

MÉLANGES EN L'HONNEUR
DU PROFESSEUR
CLAUDE WITZ

2018

CISG. Les travaux de l'Institut sont destinés à servir au mieux les intérêts de la communauté internationale et à contribuer à l'élaboration d'un droit international harmonisé dans le domaine des obligations commerciales.

SOMMAIRE

Liste des auteurs	XI
Éléments biographiques	XVII
Travaux et publications	XXI
Iacyr DE AGUILAR VIEIRA, <i>L'excessive onérosité et l'imprévisible</i>	1
Pascal ANCEL, <i>Impossibilité et force majeure : un éclairage du droit allemand sur le nouveau droit français des obligations</i>	25
Ulrike BABUSIAUX, D. 36.1.48 <i>Iavolenus 11 Epistularum – Römischesrechtliche bemerkungen zum textlichen ausgangspunkt der französischen fiducie à cause de mort</i>	41
Jochen BAUERREIS, <i>La rupture brutale des relations commerciales établies dans les contrats internationaux</i>	61
Jean-Sylvestre BERGÉ, <i>Figures du droit uniforme de l'Union européenne : de quelques observations en droit des contrats</i>	73
Florian BIEN, <i>La Zweckstörung – un cas de figure de l'imprévision ?</i>	83
Jean-Sébastien BORGHETTI, <i>Les exercices et ouvrages en usage dans les facultés de droit françaises, reflets de l'importance de la jurisprudence judiciaire comme source du droit français</i>	101
Olivier CACHARD, <i>Le transfert des risques dans les ventes internationales de marchandises flottantes : retour sur l'article 68 de la CVIM</i>	119
Paulo Borba CASELLA, avec la collaboration de Gabriela Werner OLIVEIRA et Maria Olívia Ferreira SILVEIRA, <i>Le regard de Claude Witz sur le droit allemand</i>	135
Gustavo CERQUEIRA, <i>Le critère de qualification de l'acte juridique réceptice</i>	143
Weizuo CHEN, <i>The CISG and the rules of private international law of the people's Republic of China</i>	183
Tiziana J. CHIUSI, <i>Zum begriff der schenkung im französischen, italienischen und deutschen recht</i>	195

Vlad CONSTANTINESCO, <i>Quel avenir pour la faculté internationale de droit comparé ?</i>	215
Reinhard DAMMANN, <i>L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité</i>	223
Philippe DELEBECQUE, <i>Le droit de gage général des créanciers a-t-il un caractère égalitaire ?</i>	247
Géraldine DEMME, <i>Le droit des ententes français et allemand : un rapprochement à géométrie variable avec le droit de l'Union européenne</i>	257
Pascale DEUMIER, <i>La Convention de Vienne, source vivifiante pour les questions d'interprétation</i>	265
Julien DUBARRY, <i>Du pouvoir de disposer de la chose d'autrui en droit civil français – Variations sur un thème du droit de la vente</i>	279
Bertrand FAGES, <i>Entrer dans le droit des obligations avec Claude Witz</i>	301
Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, <i>Réforme du droit des contrats : l'approche comparatiste, européenne et transnationale</i>	305
Christiana FOUNTOULAKIS, <i>L'intérêt légitime du tiers à la bonne exécution du contrat. Une analyse de l'« effet protecteur du contrat pour les tiers » du droit allemand sous l'angle des droits suisse et français</i>	315
Christophe GEIGER, <i>Appropriation créative et droit d'auteur. Réflexions sur les évolutions récentes de la jurisprudence française à la lumière du droit de l'Union et du droit comparé</i>	327
François JACOB, <i>La distinction des exceptions inhérentes à la dette et de celles qui ne le sont pas à l'épreuve (entre autres) de sa consécration légale nouvelle par l'article 1346-5 alinéa 3 du Code civil</i>	349
Jean-Michel JACQUET, <i>Sur l'exercice de la fonction normative de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI)</i>	361
Heike JUNG, <i>Montaigne und Handke im streit über die sprache des rechts</i>	377
Peter JUNG, <i>Vers un Code européen des affaires. Une proposition d'Emmanuel Macron aussi nécessaire qu'audacieuse</i>	391
Catherine KESSEDJIAN, <i>Les obligations de vigilance (due diligence) des entreprises</i>	407
Jonas KNETSCH, <i>L'acte juridique et le nouveau droit français des obligations – Réflexions sur les pérégrinations franco-allemandes d'un concept juridique</i>	419
Ben Gerrit KÖHLER et Helmut RÜßMANN, <i>Zur bedeutung der anwendungsbedingungen a) und b) in art. 1 abs. 1 CISG (CVIM)</i>	445
Valérie LASSEUR, <i>La cession de créance en droit français et en droit allemand</i>	467

Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE, <i>Le virement SEPA</i>	505
Frédéric LECLERC, <i>Le Code de commerce face à la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises</i>	517
François-Xavier LICARI, <i>Le Code civil de Louisiane, un code pour l'Europe et le monde ?</i> ..	545
Francis LIMBACH, <i>Le rôle du droit comparé dans la conception des droits potestatifs</i>	559
Ulrich MAGNUS, <i>CISG applicable in Hong Kong and Macao</i>	579
Michael MARTINEK, <i>Reflections on the choice of law in international commercial arbitration proceedings</i>	597
Steffen PAULMANN, <i>La Convention de Vienne – garant pour atténuer la AGB-Kontrolle allemande en matière de clause exonératoire de responsabilité ?</i>	625
Maria del Pilar PERALES VISCASILLAS, <i>CISG and "strategic commodities" (the example of gas in Europe)</i>	633
Francisco PIGNATTA, <i>Sur la possibilité d'appliquer la Convention de Vienne à la responsabilité précontractuelle</i>	653
Élise POILLOT, <i>Les codes de l'intégration du droit de la consommation dans le système juridique. Regards franco-allemands</i>	671
André PRÜM, <i>Faut-il réformer le droit luxembourgeois des contrats ?</i>	701
Jean-Baptiste RACINE, <i>L'obligation de minimiser le préjudice subi : propos sur une norme modèle</i>	725
Filippo RANIERI, <i>Die osmanische zivilkodifikation von 1869-1876 (mecelle-i abkam-i adliyye) und der französische Code civil. ein fast vergessenes kapitel aus der rechtsgeschichte des 19. jahrhunderts</i>	745
Thibault DE RAVEL D'ESCLAPON, <i>Les résonances contemporaines de Pothier en droit des sociétés. De l'existence de sociétés sans entreprise</i>	761
Oliver REMIEN, <i>Leistungsstörungen nach der réforme du droit des contrats in deutscher und europäischer sicht.</i>	777
Isabelle RIASSETTO et Michel STORCK, <i>La fiducie et la structuration des fonds d'investissement de droit français</i>	795
Thomas RIEHM et Thomas A. HEIß, <i>La disproportion manifeste du coût de l'exécution en nature (art. 1221 du Code civil) – Une perspective allemande</i>	817
Dominique SCHMIDT, <i>L'application de la règle majoritaire dans le silence des statuts d'une association</i>	833

Winfried-Thomas SCHNEIDER, <i>La responsabilité contractuelle du tiers : une « espèce en voie d'évolution » ?</i>	843
Philippe SIMLER, <i>L'interprétation des actes juridiques, un mal nécessaire ? Dialogue avec l'ami Claude</i>	859
Jean-Patrice STORCK, <i>Effets indésirables des médicaments et responsabilité du fait des produits défectueux : faux problème ou impasse ?</i>	871
Arnoldo WALD et Vera JACOB DE FRADERA, <i>Claude Witz et le droit comparé</i>	877
Marc-Philippe WELLER et Lucienne SCHLÜRMANN, <i>Methodenvielfalt im ipr des 21. Jahrhunderts – ein deutsch-französischer vergleich.</i>	893
Georges WIEDERKEHR, <i>Ce que nous apprennent les théories de l'acte juridictionnel</i>	913
Liste des souscripteurs	921

zellen und anderen zu einem Verhältnis. Ein solches Verhältnis ist nicht nur zwischen den beteiligten Parteien, sondern auch zwischen dem Gesetz und dem Recht. Es kann zwischen dem Recht und dem Recht selbst bestehen, ebenso wie zwischen dem Recht und der Praxis. Das Recht ist ein System von Regeln, die das Leben der Menschen regeln. Es ist ein System von Werten, die die menschliche Existenz wertvoll machen. Es ist ein System von Ideen, die die menschliche Freiheit und die menschliche Freiheit wertvoll machen. Es ist ein System von Praktiken, die die menschliche Existenz wertvoll machen. Es ist ein System von Praktiken, die die menschliche Existenz wertvoll machen.

LA ZWECKSTÖRUNG – UN CAS DE FIGURE DE L'IMPRÉVISION ?

Florian BIEN¹

Aussi bien le législateur allemand que le législateur français ont intégré le concept de la *Störung der Geschäftsgrundlage* (perturbation du fondement du contrat) ou bien de l'imprévision dans leurs codes civils respectifs à l'occasion des grandes réformes du droit des obligations en 2002 et en 2016-2018. Les conditions et les conséquences juridiques de la perturbation du fondement du contrat ou de l'imprévision sont régies respectivement au § 313 BGB et à l'article 1195 du Code civil. La condition principale requise pour l'application des deux normes est à la base similaire. En effet, il est question du changement profond des circonstances ayant constitué le fondement du contrat, et ce après sa conclusion² ou alors du « changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat »³. Toutefois, le texte de la disposition française, contrairement à son pendant allemand, restreint le champ d'application de l'imprévision en exigeant en outre que le changement de circonstances rende très difficile l'exécution du contrat pour le débiteur.

Le champ d'application de la disposition allemande⁴ semble donc – du moins à première vue – beaucoup plus large que celui de l'article 1195 du Code civil. Ainsi, la jurisprudence et la doctrine allemandes regroupent sous la notion d'altération du fondement du contrat régie par le § 313 BGB au moins deux cas de figure différents⁵ :

La disposition allemande est tout d'abord interprétée en ce sens qu'un changement important de circonstances ayant constitué le fondement du contrat est caractérisé lorsque celui-ci entraîne un déséquilibre entre la prestation et la contre-

¹ L'auteur tient à remercier son assistante Agnès MOUTERDE pour la révision, voire la traduction du manuscrit.

² BGB, § 313, alinéa 1.

³ C. civ., art. 1195.

⁴ BGB, § 313.

⁵ Pour approfondir ces deux cas de figure et en découvrir d'autres, V. *Begründung des Gesetzesentwurfs*, Bundestags-Drucksache 14/6040, p. 174 et FINKENAUER, in *MünchKommBGB*, München, Verlag C. H. Beck, 7^e éd. 2016, § 313, pts 183 et s.

prestation (*Äquivalenzstörung*). Ce déséquilibre renvoie aux situations dans lesquelles la prestation et la contre-prestation deviennent manifestement disproportionnées. Tel sera le cas « lorsque le rapport approximativement équivalent adopté par les parties des deux prestations ne subsiste plus même de manière approximative »⁶. Sont ici incontestablement concernés à la fois les cas – expressément mentionnés à l'article 1195 du Code civil – d'impossibilité économique (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*)⁷, c'est-à-dire ceux dans lesquels l'exécution de la prestation pour le débiteur est rendue très difficile, mais aussi les cas – en pratique plus courants⁸ – dans lesquels la valeur de la contrepartie est fortement dévaluée par exemple en raison d'une inflation importante. Le juriste français connaît bien ces deux situations classiques issues de la jurisprudence du Conseil d'État dans l'affaire *Gaz de Bordeaux*⁹, d'une part, et de la Cour de cassation dans son arrêt *Canal de Craponne*¹⁰, d'autre part. En Allemagne, le choc pétrolier de 1973 (entraînant un renchérissement important et soudain de l'approvisionnement en pétrole à hauteur de 100 %)¹¹ ainsi que la forte dépréciation de la monnaie en 1923¹² en sont des illustrations exemplaires. Le libellé de l'article 1195 du Code civil (changement de circonstances rendant « l'exécution excessivement onéreuse ») comprend en tout cas la première situation dans laquelle l'exécution est rendue plus difficile.

De plus, le changement significatif de circonstances peut avoir pour conséquence que le but poursuivi par une partie lors de la conclusion du contrat perde sa raison d'être *a posteriori*. Il s'agit du cas de figure de la *Zweckstörung*, c'est-à-dire de la perturbation du but poursuivi par une partie au contrat. De nombreux manuels présentent le cas d'école¹³ issu des affaires de la procession du couronnement à l'occasion du report des festivités du couronnement d'Édouard VII (celui-ci souffrait de l'appendicite)¹⁴. Dans l'affaire particulièrement commentée

6. LARENZ, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, 14^e éd. 1987, p. 324, trad. libre.

7. La différence avec les situations d'impossibilité de fait régies au § 275, alinéa 2 BGB réside dans la référence utilisée dans la comparaison : dans le cas régi au § 275, alinéa 2 BGB, le coût de l'exécution de l'obligation pour le débiteur doit être comparé avec l'intérêt du créancier à son exécution, tandis que dans les situations régies au § 313 BGB, il convient de prendre en compte la disproportion entre la dépense pour exécuter l'obligation et la valeur de la contre-partie.

8. LARENZ, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, *op. cit.*, p. 325.

9. CE, 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux : Rec. CE 1916*, p. 125.

10. Cass. civ., 6 mars 1876, *Cne de Pélissanne c/ Marquis de Gallifet : D. 1876*, 1, 193.

11. V. *Bundesgerichtshof*, arrêt 8 févr. 1978, VIII ZR 221/76, JZ 1978, 235 (refus d'appliquer les principes de l'altération du fondement du contrat dans cette espèce à défaut de caractère déraisonnable malgré une augmentation de 100 % du prix) et FINKENAUER, in *MünchKomm BGB*, *op. cit.*, § 313, pt 184.

12. V. les nombreux exemples de jurisprudence cités dans FINKENAUER, in *MünchKomm BGB*, *op. cit.*, § 313, pts 23 et 185 et s.

13. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage – ein neuer Rechtsbegriff*, 1921, p. 26. – LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 1951, p. 47. – FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Zweiter Teil, Das Rechtsgeschäft, 4^e éd. 1992, § 26 3, p. 498.

14. V. la liste des cas à l'adresse suivante : https://en.wikipedia.org/wiki/Coronation_cases.

de *Krell contre Henry*¹⁵, l'échange des prestations convenu contractuellement – à savoir la mise à disposition d'un logement en contrepartie du paiement du loyer – demeurait possible même après l'annulation de la procession du couronnement. Cette dernière prive toutefois le locataire du but poursuivi lors de la conclusion du contrat de location, à savoir l'observation de la procession.

Par souci d'exhaustivité, il convient d'ajouter que le législateur allemand a pris la décision – d'une importance mineure dans le présent contexte – d'assimiler au § 313, alinéa 2 BGB¹⁶ le cas de la conception erronée des parties des fondements principaux du contrat au cas du changement de circonstances en vertu du premier alinéa de ce paragraphe. Cette disposition vient en complément¹⁷ du droit prévu au § 119, alinéa 2 BGB¹⁸ d'invoquer la nullité du contrat pour cause d'erreur sur une qualité essentielle de la personne ou de la chose¹⁹. Du point de vue de la partie lésée, il est avantageux d'invoquer le § 313, alinéa 2 BGB, car celle-ci est alors exonérée de l'obligation – propre au droit allemand – de verser des dommages et intérêts à son partenaire contractuel en raison de la confiance octroyée (*Vertrauensschadensersatz*) en vertu du § 122 BGB. Cette conséquence juridique s'est révélée, du point de vue du législateur allemand, être injuste lorsque les deux parties se sont trompées de manière équivalente²⁰.

Je souhaite tout d'abord définir la notion de *Zweckstörung* en donnant quelques exemples tirés de la jurisprudence allemande (I) et la distinguer des cas d'*Unmöglichkeit* (II), puis présenter les conditions d'application du § 313 BGB traitant le cas de la perturbation du fondement du contrat (III) tout en mettant l'accent sur la nécessaire prise en considération de la répartition du risque entre les parties (IV) et les conséquences juridiques en cas d'une telle *Störung der Geschäftsgrundlage* (V) avant de dresser quelques réflexions prudentes sur la manière dont le droit français traite les situations relevant en Allemagne de la catégorie de la *Zweckstörung* (VI). J'espère que mes réflexions comparatives répondront à l'intérêt du jubilé, qui, à l'occasion d'une conférence franco-allemande sur la récente réforme du droit français des contrats, a traité, entre autres, de la perturbation de l'équilibre contractuel dans le nouveau droit français des obliga-

15. *Krell c/ Henry*, 1903 LR 2 KB 740.

16. Le libellé du § 313, Abs. 2 BGB est le suivant : « Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen » (« Est assimilé à un changement de circonstances le fait que les conceptions essentielles des parties qui ont été le fondement du contrat se révèlent erronées »).

17. Cf. FINKENAUER, in *MünchKomm BGB*, *op. cit.*, § 313, pts 146 et s. La doctrine dominante part en revanche du principe concernant l'erreur commune sur les motifs que le § 313, alinéa 2 BGB prévaut sur la nullité pour cause d'erreur (V. par ex. ARMBRÜSTER, in *MünchKomm BGB*, *op. cit.*, § 119, pt 116).

18. Cf. art. 1130 et s. et particulièrement nouveau C. civ., art. 1134 et 1135.

19. KREBS et JUNG, in SCHULZE, *Nomos-Handkommentar zum BGB*, 9^e éd. 2017, § 313, pt 18 et s.

20. LARENZ et WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, § 38, pt 5. La fragilité de cette argumentation est exposée de façon convaincante par SINGER, in STAUDINGER (éd.), *BGB*, 2011, § 119, pt 78.

tions et, dans ce contexte, également du nouvel article 1195 du Code civil sur l'imprévision²¹. Jusqu'à présent, les cas de figure de la *Zweckstörung* semblent ne pas avoir beaucoup attiré l'attention des comparatistes franco-allemands²². Aussi cherche-t-on en vain la notion de *Zweckstörung* dans les abrégés de droit (privé) allemand rédigés par le jubile²³, Michel Pédamon²⁴, Michel Fromont et Jonas Knetsch²⁵ ou Frédérique Ferrand²⁶ lesquels ne traitent – nécessairement – que très brièvement le concept de la perturbation du fondement du contrat, l'actuel § 313 BGB. L'exposé le plus complet de la question d'un angle comparatif et auquel la présente étude doit beaucoup de références à la jurisprudence française émane de la thèse de Peter Jung (*Die Bindungswirkung des Vertrages unter veränderten geschäftsrelevanten Umständen*, 1995). L'on ne s'étonne guère que l'auteur de cette thèse comparative franco-allemande ait, comme indiqué dans la préface, également profité d'un certain parrainage de la part du grand comparatiste français et bâtisseur de ponts entre les deux cultures juridiques, Claude Witz.

I. – DÉFINITION DE LA NOTION DE ZWECKSTÖRUNG ET EXEMPLES JURISPRUDENTIELS

Le terme *Zweckstörung*²⁷ englobe les situations dans lesquelles la prestation en nature est en tant que telle encore possible et peut être fournie, mais a perdu tout son sens pour le créancier en raison d'un changement ultérieur de circonstances ne lui permettant pas de réaliser ses buts d'origine²⁸.

21. WITZ, in BIEN et BORGHETTI (éd.), *Störung des verttraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht*, 2018, p. 119, 134 et s.
22. Il convient cependant de noter la référence à cet aspect par ANCEL : *Rép. dr. civ.* Dalloz, mai 2017, V° *Imprévision*, pt 42.
23. WITZ, *Le droit allemand*, Dalloz, 2018.
24. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 2004.
25. FROMONT et KNETSCH, *Droit privé allemand*, LGDJ, 2017.
26. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997.
27. La terminologie peut varier. Comme ici, par ex. : SCHULZE, in *Nomos-Handkommentar zum BGB*, 9^e éd. 2017, § 313, pt 7 et 25 et LORENZ, in BAMBERGER, ROTH, HAU et POSECK, *Beck-Online-Kommentar zum BGB*, 44^e éd. (actualisé le 1^{er} février 2017), § 275, pt 41 (« Störung des Verwendungszwecks », perturbation de l'usage prévu) tout comme UNBERATH, in BAMBERGER, ROTH, HAU et POSECK, *Beck-Online-Kommentar zum BGB*, 44^e éd. (actualisé le 1^{er} mars 2011), § 313, pt 64. En revanche, la notion de *Zweckvereitelung* (l'échec du but visé) est évoquée dans ces cas par ERNST, in *MünchKomm BGB*, op. cit., § 275, pt 163, et LARENZ, *Schuldrecht I AT*, op. cit., p. 326.
28. Cette situation relève aussi du § 812, alinéa 1, phrase 2, 2^e alternative BGB (« der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezeichnete Erfolg [tritt nicht ein] », « le succès escompté avec la prestation selon le contenu de l'acte juridique ne survient pas », trad. libre). L'enrichissement sans cause suite à la non-atteinte du but visé s'efface toutefois derrière le § 313, alinéa 1 BGB en raison de la primauté des droits contractuels (V. les exemples jurisprudentiels dans STADLER, in JAUERNIG, *Kommentar zum BGB*, 16^e éd. 2015, § 313, pt 13).

Outre l'affaire du couronnement déjà évoquée, il convient de s'attarder sur les exemples suivants traités par la jurisprudence :

Le terrain au bord du lac de Starnberg comprenant un abri pour bateaux ne peut être utilisé par son locataire comme prévu à cause d'une restriction administrative des autorisations pour les bateaux à moteur sur ce lac²⁹. L'hôtel thermal réservé par des touristes est dans un tel état suite aux dommages causés par un typhon qu'il ne peut être utilisé³⁰. Les canettes de bière vendues à un importateur iranien ne trouvent plus d'acheteurs après la révolution islamique³¹. Les six cents marteaux perforateurs commandés en 1948 – modèles anciens n'étant plus demandés dans le monde occidental – étaient destinés à la revente dans la partie est de l'Allemagne et ne pouvaient plus y être livrés suite au blocus de Berlin³².

II. – LA DISTINCTION ENTRE LES CAS DE ZWECKSTÖRUNG ET LES CAS D'UNMÖGLICHKEIT

Les cas de *Zweckstörung* doivent être distingués des situations voisines relevant de la catégorie de l'*Unmöglichkeit* (impossibilité). Les cas typiques de l'impossibilité sont ceux dans lesquels la prestation ne peut définitivement plus être exécutée (par exemple le cheval vendu meurt avant d'être remis ; l'exploitation des mines d'argent au Kosovo est paralysée par l'éclatement de la guerre civile ; un embargo empêche l'importation de l'argent vendu ; la chose vendue appartient déjà à l'acheteur). C'est dans ces cas qu'intervient la conséquence juridique prévue au § 275, alinéa 1 BGB, à savoir que la prestation due, dont l'exécution est impossible, ne doit plus être fournie³³.

Les exemples cités remplissent sans difficulté les conditions d'application de l'*Unmöglichkeit* en vertu du § 275, alinéa 1 BGB et se distinguent ainsi du cas de figure de la *Zweckstörung* qui nous intéresse ici. La délimitation entre les cas relevant de la *Zweckerreichung* (réalisation du but) et du *Zweckfortfall* (disparition du but) pose de plus grandes difficultés, du moins à première vue. Toutes ces hypothèses ont en commun le fait que le but poursuivi par la prestation est compromis. L'atteinte au but est toutefois liée à des raisons différentes. Dans la situation relevant de la *Zweckerreichung*, le but visé par la prestation ne peut plus être atteint par le débiteur car celui-là a déjà été réalisé de par un autre facteur. C'est par exemple le cas de l'effondrement d'un bâtiment avant l'arrivée de l'entreprise de

29. *Bundesgerichtshof* (BGH), arrêt 7 juill. 1971, VIII ZR 10/70, WM 1971, 1300 (renvoi).

30. V. les réflexions (hypothétiques) à ce sujet dans l'arrêt du *Bundesgerichtshof* du 23 septembre 1982, VII ZR 301/81, BGHZ 85, 50, pt 22 (cité selon juris).

31. BGH, arrêt 8 févr. 1984, VIII ZR 254/82, NJW 1984, 1746. V. ci-dessous pour plus de précisions.

32. BGH, arrêt 16 janv. 1953, I ZR 42/52, MDR 1953, 282.

33. Cf. nouveau C. civ., art. 1351 et s.

démolition³⁴. Il en va de même lorsqu'un enfant crache spontanément le bouton avalé juste avant l'arrivée du médecin ou encore lorsque le bateau coincé sur un banc de sable est libéré par une grande vague avant que le remorqueur arrive. En cas de *Zweckfortfall*, le but poursuivi par la prestation ne peut être atteint du fait que l'objet constituant le « substrat de la prestation » a entre-temps disparu. Il en va ainsi du cas où le bâtiment s'effondre avant que le peintre devant repeindre la façade arrive³⁵. Il est aussi possible de citer les exemples de la vache malade mourant avant la venue du vétérinaire ou alors du bateau qui coule avant de pouvoir être remorqué.

Malgré la parenté des termes, les principes de réalisation du but (*Zweckerreichung*) et de disparition du but (*Zweckfortfall*) relèvent de la catégorie de l'impossibilité selon le § 275, alinéa 1 BGB, tandis que la perturbation du but contractuel (*Zweckstörung*) doit être résolue tout au plus par le biais de l'altération du fondement du contrat en vertu du § 313 BGB. En effet, contrairement aux cas de *Zweckerreichung* et de *Zweckfortfall*, les situations relevant de la *Zweckstörung* sont caractérisées par le fait que l'obligation peut encore être exécutée. Seul le but poursuivi par le débiteur avec la prestation est perturbé et non le contenu de la prestation proprement dit. C'est pour cette raison que l'opinion majoritaire³⁶ estime à juste titre que l'affaire de la procession du couronnement ne constitue pas un cas d'impossibilité d'exécuter la prestation, car le propriétaire n'est pas débiteur de la tenue de la procession du couronnement, mais doit seulement mettre à disposition une place près de la fenêtre avec vue sur la rue dans laquelle la procession devait avoir lieu, ce qui est encore possible³⁷.

Ainsi, la différence entre la *Zweckstörung* et les deux autres catégories apparaît perceptible. Concernant la *Zweckerreichung*, l'exécution de l'obligation ne peut plus aboutir au succès escompté car celui-ci a déjà été atteint d'une autre manière (voir l'exemple cité ci-dessus de l'effondrement soudain du bâtiment et sans le concours de l'entreprise de démolition). Le *Zweckfortfall* est quant à lui caractérisé par le fait que l'obligation ne peut être exécutée car celle-ci est privée de son substrat (voir ci-dessus l'exemple de l'effondrement de la maison devant être peinte par un professionnel). Là aussi, l'obligation ne peut être objectivement exécutée, car celle-ci est inopérante en l'absence d'un objet de rattachement.

Il faut retenir qu'uniquement la *Zweckerreichung* et le *Zweckfortfall* et non la *Zweckstörung* constituent des sous-catégories de l'*Unmöglichkeit* (impossibilité) au sens du § 275, alinéa 1 BGB. De plus, la catégorie de l'*Unmöglichkeit* doit préva-

34. ERNST, in *MünchKomm BGB*, *op. cit.*, § 275, pt 154 comprenant trois exemples clairs dans la note de bas de page n° 301.

35. SCHULZE, in *Nomos-Handkommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 275, pt 10.

36. Pour un avis contraire, V. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *op. cit.*, p. 499 et FINKENAUER, in *MünchKomm BGB*, *op. cit.*, § 313, pt 157.

37. V. par ex. : SCHUIZE, in *Nomos-Handkommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 313, pt 7 et GRÜNEBERG, in PALANDT, *BGB*, 77^e éd. 2018, § 313, pt 35.

loir sur la perturbation du fondement du contrat³⁸. Cela est conforté par le fait que la catégorie de l'impossibilité est, au regard de l'apparition chronologique des différents principes, plus ancienne que celle de la perturbation du fondement du contrat, laquelle a été reconnue ultérieurement afin de combler les lacunes existantes³⁹.

III. – APERÇU DES CONDITIONS D'UNE QUALIFICATION DE LA ZWECKSTÖRUNG COMME CAS DE FIGURE DE LA STÖRUNG DER GESCHÄFTSGRUNDLAGE EN VERTU DU § 313 BGB

Dans les cas de *Zweckstörung*, la prestation peut encore être exécutée (par exemple la mise à disposition d'un accès à la fenêtre avec vue sur la rue) et ne constitue donc pas – comme cela a été démontré précédemment – un cas d'impossibilité de la prestation. De ce fait, une adaptation du contrat ou même le bénéfice de la résolution pour la partie lésée⁴⁰ ne peuvent être accordés que dans des conditions strictes résultant des conditions d'application du § 313, alinéa 1 BGB.

La première condition – l'élément dit « réel » – requiert le changement profond des conditions formant la base du contrat. Les cas de *Zweckstörung* précédemment définis relèvent incontestablement de cette condition⁴¹. La deuxième condition – l'élément « hypothétique » – a peu d'importance en pratique. Celle-ci presuppose que les parties n'auraient pas (ou auraient autrement) conclu le contrat si elles avaient prévu ce changement. Il convient de porter une attention particulière à la troisième condition – l'élément dit « normatif ». Ainsi, une adaptation ou une résiliation du contrat est envisageable seulement s'il ne peut être exigé de la partie se prévalant du § 313 BGB de maintenir le contrat, en particulier parce qu'elle n'a pas à supporter le risque de la *Zweckstörung*⁴².

38. BGB, § 313, alinéa 1. Pour un avis similaire, V. *Begründung des Gesetzesentwurfs*, Bundestags-Drucksache 14/6040, p. 176.

39. *Ibidem*, p. 179 et KREBS et JUNG, in *Nomos-Kommentar BGB*, op. cit., § 313, pt 25.

40. V. ci-dessous pour plus de précisions sur les conséquences juridiques du § 313 BGB.

41. Aux fins du présent aperçu, il n'est pas nécessaire de se pencher plus longuement sur les tentatives de la doctrine de distinguer (et donc de restreindre encore plus le champ d'application du § 313 BGB) le critère du changement du fondement du contrat (*Veränderung der Geschäftsgeschäftsgrundlage*) des cas dans lesquels les circonstances soumises à un changement sont devenues partie intégrante du contrat par le biais par exemple de l'introduction d'une condition. Pour plus de précisions sur cette distinction, V.: MEDICUS et LORENZ, *Schuldrecht I*, 21^e éd. 2015, pt 565.

42. Le § 313, alinéa 1 BGB dispose ainsi : « (...) soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann » (« dans la mesure où son maintien, tel qu'il avait été stipulé à l'origine, ne peut être imposé à l'une des parties, eu égard à tous les faits de l'espèce et notamment à la répartition conventionnelle ou légale des risques »), nous soulignons.

IV. – LA NÉCESSAIRE PRISE EN CONSIDÉRATION DE LA RÉPARTITION DU RISQUE ENTRE LES PARTIES

L'élément normatif pose la question centrale de la répartition du risque. La condition minimale est que le but poursuivi – et par la suite non atteint – ait été communiqué à l'autre partie lors de la conclusion du contrat ou qu'il soit pour elle au moins perceptible⁴³.

Cette condition restrictive prévue au § 313 BGB mais qui se retrouve aussi à l'article 1195 du Code civil (« partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque ») a pour conséquence que les juridictions allemandes refusent l'adaptation ou même la résiliation du contrat dans de nombreux cas, dans lesquels le but poursuivi lors de la conclusion du contrat a objectivement disparu. Cela s'explique par le fait qu'il revient normalement plus à la partie concernée par la *Zweckstörung* qu'à l'autre d'assumer ce risque. Le principe est donc qu'il appartient au créancier de la prestation en nature de déterminer si et comment il peut faire usage de la prestation du débiteur⁴⁴. Dès lors, il existe de nombreux arrêts confirmant le principe selon lequel le créancier de la prestation en nature supporte le risque d'usage, avec la conséquence qu'il ne peut se prévaloir du bénéfice du § 313 BGB.

Ainsi, la cinquième chambre civile du *Bundesgerichtshof* (Cour fédérale de justice) jugea que c'est à l'acheteur d'assumer le risque, lors de l'acquisition d'un terrain pour lequel il peut raisonnablement espérer qu'il sera déclaré constructible (*Bauerwartungsland*), de ne pouvoir ensuite construire sur ce terrain contrairement à ses attentes⁴⁵. La dixième chambre civile du *Bundesgerichtshof*⁴⁶ décida de la même manière pour l'achat d'une invention non encore protégée pour laquelle seule une demande de brevet avait été déposée. Le simple fait que le droit de protection n'ait pas été octroyé ne permet pas à l'acheteur d'invoquer le bénéfice de la perturbation du fondement du contrat en vertu du § 313 BGB. En l'absence d'accord contraire, il revient à l'acheteur de supporter le risque de voir son attente placée dans l'octroi du droit de protection demandé non réalisée.

L'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 13 avril 1943⁴⁷ permet également de bien illustrer ce sujet. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat conclu fin 1939 entre un fournisseur d'armes suisse et le gouvernement français pour une livraison d'armes. Afin d'exécuter ce contrat, le fournisseur d'armes suisse – partie défenderesse – commanda le 4 juin 1940 au requérant des pièces détachées. Aussi bien

43. KREBS et JUNG, in *Nomos-Kommentar BGB*, *op. cit.*, § 313, pt 25.

44. FINKENAUER, in *MünchKomm BGB*, *op. cit.*, § 313, pt 252. Cf. par ex. : BGH, arrêt 13 oct. 1959, VIII ZR 120/58, MDR 1960, 44 = NJW 1960, 91 : « le risque de revente dans le monde des affaires [relève dès lors] en général de la sphère de l'acheteur », traduction libre.

45. BGH, arrêt 1^{er} juin 1979, V ZR 80/77 (disponible sur juris.de) ; arrêt 3 oct. 1980, V ZR 100/79, BeckRS 1980, 31074566.

46. BGH, arrêt 23 mars 1982, X ZR 76/80, GRUR 1982, pts 481 et s.

47. Tribunal fédéral suisse, 1^{re} sect. civ., arrêt 13 avr. 1943, *Assortiments Cylindre S.A. cl Charpiloz* : *Recueil officiel* 69 II 139.

l'usage prévu que l'état de la guerre étaient connus des deux parties. L'armistice de Compiègne étant survenu plus tôt que prévu, à savoir le 22 juin 1940, le fournisseur d'armes déclara le contrat avec le fournisseur de pièces détachées (le requérant) comme inopérant. Le Tribunal fédéral condamna le fournisseur d'armes à des dommages et intérêts car c'était à lui de supporter le risque de n'éventuellement plus avoir besoin des pièces commandées.

Les faits à l'origine de l'arrêt de l'*Oberlandesgericht Braunschweig* (Cour régionale supérieure de Brunswick)⁴⁸ sont les suivants : le défendeur avait réservé vingt-deux chambres d'hôtel afin de se rendre au salon international de l'automobile (IAA), lequel a par la suite été annulé. Contrairement à l'affaire de la procession du couronnement *Krell contre Henry* déjà évoquée, l'hôtelier propose ici des locations dans un but lucratif lui permettant de subvenir à ses besoins et pour lesquelles il a investi et planifié en conséquence. C'était donc au locataire des chambres d'assumer le risque de l'annulation du salon. L'hôtelier devait seulement déduire les dépenses non engagées et les recettes issues d'une nouvelle réservation des chambres.

La même répartition des risques peut être observée dans l'autre affaire du couronnement *Herne Bay Steam Boat Company contre Hutton*⁴⁹. Des touristes avaient loué un navire de croisière afin de suivre de très près le défilé – ensuite annulé – de la flotte du roi Édouard VII (« for the purpose of viewing the naval review and for a day's cruise round the fleet »). Les touristes devaient ici aussi supporter le risque de l'annulation du défilé de la flotte. La Cour indiqua, d'une part, qu'il s'agissait – comme dans l'affaire de l'hôtel portée devant l'*Oberlandesgericht Braunschweig* – d'un loueur de navires de croisière poursuivant un but lucratif. D'autre part, les locataires pouvaient – comme le releva la Cour de manière convaincante – tout de même utiliser le navire de croisière pour une excursion sur la Tamise, laquelle était également prévue et demeurait attrayante même en l'absence du défilé de la flotte (« The happening of the naval review was not the sole basis of the contract, so there had been no (...) total destruction of the subject-matter of the contract »).

Toutefois, il existe aussi d'autres affaires dans lesquelles les juridictions allemandes ont admis en présence d'une *Zweckstörung* une adaptation et plus rarement, mais cela mérite d'être mentionné, une résiliation du contrat.

Il convient tout d'abord de s'arrêter sur l'arrêt de la huitième chambre civile du *Bundesgerichtshof* du 8 février 1984⁵⁰. En l'espèce, un importateur avait commandé en 1977 à une brasserie allemande 12 000 cartons comprenant chacun vingt-quatre canettes de bière « export » au prix de 15,36 Deutsche Mark par carton. Par la suite, l'importateur a effectué plusieurs réclamations compte tenu de la présence de canettes endommagées. Toutefois, après l'arrivée au pouvoir de

48. Cour régionale supérieure de Brunswick, arrêt 31 juill. 1975, 2 U 29/74, NJW 1976, 570.

49. [1903] 2 K. B. 683.

50. BGH, arrêt 8 févr. 1984, VIII ZR 254/82, NJW 1984, 1746, *Bierexport nach Teheran*.

l'ayatollah Khomeini en 1979, les livraisons de remplacement et les versements d'indemnités convenus par transaction à la charge de la brasserie allemande n'avaient plus lieu du fait de l'introduction d'une interdiction d'importer des boissons alcoolisées, dont le non-respect était passible de la peine de mort. Le *Bundesgerichtshof* a jugé appropriée la décision de la Cour d'appel de partager par moitié le risque engendré par le renversement du régime et d'adapter en conséquence l'accord transactionnel obligeant l'importateur à réceptionner d'autres livraisons. Cette décision apparaît également justifiée parce que la brasserie était responsable des différents retards de livraison dans la période préévolutionnaire.

La troisième chambre civile du *Bundesgerichtshof* conclut dans son arrêt du 13 novembre 1975⁵¹ non pas à une adaptation comme dans l'affaire précédente, mais bien à la résiliation du contrat. Dans cette affaire, un club de football, les *Stuttgarter Kickers*, avait obtenu le transfert du joueur W. provenant d'un autre club, le *VfB Stuttgart*, moyennant le paiement d'une indemnité de 40 000 €. Cependant, celui-ci fut suspendu à vie par la Fédération allemande de football, avant même d'entrer en exercice, en raison de son implication dans le scandale de corruption du championnat de football allemand, la *Bundesliga*. Les *Stuttgarter Kickers* réclamèrent donc le remboursement de l'intégralité de la somme versée au *VfB Stuttgart*. Le *Bundesgerichtshof* admit un droit de résolution légal des *Stuttgarter Kickers* en raison d'une perturbation du fondement du contrat, le club n'ayant pas à assumer le risque de suspension du joueur. Un certain caractère spéculatif serait certes toujours inhérent au contrat de transfert de joueur. Toutefois, le club accueillant le joueur W. encourrait seulement le risque que celui-ci ne corresponde pas aux attentes et non le risque atypique d'un joueur corrompu. Aussi, ne modifie en rien cette constatation le fait qu'au moment de la conclusion du contrat, il y avait déjà une suspicion générale d'irrégularités au cours des matchs de la dernière saison de la *Bundesliga*. Ces soupçons ne concernaient pas spécifiquement le joueur W.

Il est admis que ce cas pourrait être – en tout cas dans la situation juridique actuelle – au moins aussi bien résolu en appliquant le § 313, alinéa 2 BGB (erreur commune sur une qualité essentielle du joueur, voir plus haut dans l'introduction). Cependant, la question de la répartition des risques se serait aussi posée ici. Une contestation du contrat de transfert en vertu du § 119, alinéa 2 BGB en raison d'une erreur sur une caractéristique essentielle du joueur n'aurait en revanche pas été conforme à l'intérêt des *Stuttgarter Kickers*. Ces derniers auraient dû, dans ce cas, verser au *VfB Stuttgart* des dommages et intérêts en vertu du § 122 BGB pour compenser la confiance accordée par le club-vendeur en la validité du contrat (voir sur cette particularité du droit privé allemand des erreurs également plus haut).

51. BGH, arrêt 13 nov. 1975, III ZR 106/72, NJW 1976, 565, *Bestechungsskandal*; pour une analyse de cet arrêt, V. DÖRNER, JuS 1977, 225.

De même, l'*Oberlandesgericht Karlsruhe* admit la résiliation d'un contrat dans son arrêt du 15 mai 1992⁵². Une association carnavalesque locale organisant une manifestation lors d'un carnaval fit appel à un orchestre de danse composé de six musiciens. Il était prévu que ceux-ci obtiennent 70 % du prix des billets d'entrée vendus comme rémunération pour leur prestation. L'événement ne pouvait cependant avoir lieu suite à l'annulation à court terme de toutes les activités en lien avec le carnaval en raison de la guerre du Golfe de 1991. La commune ne mit pas à disposition de l'association carnavalesque la salle louée. Les musiciens réclament à l'organisateur de la manifestation les honoraires estimés être dus et à titre subsidiaire des dommages et intérêts. L'*Oberlandesgericht Karlsruhe* jugea que l'éclatement de la guerre et l'annulation de la manifestation y résultant étaient un risque que les deux parties avaient à assumer conjointement. En effet, les requérants, c'est-à-dire l'orchestre de danse, étaient considérés d'un point de vue économique comme coorganisateurs. Ils devaient obtenir 70 % des recettes issues des billets d'entrée tandis que le défendeur, à savoir l'association carnavalesque, devait percevoir les 30 % restants ainsi que les bénéfices découlant des repas et boissons vendus. Les requérants avaient ainsi un intérêt assez semblable à celui du défendeur à la faisabilité de l'événement.⁵³ Les requérants devaient donc aussi supporter la perte économique en application du principe de bonne foi, raison pour laquelle le contrat a dû être adapté en conséquence.

Comme déjà montré précédemment, on aboutirait aussi, dans l'affaire célèbre du couronnement *Krell contre Henry*, à la conclusion qu'il n'est pas possible d'obliger le locataire de maintenir le contrat et donc que la résiliation du contrat serait la voie à suivre. Il est certes vrai qu'il revient en principe au locataire de supporter le risque d'usage. Néanmoins, le loueur du lieu offrant une vue attractive pouvait le louer seulement par hasard et uniquement à l'occasion de la procession du couronnement. L'emplacement du logement s'est révélé être un coup de chance inattendu pour le loueur ne poursuivant pas de but lucratif. C'est pour cette raison que le renoncement au loyer ne correspond pas pour le loueur – contrairement à l'affaire de l'annulation de la parade de la flotte sur la Tamise et à l'affaire du salon sur laquelle l'*Oberlandesgericht Braunschweig* a statué – à une charge déraisonnable.

52. *Oberlandesgericht (OLG) Karlsruhe*, arrêt 15 mai 1992, 15 U 297/91, NJW 1992, 3176, *Faschingsitzung während des Golfkriegs*.

53. Trad. libre.

V. – EFFETS JURIDIQUES (*RECHTSFOLGEN*) : PRIORITÉ D'UNE ADAPTATION DU CONTRAT ET RECHERCHE D'UNE SOLUTION ÉQUILIBRÉE

La disposition du § 313 BGB s'avère très flexible non seulement concernant ses critères généraux d'applicabilité en raison de l'exigence de tenir compte de la répartition du risque entre les parties (élément « normatif »), mais aussi au regard de ses effets juridiques. De manière plus au moins similaire à ce qui est régi à l'article 1195 du Code civil, le § 313 BGB ne prévoit pas seulement que le débiteur ait un droit, à titre principal, de demander à l'autre partie de donner son accord afin d'adapter le contrat. En effet, son alinéa 3 prévoit aussi à titre subsidiaire la possibilité de pouvoir résilier unilatéralement le contrat sous réserve d'un contrôle *a posteriori* par le juge. Ainsi, l'application du § 313 BGB permet aux juridictions de répartir le risque entre les parties et de trouver une solution différenciée et flexible pouvant atténuer les conséquences économiques pour la partie concernée par l'adaptation du contrat. La recherche d'une solution nuancée est également nécessaire en raison de la hiérarchie entre l'adaptation et la résiliation du contrat en vertu du § 313, alinéa 1 BGB. Selon le *Bundesgerichtshof*, « l'application du principe de la disparition du fondement du contrat conduit seulement de manière exceptionnelle à la suppression totale de la relation contractuelle ; en règle générale, le contrat est maintenu dans la mesure du possible et est uniquement adapté au changement de situation sous une forme qui tient compte des intérêts légitimes des deux parties »⁵⁴.

La septième chambre civile du *Bundesgerichtshof* jugeait – conformément à ce qui précède – qu'il y avait lieu d'établir le partage des frais d'annulation à propos d'un voyage en car d'une école de classe à Prague, prévu pour le début du mois de mai 1986, lequel avait été annulé en raison de l'accident nucléaire de Tchernobyl des 25 et 26 avril 1986⁵⁵.

La huitième chambre civile du *Bundesgerichtshof* se prononça également pour une adaptation du contrat à l'égard de l'installation de machines à sous dans un bar-restaurant. Les machines à sous n'ont pratiquement plus été utilisées depuis le changement de locataire du bar-restaurant, car ce dernier avait commencé à le gérer comme un restaurant normal, lequel n'était plus fréquenté par les jeunes⁵⁶.

La dixième chambre civile du *Bundesgerichtshof* arriva de même à une solution différenciée au sujet de la commande de vedettes lance-torpilles pour la *Volksmarine* de la République démocratique allemande (RDA) peu avant son adhésion à

54. BGH, arrêt 8 févr. 1984, VIII ZR 254/82, NJW 1984, 1746, 1747 (arrêt comprenant d'autres justifications), trad. libre.

55. BGH, arrêt 23 nov. 1989, VII ZR 60/89, NJW 1990, p. 572 et s.

56. BGH, arrêt 20 mars 1967, VIII ZR 237/64, BeckRS 1967, 31178035. Selon l'arrêt de la chambre civile compétente, il appartenait à la Cour d'appel de déterminer tout d'abord si l'utilisation de la chose achetée faisait en l'occurrence exceptionnellement partie du fondement du contrat et s'il ne pouvait être exigé du locataire des machines de les utiliser autrement.

la République fédérale d'Allemagne en 1990⁵⁷. La RDA s'est référée au changement de situation politique et à la disparition du besoin en bateaux militaires supplémentaires y résultant. Le *Bundesgerichtshof* a toutefois refusé d'admettre un droit de l'entrepreneur d'obtenir le prix de l'ouvrage mais lui a accordé le remboursement de ses dépenses.

Il n'est pas dépourvu d'intérêt de comparer les effets juridiques de la perturbation du fondement contractuel avec ceux des différents cas de figure de l'impossibilité. Lorsque l'exécution de la prestation – aussi en raison de la réalisation ou de la disparition du but – devient impossible, le créancier de la prestation en nature perd son droit à l'exécution correspondant selon le § 275, alinéa 1 BGB, ce qui est l'expression du principe *impossibilium nulla obligatio*. En règle générale, le droit du débiteur de la prestation en nature est également dépourvu de la contrepartie – généralement la rémunération – issue du contrat synallagmatique en vertu du § 326, alinéa 1 BGB. Cela dit, dans des cas particuliers, le bénéfice de la contrepartie est maintenu en tenant toutefois compte des dépenses économisées. C'est notamment le cas lorsque le créancier de la prestation en nature est seul ou très largement responsable de la circonstance à l'origine de l'impossibilité⁵⁸. Il en va ainsi d'un acheteur laissant la voiture ouverte chez le vendeur après l'avoir essayée, lieu auquel elle a ensuite été volée avant d'avoir pu être remise. En outre, des règles particulières sur le transfert des risques touchant certains types de contrats doivent être prises en considération. Ainsi, le maître de l'ouvrage doit, selon le § 645 BGB, payer à l'entrepreneur une partie de la rémunération correspondant au travail fourni, lorsque l'ouvrage est réduit à néant avant sa réception en raison d'un défaut du matériau livré par le maître de l'ouvrage ou d'une instruction donnée par ce dernier pour son exécution⁵⁹. La doctrine a développé la théorie dite des sphères (*Sphärentheorie*) en s'inspirant des idées de base imprégnant le § 645 BGB. D'après les représentants de la *Sphärentheorie*, l'entrepreneur a donc droit à une partie de la rémunération correspondant au travail effectué aussi dans les cas où la perte de l'ouvrage résulte d'une circonstance attribuable à la sphère et par conséquent à la zone de risque du maître de l'ouvrage⁶⁰. Les partisans de cette position sont en faveur de l'application de la théorie des sphères en particulier lorsque le but a été réalisé ou a disparu (*Zweckerreichung* et *Zweckfortfall*)⁶¹. En conséquence, le médecin ou le vétérinaire pourraient dans les

57. BGH, arrêt 18 déc. 1997, X ZR 35/95, BeckRS 1997, 30005530.

58. BGB, § 326, alinéa 2, phrase 1, alt. 1.

59. D'autres règles spéciales sont aussi présentes en droit de la vente (*Kaufrecht* : §§ 446, 447 BGB), en droit du travail (§ 615 BGB) et en droit du contrat d'entreprise (*Werkvertragsrecht* : § 644 BGB).

60. RÜMELIN, *Dienst- und Werkvertrag*, 1905, p. 128 et s. ; dans la même direction, parfois avec des nuances KÖHLER, *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage*, 1971, p. 41 et s. – ENNECKERUS et LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 15^e éd. 1958, § 153 II (p. 657). – FIKENTSCHER et HEINEMANN, *Schuldrecht*, 11^e éd. 2017, § 84 IV, pt 1218.

61. V. par ex. MEDICUS et PETERS, *Bürgerliches Recht*, 2017, pt 159 et s.

exemples cités auparavant (bouton recraché, vache morte) au moins exiger le remboursement des frais du déplacement devenu inutile afin de se rendre jusqu'au patient ou à l'animal malade. Il est finalement possible d'aboutir de cette manière à des résultats flexibles ressemblant la plupart du temps à ceux que la jurisprudence a atteints par le biais du § 313 BGB entraînant ainsi une adaptation du contrat au changement de circonstances.

VI. – LA QUALIFICATION EN DROIT FRANÇAIS

Différents concepts juridiques sont envisageables pour qualifier les cas de *Zweckstörung* en droit français.

A. – Erreur sur la cause et erreur sur une qualité substantielle de la chose

Sous l'empire de la situation juridique antérieure, la jurisprudence a parfois traité en tant qu'erreur sur la cause de l'obligation⁶² des cas de figure similaires à la *Zweckstörung* et cela semble-t-il seulement lorsque le contrat prévoyait que l'échange des prestations s'étalerait sur une période plus longue⁶³. De même, il est généralement admis que le créancier de la prestation en nature peut se fonder sur la présence d'une erreur sur la substance de la chose⁶⁴ seulement si le but non atteint repose sur une circonstance déjà ancrée dans l'objet de la vente lors de la conclusion du contrat et concerne un objectif soulevé consensuellement par les parties comme motif déterminant de la convention⁶⁵. Les faits relevant de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 juin 2014⁶⁶ en constituent un bon exemple. Bien que la perturbation du but contractuel se soit produite en l'espèce seulement après la conclusion du contrat, la Cour de cassation a néanmoins admis l'existence d'une erreur sur la substance au sens de l'ancien article 1110 du Code civil. La Cour de cassation argumenta de manière convaincante que bien que la suspicion de cavité souterraine ait été mise en évidence *postérieurement* à la vente du terrain, sa cause préexistait au moment de la formation du contrat. Aussi, celle-ci avait fait dis-

62. Ancien C. civ., art. 1131. V. par ex. : Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 1986, n° 85-11.396 : *Bull. civ.* 1986, I, n° 301, p. 287 (remise de 35 000 F pour l'achat d'une nouvelle voiture qui n'a finalement servi qu'à une quinzaine de promenades communes avant que les deux personnes ne se soient brouillées).

63. JUNG, *Die Bindungswirkung des Vertrages unter veränderten geschäftswesentlichen Umständen*, 1995, p. 154.

64. Ancien C. civ., art. 1109, 1110, alinéa 1 = nouveau C. civ., art. 1130 et s.

65. V. les différents arguments dans JUNG, *op. cit.*, p. 152 et s., et particulièrement la note de bas de page n° 2.

66. Cass. 3^e civ., 12 juin 2014, n° 13-18.446 : *Bull. civ.* 2014, III, n° 83.

paraître *rétroactivement* toute constructibilité immédiate du terrain, alors que cette dernière constituait dans la commune intention des parties un élément déterminant et substantiel de la vente.

B. – Application par analogie de l'article 1722 du Code civil dans le domaine du droit de location

Il est intéressant de noter que la jurisprudence applique par analogie l'article 1722 du Code civil dans les cas où la destination du bien loué est perturbée. Il est ainsi possible de lire dans une affaire datant de 1871 « que l'esprit de la loi sainement interprété permet d'étendre ce principe au cas où la privation de jouissance se produit alors même que la chose louée continue à subsister en totalité⁶⁷ ». En l'espèce, le locataire avait fui son logement par peur des bombes (allemandes)⁶⁸. Il a été jugé la même année une affaire dans laquelle des voies navigables avaient également été détruites par la guerre et étaient ce faisant devenues impraticables. La cour de Nancy exempta dans une large mesure et temporairement le locataire d'un bateau de l'obligation de payer les frais de location convenus⁶⁹. Il faut souligner que même dans ces cas, la jurisprudence française – à ce titre en conformité avec les dispositions de l'article 1195 du nouveau Code civil et du § 313 BGB – attache de l'importance à la question de savoir quelle partie a pris expressément ou tacitement le risque du changement concret de circonstances⁷⁰. La prise de risques peut dès lors s'opposer à la demande du locataire d'être exonéré (partiellement) de l'obligation de payer le loyer. Même l'idée des sphères avancée dans la doctrine allemande en relation avec le § 645 BGB⁷¹ joue un rôle dans l'appréciation comme l'atteste la jurisprudence française pertinente. L'exonération du loyer est donc exclue lorsque la perturbation du but poursuivi (*Zweckstörung*) est due à une circonstance se trouvant dans la sphère du locataire⁷². Les événements de la guerre de 1870 à 1871 offrent à nouveau une illustration. Par exemple, un locataire allemand expulsé du pays en raison de la guerre n'a pas bénéficié d'une exonération de loyer. La cour de Paris jugea aussi dans ce sens dans le cas inverse où un Lorrain avait été expulsé par les autorités allemandes suite à sa décision d'obtenir la nationalité française⁷³.

67. Justice de paix du 7^e arrondissement de Paris, 27 janv. 1871 : *D.* 1871, 3.6 ; pour plus d'exemples issus de la pratique décisionnelle française V. JUNG, *op. cit.*, p. 180, note de bas de page n° 178.

68. Pour un autre point de vue, V. Cour d'Orléans, 14 juill. 1871 : *S.* 1872, 2, 237 : absence d'exemption de loyer dans le cas où la fuite devant l'ennemi était basée sur une prudence exagérée.

69. Cour de Nancy, 3 juin 1871 : *D.* 1871, 2, 236.

70. TGI Seine, 25 mai 1964 : *JCP* 1964, II, 13853.

71. V. la partie V de cette étude.

72. T. civ. Le Havre, 10 oct. 1870 : *S.* 1871, 2, 49. – Trib. Seine, 29 sept. 1871 : *S.* 1871, 2, 183.

73. Cour de Paris, 30 déc. 1873 : *S.* 1874, 2, 67.

C. – Caducité⁷⁴

La disposition de l'article 1186 du Code civil – nouvellement introduite avec la grande réforme du droit des contrats – ordonne la « caducité » du contrat « si l'un de ses éléments essentiels disparaît ». Il n'est pas exclu que les juridictions françaises en viennent à qualifier à l'avenir « d'élément essentiel » du contrat le but poursuivi par une partie avec l'obtention de la prestation, lequel était certes connu par l'autre partie mais n'a toutefois pas été élevé au rang de condition. Il est alors possible de parler, en présence d'une *Zweckstörung*, d'une « disparition » de cet élément⁷⁵. Cette interprétation a toutefois ceci de problématique que les juridictions pourraient de cette manière faire ressusciter sous une nouvelle forme la cause, laquelle avait été expressément supprimée par le législateur avec la réforme du droit des contrats. Il est nécessaire du point de vue politico-juridique de mentionner deux autres inconvénients d'une solution choisie en application du nouvel article 1186 du Code civil. En premier lieu, le libellé de la disposition n'autorise aucune restriction normative par le biais par exemple de l'élément constitutif de l'allocation des risques. De plus, la conséquence juridique issue de l'article 1187 du Code civil, à savoir la fin du contrat,⁷⁶ paraît trop rigide, car il sera difficile de pouvoir faire relever de la caducité du contrat une adaptation du contrat et de la rémunération (au lieu de sa suppression totale), lesquelles seraient préférables dans de nombreux cas. À cet égard, la jurisprudence pourrait éventuellement y remédier en reconnaissant la possibilité d'une caducité partielle du contrat. Elle serait à envisager lorsque seulement un des différents buts visés disparaîtrait (voir l'exemple cité plus haut – IV – de la croisière sur la Tamise) ou l'unique but poursuivi par le créancier de la prestation en nature serait seulement en partie volatilisé.

D. – Imprévision⁷⁷

Le nouvel article 1195 du Code civil donne la possibilité de considérer les cas de *Zweckstörung* comme un cas de figure de l'imprévision. Il faut admettre que les conditions d'application de cette nouvelle disposition décrivent en premier lieu une variante particulière du déséquilibre entre la prestation et la contre-prestation, à savoir le cas d'une augmentation significative du coût de l'exécution (prestation devenant « excessivement onéreuse »).

74. Nouveau C. civ., art. 1186.

75. Dans ce sens DESHAYES, GÉNICON et LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, p. 352 (avec, entre autres, un renvoi sur le BGB allemand, § 313, alinéa 1^{er} et les fameux *Coronation cases* du droit anglais).

76. Sur les difficultés de déterminer les effets juridiques de la caducité V. DESHAYES, GENICON et LAITHIER, *op. cit.*, p. 362 et s.

77. C. civ., art. 1195.

Ainsi, des cas similaires à l'affaire *Gaz de Bordeaux* sont explicitement visés (très forte augmentation du prix du charbon, lequel a été multiplié par cinq entre la signature de la concession d'éclairage et l'année 1916, rendant pour le concessionnaire très difficile d'assurer le fonctionnement du service dans les conditions prévues à l'origine)⁷⁸. Il est alors possible de se demander si l'article 1195 du Code civil serait applicable en cas de diminution de la valeur de la contre-prestation⁷⁹ – il est évidemment permis de penser aux faits de l'arrêt *Canal de Craponne* avec l'importante dépréciation monétaire durant trois siècles⁸⁰. Les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, sur lesquels le législateur s'est orienté en rédigeant l'article 1195 du nouveau Code civil⁸¹, sont plus explicites sur cette question. Ceux-ci définissent le *hardship* comme une situation dans laquelle « surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué » (art. 6.2.2.)⁸². Dans le commentaire 2 b, les auteurs des principes Unidroit vont même encore plus loin en expliquant que la forte diminution de la valeur ou la perte totale de toute valeur des prestations peuvent être dues non seulement « à des modifications radicales des conditions du marché (par ex., l'effet d'une hausse spectaculaire de l'inflation sur un prix convenu au contrat) », mais aussi « à la disparition de la finalité du contrat (par ex., l'effet d'une interdiction de construction sur un terrain acquis pour y construire ou l'effet d'un embargo sur les exportations de marchandises en vue de leur exportation ultérieure) ». Ainsi, les cas de *Zweckstörung* semblent bien être compris dans la définition de *hardship* et seront alors traités de manière semblable aux cas d'imprévision tels que décrits à l'article 1195 du Code civil. À mon humble avis, une telle approche mérite aussi d'être envisagée en droit français. Il semble de ce fait évident que la valeur de la prestation non pécuniaire (balcon sur une rue vide ; bière dans un pays où

78. V. *supra*, note 9.

79. Pour une inclusion de ces cas FAGES, *Obligations*, 2017, n° 348 (et renchérissement et « dévalorisation du prix que peut recevoir le créancier ») et WITZ, in BIEN et BORGHETTI (éds.), *Störung des vertraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht*, 2018, p. 119, 135, dans le sens contraire STOFFEL-MUNCK : AJCA 2015, p. 262 (« la simple perte de valeur de la prestation que reçoit le créancier ne lui permettra pas d'invoquer l'article 1195 », tout en précisant que cette situation « ne rend pas nécessairement plus onéreuse la prestation »). Dans une contribution plus récente, le même auteur déclare cependant « qu'il faut vraisemblablement comprendre “l'onérosité” comme rapport coût/avantage négatif » (RDC avr. 2016, n° hors-série, p. 30, 33).

80. V. *supra*, note 10.

81. WITZ, in BIEN et BORGHETTI (éd.), *Störung des vertraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht*, 2018, p. 119, 135.

82. La même précision figure à l'article III. – 1 :110, alinéa 1 du *Draft Common Frame of Reference* (« cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished ») et à l'article 89, alinéa 1 du projet (abandonné) du Droit commun européen de la vente (« soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué »).

elle n'est pas vendable ; voyage à Prague après l'accident de Tchernobyl) diminue considérablement après le changement majeur des circonstances correspondantes (maladie du roi ; révolution iranienne ; catastrophe nucléaire) et cela d'une manière objective⁸³. Il convient de noter que la doctrine française – favorable à une interprétation extensive de l'article 1722 du Code civil à des cas de perturbation de la jouissance et de la destination de la chose louée – a également établi une certaine connexion entre les cas de *Zweckstörung*, la diminution de la valeur locative et la conséquence juridique d'une diminution du loyer. Ainsi L. Guillouard fait justement remarquer que « [c]e qui fait souvent la valeur locative d'un immeuble, c'est la destination commerciale ou industrielle qu'on lui donne, c'est cette destination qui est la qualité maîtresse en vue de laquelle les parties ont contracté ; et si elle vient à manquer, les conditions du bail se trouvent modifiées »⁸⁴.

Il sera intéressant de voir si les juridictions françaises interpréteront à l'avenir la nouvelle disposition sur l'imprévision de telle sorte à également qualifier les cas de *Zweckstörung* comme un cas de figure du déséquilibre entre la prestation et la contre-prestation couvert par l'article 1195 du nouveau Code civil. Cependant, au regard des occasions généralement peu plaisantes – en particulier les conflits armés entre l'Allemagne et la France – sur la base desquelles les tribunaux ont dû traiter de la théorie de l'imprévision, on peut préférer ne pas avoir très rapidement l'opportunité de tester la portée de l'article 1195 du nouveau Code civil.

⁸³ *Sur la question de l'application de l'article 1722 du Code civil à la diminution de la valeur locative d'un immeuble en raison d'un événement extra-contractuel, cf. le rapport de M. DESHAYES, GÉNICON et LAITHIER, *op. cit.*, p. 395. — ANCEL : *Rép. dr. civ. Dalloz*, mai 2017, V° *Imprévision*, pt 77.*

⁸⁴ *Traité du contrat de louage I*, 1887, n° 392, p. 410.

III. Conclusion

⁸⁵ *Sur la question de l'application de l'article 1722 du Code civil à la diminution de la valeur locative d'un immeuble en raison d'un événement extra-contractuel, cf. le rapport de M. DESHAYES, GÉNICON et LAITHIER, *op. cit.*, p. 395. — ANCEL : *Rép. dr. civ. Dalloz*, mai 2017, V° *Imprévision*, pt 77.*

⁸⁶ *Sur la question de l'application de l'article 1722 du Code civil à la diminution de la valeur locative d'un immeuble en raison d'un événement extra-contractuel, cf. le rapport de M. DESHAYES, GÉNICON et LAITHIER, *op. cit.*, p. 395. — ANCEL : *Rép. dr. civ. Dalloz*, mai 2017, V° *Imprévision*, pt 77.*

⁸⁷ *Sur la question de l'application de l'article 1722 du Code civil à la diminution de la valeur locative d'un immeuble en raison d'un événement extra-contractuel, cf. le rapport de M. DESHAYES, GÉNICON et LAITHIER, *op. cit.*, p. 395. — ANCEL : *Rép. dr. civ. Dalloz*, mai 2017, V° *Imprévision*, pt 77.*

⁸⁸ *Sur la question de l'application de l'article 1722 du Code civil à la diminution de la valeur locative d'un immeuble en raison d'un événement extra-contractuel, cf. le rapport de M. DESHAYES, GÉNICON et LAITHIER, *op. cit.*, p. 395. — ANCEL : *Rép. dr. civ. Dalloz*, mai 2017, V° *Imprévision*, pt 77.*

⁸⁹ *Sur la question de l'application de l'article 1722 du Code civil à la diminution de la valeur locative d'un immeuble en raison d'un événement extra-contractuel, cf. le rapport de M. DESHAYES, GÉNICON et LAITHIER, *op. cit.*, p. 395. — ANCEL : *Rép. dr. civ. Dalloz*, mai 2017, V° *Imprévision*, pt 77.*

⁹⁰ *Sur la question de l'application de l'article 1722 du Code civil à la diminution de la valeur locative d'un immeuble en raison d'un événement extra-contractuel, cf. le rapport de M. DESHAYES, GÉNICON et LAITHIER, *op. cit.*, p. 395. — ANCEL : *Rép. dr. civ. Dalloz*, mai 2017, V° *Imprévision*, pt 77.*

⁹¹ *Sur la question de l'application de l'article 1722 du Code civil à la diminution de la valeur locative d'un immeuble en raison d'un événement extra-contractuel, cf. le rapport de M. DESHAYES, GÉNICON et LAITHIER, *op. cit.*, p. 395. — ANCEL : *Rép. dr. civ. Dalloz*, mai 2017, V° *Imprévision*, pt 77.*

⁹² *Sur la question de l'application de l'article 1722 du Code civil à la diminution de la valeur locative d'un immeuble en raison d'un événement extra-contractuel, cf. le rapport de M. DESHAYES, GÉNICON et LAITHIER, *op. cit.*, p. 395. — ANCEL : *Rép. dr. civ. Dalloz*, mai 2017, V° *Imprévision*, pt 77.*

⁹³ *Sur la question de l'application de l'article 1722 du Code civil à la diminution de la valeur locative d'un immeuble en raison d'un événement extra-contractuel, cf. le rapport de M. DESHAYES, GÉNICON et LAITHIER, *op. cit.*, p. 395. — ANCEL : *Rép. dr. civ. Dalloz*, mai 2017, V° *Imprévision*, pt 77.*

⁹⁴ *Sur la question de l'application de l'article 1722 du Code civil à la diminution de la valeur locative d'un immeuble en raison d'un événement extra-contractuel, cf. le rapport de M. DESHAYES, GÉNICON et LAITHIER, *op. cit.*, p. 395. — ANCEL : *Rép. dr. civ. Dalloz*, mai 2017, V° *Imprévision*, pt 77.*