la Geschäftsgrundlage justifiait une révision du contrat, dès lors que l'exécution de celui-ci, dans les termes où il avait été conclu, était rendue insupportable (unzumutbar) à l'un des contractants, compte tenu des faits de l'espèce et notamment de la répartition légale ou conventionnelle des risques intervenue entre lui-même et son partenaire.

C'est cette théorie prétorienne que la loi du 26 novembre 2001 a entérinée et codifiée, sous réserve de quelques aménagements, dans le nouveau § 313.

Désormais l'adaptation du rapport contractuel d'obligation au changement des circonstances (Anpassung an die veränderten Umstände) repose sur une disposition spécifique, même si elle continue de s'enraciner dans le § 242, c'est-à-dire le principe de la bonne foi.

§ 3. - La teneur du rapport contractuel d'obligation et son adaptation au changement des circonstances

Le § 313, on le remarquera, dissocie les deux hypothèses précédemment confondues dans la même formule, celles de la disparition et de l'absence originaire du fondement contractuel. Mais il les subordonne aux mêmes

qu'il a toujours été difficile de la distinguer des institutions voisines (interprétation complétive, impossibilité fortuite d'exécution ...) et qu'elle n'a cessé de donner lieu à des controverses doctrinales. Certains auteurs faisaient en effet une analyse subjective de la Geschäftsgrundlage, ils qualifiaient ainsi les représentations communes aux deux parties ou propres à l'une d'entre elles mais reconnues et non contestées par l'autre quant à l'existence ou à la survenance de certaines circonstances ayant entraîné leur consentement; d'autres représentants de la doctrine se prononçaient au contraire pour une conception objective, ils réservaient la qualification aux circonstances elles-mêmes dont l'existence ou le maintien apparaissait nécessaire pour donner tout son sens au contrat, sans qu'il y eût à rechercher si les parties y avaient ou non pensé. Tous s'accordaient cependant, à quelques nuances près, pour considérer avec la jurisprudence 57 que le bouleversement ultérieur ou l'absence originaire des circonstances constitutives de la Geschäftsgrundlage justifiait une révision du contrat, dès lors que l'exécution de celui-ci, dans les termes où il avait été conclu, était rendue insupportable (unzumutbar) à l'un des contractants, compte tenu des faits de l'espèce et notamment de la répartition légale ou conventionnelle des risques intervenue entre lui-même et son partenaire.

C'est cette théorie prétorienne que la loi du 26 novembre 2001 a entérinée et codifiée, sous réserve de quelques aménagements, dans le nouveau § 313.

Désormais l'adaptation du rapport contractuel d'obligation au changement des circonstances (Anpassung an die veränderten Umstände) repose sur une disposition spécifique, même si elle continue de s'enraciner dans le § 242, c'est-à-dire le principe de la bonne foi.

§ 3. - La teneur du rapport contractuel d'obligation et son adaptation au changement des circonstances

Le § 313, on le remarquera, dissocie les deux hypothèses précédemment confondues dans la même formule, celles de la disparition et de l'absence originaire du fondement contractuel. Mais il les subordonne aux mêmes

conditions et il en tire les mêmes conséquences quant à l'adaptation du contrat. Les solutions qui en résultent sont très proches de celles qui avaient été dégagées autrefois par les auteurs et les tribunaux; l'interprétation du § 313 peut donc s'appuyer sur la jurisprudence et la doctrine antérieures à la réforme.

A. LES CONDITIONS DE LA DISPARITION ET DE L'ABSENCE ORIGINALE DU FONDEMENT CONTRACTUEL

a) La disparition du fondement contractuel

Selon le § 313, al. 1 el', pour qu'il y ait disparition du fondement contractuel, quatre conditions doivent être réunies.

Il faut d'abord que des « circonstances » (Umstände) soient devenues le fondement contractuel, ce qui signifie qu'elles doivent être impliquées, contenues dans la volonté commune des parties ⁵⁹ sans être pour autant intégrées formellement dans le contrat lui-même ⁶⁰. Au nombre de ces circonstances on peut citer le maintien de la stabilité monétaire, l'équivalence des prestations, la constance du prix stipulé, la possibilité de se procurer une marchandise identique ... mais aussi la persistance de la législation en vigueur, l'obtention d'un permis de construire, voire la possibilité de faire jouer dans son nouveau club un joueur de football transféré ...; à vrai dire il n'y a pas de liste limitative.

Il faut ensuite que ces circonstances aient subi, après la conclusion du contrat, un changement profond (schwerwiegend) que se soit produite par exemple une dépréciation monétaire importante entraînant une baisse de plus de 60 % du pouvoir d'achat de la rente (Erbbauszins) versée par le titulaire d'un droit de superficie au propriétaire foncier ⁶¹, une hausse brutale du cours des matières premières rendant très difficile l'exécution de prestations en nature, la consécration par la jurisprudence et par la loi de la pleine liberté d'établissement de nouvelles pharmacies, l'interdiction de jouer frappant le footballeur transféré pour corruption dans son ancien club ...

Il faut démontrer après coup que les parties n'auraient pas conclu le

conditions et il en tire les mêmes conséquences quant à l'adaptation du contrat. Les solutions qui en résultent sont très proches de celles qui avaient été dégagées autrefois par les auteurs et les tribunaux; l'interprétation du § 313 peut donc s'appuyer sur la jurisprudence et la doctrine antérieures à la réforme.

A. LES CONDITIONS DE LA DISPARITION ET DE L'ABSENCE ORIGINALE DU FONDEMENT CONTRACTUEL

a) La disparition du fondement contractuel

Selon le § 313, al. 1 el', pour qu'il y ait disparition du fondement contractuel, quatre conditions doivent être réunies.

Il faut d'abord que des « circonstances » (Umstände) soient devenues le fondement contractuel, ce qui signifie qu'elles doivent être impliquées, contenues dans la volonté commune des parties ⁵⁹ sans être pour autant intégrées formellement dans le contrat lui-même ⁶⁰. Au nombre de ces circonstances on peut citer le maintien de la stabilité monétaire, l'équivalence des prestations, la constance du prix stipulé, la possibilité de se procurer une marchandise identique ... mais aussi la persistance de la législation en vigueur, l'obtention d'un permis de construire, voire la possibilité de faire jouer dans son nouveau club un joueur de football transféré ...; à vrai dire il n'y a pas de liste limitative.

Il faut ensuite que ces circonstances aient subi, après la conclusion du contrat, un changement profond (schwerwiegend) que se soit produite par exemple une dépréciation monétaire importante entraînant une baisse de plus de 60 % du pouvoir d'achat de la rente (Erbbauszins) versée par le titulaire d'un droit de superficie au propriétaire foncier ⁶¹, une hausse brutale du cours des matières premières rendant très difficile l'exécution de prestations en nature, la consécration par la jurisprudence et par la loi de la pleine liberté d'établissement de nouvelles pharmacies, l'interdiction de jouer frappant le footballeur transféré pour corruption dans son ancien club ...

Il faut démontrer après coup que les parties n'auraient pas conclu le

contrat ou en tout cas ne l'auraient pas conclu aux mêmes conditions, si elles avaient prévu ce changement. Ici les intérêts des deux parties doivent être appréciés séparément car en règle générale les effets du changement affectent de manière différente la situation patrimoniale de chacune d'elles.

Il faut enfin que l'exécution du contrat, tel qu'il avait été stipulé à l'origine, ne puisse être imposée à l'une des parties, eu égard à tous les faits de l'espèce et notamment à la répartition conventionnelle ou légale des risques. En d'autres termes l'exécution des obligations incombant à cette partie doit être devenue pour elle insupportable (unzumutbar) compte tenu des exigences de la bonne foi et de l'équité; à moins qu'elle n'ait elle-même pris en charge volontairement ou qu'elle ne doive supporter en vertu de la réglementation légale le risque de la disparition du fondement contractuel.

b) L'absence originaire du fondement contractuel

C'est la deuxième hypothèse que vise le § 313 al. 2. Elle suppose que des représentations essentielles (wesentliche Vorstellungen) des parties sur l'existence de certaines circonstances lors de la conclusion du contrat sont devenues le fondement contractuel et que ces représentations ont été déjouées par la suite, qu'elles se sont révélées inexactes. Par exemple l'acheteur et le vendeur d'un terrain se sont trompés sur sa véritable surface, sur les conditions de sa constructibilité⁶⁵; ou encore ils ont traité sur la base d'un prix moyen du m² publié dans un bulletin officiel, qui était très inférieur à son montant réel. En somme ils ont commis la même erreur sur les motifs (beiderseitiger Motivirrtum)

Le § 312 al. 2 assimile cette absence originaire de fondement contractuel au changement radical des circonstances et il la soumet aux mêmes conditions que celui-ci.

B. L'ADAPTATION DU RAPPORT CONTRACTUEL D'OBLIGATION

174. Lorsque les conditions de la disparition ou de l'absence du fondement contractuel sont réunies, le contractant défavorisé par la situation nouvelle peut prétendre à la révision du rapport contractuel d'obligation. Le

contrat ou en tout cas ne l'auraient pas conclu aux mêmes conditions, si elles avaient prévu ce changement. Ici les intérêts des deux parties doivent être appréciés séparément car en règle générale les effets du changement affectent de manière différente la situation patrimoniale de chacune d'elles.

Il faut enfin que l'exécution du contrat, tel qu'il avait été stipulé à l'origine, ne puisse être imposée à l'une des parties, eu égard à tous les faits de l'espèce et notamment à la répartition conventionnelle ou légale des risques. En d'autres termes l'exécution des obligations incombant à cette partie doit être devenue pour elle insupportable (unzumutbar) compte tenu des exigences de la bonne foi et de l'équité; à moins qu'elle n'ait elle-même pris en charge volontairement ou qu'elle ne doive supporter en vertu de la réglementation légale le risque de la disparition du fondement contractuel.

b) L'absence originaire du fondement contractuel

C'est la deuxième hypothèse que vise le § 313 al. 2. Elle suppose que des représentations essentielles (wesentliche Vorstellungen) des parties sur l'existence de certaines circonstances lors de la conclusion du contrat sont devenues le fondement contractuel et que ces représentations ont été déjouées par la suite, qu'elles se sont révélées inexactes. Par exemple l'acheteur et le vendeur d'un terrain se sont trompés sur sa véritable surface, sur les conditions de sa constructibilité⁶⁵; ou encore ils ont traité sur la base d'un prix moyen du m² publié dans un bulletin officiel, qui était très inférieur à son montant réel. En somme ils ont commis la même erreur sur les motifs (beiderseitiger Motivirrtum)

Le § 312 al. 2 assimile cette absence originaire de fondement contractuel au changement radical des circonstances et il la soumet aux mêmes conditions que celui-ci.

B. L'ADAPTATION DU RAPPORT CONTRACTUEL D'OBLIGATION

174. Lorsque les conditions de la disparition ou de l'absence du fondement contractuel sont réunies, le contractant défavorisé par la situation nouvelle peut prétendre à la révision du rapport contractuel d'obligation. Le

§ 313 al. 1^{ER} lui confère expressément un droit à l'adaptation du contrat (Anspruch auf Anpassung der Vertrags).

Cette adaptation ne se produit pas automatiquement, par l'effet de la loi (kraft Gesetzes) comme cela a été admis autrefois 67, elle se réalise sur la base d'un droit qui permet à l'intéressé d'engager une négociation avec son partenaire et, si cette négociation échoue, d'agir en justice contre lui.

Qu'elle soit contractuelle ou judiciaire, l'adaptation peut revêtir diverses formes: elle peut consister à réduire la prestation principale en nature ou à augmenter le prix de cette prestation, à accorder au débiteur un report d'échéance ou une exécution échelonnée dans le temps, voire à répartir la perte entre les parties comme dans l'affaire des contrats d'épargne conclus avant 1945 en vue de la livraison d'une Volkswagen aux épargnants.

Si l'adaptation apparaît impossible ou insupportable à l'une des parties, le contractant défavorisé peut, par une déclaration de volonté, provoquer la résolution du contrat ou, s'il s'agit d'un contrat à exécution successive (Dauerschuldverhältnis) la résiliation pour motif grave (§ 313, al. 3, § 314). Mais dans l'esprit du législateur, cette résolution ou cette résiliation ne présente qu'un caractère subsidiaire (Exp. Mot., p. 176).

Comme on peut le constater, l'adaptation selon le § 313 qui, rappelons-le, procède du principe de la bonne foi n'atteint pas seulement le rapport contractuel d'obligation envisagé globalement; par la force des choses elle se répercute sur les obligations ou les créances qui naissent de ce rapport.

Il faut souligner à ce propos que le § 242 exerce également une influence directe sur ces obligations ou créances contractuelles. Il contribue en effet, comme on le verra dans la Section 2, à aménager et à infléchir le mode et la manière dont le débiteur doit s'acquitter des obligations qui lui incombent ainsi que le mode et la manière dont le créancier peut exiger l'exécution des droits dont il est titulaire.

§ 313 al. 1^{ER} lui confère expressément un droit à l'adaptation du contrat (Anspruch auf Anpassung der Vertrags).

Cette adaptation ne se produit pas automatiquement, par l'effet de la loi (kraft Gesetzes) comme cela a été admis autrefois 67, elle se réalise sur la base d'un droit qui permet à l'intéressé d'engager une négociation avec son partenaire et, si cette négociation échoue, d'agir en justice contre lui.

Qu'elle soit contractuelle ou judiciaire, l'adaptation peut revêtir diverses formes: elle peut consister à réduire la prestation principale en nature ou à augmenter le prix de cette prestation, à accorder au débiteur un report d'échéance ou une exécution échelonnée dans le temps, voire à répartir la perte entre les parties comme dans l'affaire des contrats d'épargne conclus avant 1945 en vue de la livraison d'une Volkswagen aux épargnants.

Si l'adaptation apparaît impossible ou insupportable à l'une des parties, le contractant défavorisé peut, par une déclaration de volonté, provoquer la résolution du contrat ou, s'il s'agit d'un contrat à exécution successive (Dauerschuldverhältnis) la résiliation pour motif grave (§ 313, al. 3, § 314). Mais dans l'esprit du législateur, cette résolution ou cette résiliation ne présente qu'un caractère subsidiaire (Exp. Mot., p. 176).

Comme on peut le constater, l'adaptation selon le § 313 qui, rappelons-le, procède du principe de la bonne foi n'atteint pas seulement le rapport contractuel d'obligation envisagé globalement; par la force des choses elle se répercute sur les obligations ou les créances qui naissent de ce rapport.

Il faut souligner à ce propos que le § 242 exerce également une influence directe sur ces obligations ou créances contractuelles. Il contribue en effet, comme on le verra dans la Section 2, à aménager et à infléchir le mode et la manière dont le débiteur doit s'acquitter des obligations qui lui incombent ainsi que le mode et la manière dont le créancier peut exiger l'exécution des droits dont il est titulaire.