

La distinction de la formation et de l'exécution des contrats**Par Yvette KALIEU ELONGO****Maître de Conférences agrégée****Faculté des Sciences Juridiques et Politiques****Université de Dschang/ Cameroun**

1. Le droit des contrats semble particulièrement fertile en distinctions. C'est à se demander si la théorie générale du contrat ne s'est pas construite pour une part importante autour de ces distinctions. On pense par exemple à la distinction classique des obligations de moyens et des obligations de résultat dont l'importance n'est plus à démontrer ou à celle plus récente liée au développement du consumérisme, qui est la distinction du consommateur et du professionnel. On pense aussi à des distinctions secondaires comme la distinction de l'obligation de renseignement et du devoir de conseil, la distinction des parties et des tiers au contrat¹, et on pourrait continuer la liste.

A travers ces distinctions, ce sont des réflexions sur le devenir du droit des contrats qui ont été parfois menées et ont abouti à l'évolution sensible de la matière. Si l'effet des distinctions est donc globalement positif, on peut douter cependant qu'une autre distinction, que rien ne suggère a priori, c'est-à-dire celle de la formation et de l'exécution du contrat puisse être établie et contribuer elle aussi, directement ou indirectement, à des apports notables sur les grandes questions contemporaines du droit des contrats en particulier et même du droit privé en général.

2. Le doute vient déjà de ce que la place accordée respectivement à la formation et à l'exécution dans le contrat varie selon les auteurs. Pour certains, " alors que la formation du contrat était le seul souci réel des rédacteurs du code civil, le contrat, aujourd'hui, est

1 J. Ghestin, Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, R.T.D.Civ. n°4/1994, p.789 ; Ph. Saint Hilaire, le tiers à l'acte juridique, LGDJ, 2000.

davantage examiné au stade de son exécution². Pour d'autres³, la part belle serait faite plutôt à la formation au détriment de l'exécution. On a tenté de systématiser ces approches en opposant la tendance volontariste à la tendance antivolontariste⁴.

3. A cette difficulté de déterminer la place respective de la formation et de l'exécution, s'ajoute celle plus cruciale de la définition même de ces deux notions. Alors que la jurisprudence est restée prudente⁵, l'embarras⁶ de la doctrine est certain même si on peut déceler deux principales tendances.

Une première approche situe la distinction dans une perspective essentiellement temporelle et chronologique⁷. Le temps de la formation, dont on constate un allongement perceptible⁸, précède et s'oppose au temps de l'exécution. Cette période que l'on qualifie aussi de phase précontractuelle peut être définie comme celle "qui va de l'ouverture des pourparlers à la conclusion définitive du contrat ou au constat d'échec"⁹ ou celle "qui s'étend de la simple manifestation de la volonté de contracter jusqu'aux avants-contrats les

² V. Wester-Ouisse, La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer, JCP éd. G. 2001, I, 290 ; N. Molfessis, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat » in Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? Petites affiches, n° spéc., 30 sept. 1998, p. 27-28.

³ C. Jamin, Pour en finir avec la formation du contrat in Le contrat, Petites affiches, n° spéc., 6 mai 1998, p.25.

⁴ Pour les premiers, c'est la formation du contrat en ce qu'elle est conditionnée par l'accord des volontés qui compte. Pour les seconds, seule l'exécution importe. V. en ce sens P. Malaurie et L. Aynès, Droit civil Les obligations, T.2. Contrats et quasi-contrats, 11^{ème} éd. , Cujas, 2001/2002, n°72 ; J. Carbonnier, Les obligations, 21^{ème} éd., PUF, 1998, p. 42-43 ; J. Hauser, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, thèse Paris, 1971.

⁵ Elle utilise couramment ces termes sans les définir même si elle s'y est essayée parfois pour certains contrats. Ainsi, a-t-elle tenté il y a quelques années, une définition de l'exécution du contrat de transport (Civ. 17 mars 1989, D. 1991, jur.1, note P. Malaurie ; R.T.D.Civ. 1989, 540, obs. J. Mestre).

⁶ Les auteurs parlent tantôt de formation, de naissance ou de conclusion du contrat. De même, ils n'opposent pas toujours la formation à l'exécution. Certains opposent formation et effets du contrat lesquels renvoient parfois au contenu du contrat et aux parties.

⁷ C'est l'approche adoptée par ex. par J.M. Mousseron, M. Guibal, D. Mainguy in L'avant-contrat, F. Lefebvre, 2001. L'avant-contrat dont il est question correspond d'abord à une phase du contrat importante en elle-même, indépendamment de son contenu.

⁸ B. Fages, Le contrat en mouvement, Droit et patrimoine, n°72, juin 1999, p.58 et sv.

⁹ D. Corrigan-Carsin, Loyauté et droit du travail in Mélanges en l'honneur de H. Blaise, Economica, 1995, p. 125 et sv.

plus élaborés »¹⁰. Elle englobe donc, non seulement l'instant de la rencontre de l'offre et de l'acceptation mais toute la phase qui le précède. La notion de formation renvoie ainsi au processus même de naissance du contrat et doit être entendue comme l'étape de négociation ou d'élaboration du contrat¹¹. La période d'exécution quant à elle, correspondrait au temps qui court de la formation du contrat ainsi définie à son extinction. Dans cette approche, l'intérêt de la phase d'exécution est moindre car les contractants sont tenus de respecter les engagements pris au moment de la conclusion et qui ne peuvent plus normalement être modifiés.

La seconde approche est plus fonctionnelle. Elle s'attache à déterminer le rôle, la fonction respective de la formation et de l'exécution. Pour un auteur, « sous le mot de formation du contrat, on entend classiquement l'étude des éléments nécessaires à l'existence et à la validité du contrat : consentement, capacité, objet et cause »¹². S'agissant de l'exécution, un autre auteur¹³ la définit comme « les effets même de la convention » qui se réduiraient d'ailleurs à peu de choses comme la résolution du contrat, l'exception d'inexécution ou encore l'interprétation du contrat¹⁴. Dans le même sens, le vocabulaire juridique de Capitant¹⁵ définit l'exécution comme l'accomplissement par le débiteur de la prestation due ou le fait de remplir son obligation.

4. La nécessité de définir nettement ces termes s'explique entre autres par les intérêts qui s'attachent à la distinction. C'est la date de formation qui détermine par exemple la loi applicable au contrat ou qui déclenche le transfert immédiat de propriété dans les contrats translatifs¹⁶. Les parties au contrat ne sont pas nécessairement les mêmes lors de la formation

¹⁰ D. Mazeaud, *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle* in *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 637 ; B. Fages, *L'importance des pourparlers* in *Le contrat en mouvement*, préc., p.60.

¹¹ J.M. Mousseron, M. Guibal, D. Mainguy, *L'avant-contrat*, F. Lefebvre, 2001 ; J. Schmidt, *Négociation et conclusion des contrats*, Dalloz, 1982 ; *La négociation du contrat*, R.T.D.Com., n° spéc. 1998.

¹² B. Nyutten in *Le contrat*, Petites affiches, n° spéc., 6 mai 1998, p.15.

¹³ J. L. Gaullier in *Le contrat*, Petites affiches, n° spéc., 6 mai 1998, p.41.

¹⁴ C. Jamin, *Pour en finir avec la formation du contrat*, op. cit., loc. cit.

¹⁵ PUF, 2000.

¹⁶ Il ne faut pas confondre le problème de la détermination de la date de formation des contrats en général, avec celui, plus particulier, qui concerne le moment de formation des contrats entre absents.

et au stade de l'exécution¹⁷ et la date de naissance des obligations contractuelles se situerait non au moment de la formation mais lors de l'exécution du contrat¹⁸.

Au-delà de ces intérêts pratiques, la distinction rejoint certaines préoccupations théoriques du droit des contrats. Elle peut influencer la conception que l'on a aujourd'hui de certaines notions du contrat comme la nullité, la garantie des vices cachés, l'imprévision ou la théorie des risques pour ne citer que celles-là. Si on continue à admettre que la nullité sanctionne l'irrégularité ou l'absence des conditions de formation du contrat, on doit reconnaître aussi que sa mise en œuvre n'est jamais indifférente par rapport à l'exécution car c'est très souvent au temps de l'exécution et du fait de cette exécution que la sanction sera justifiée. La jurisprudence vient d'ailleurs d'admettre que la nullité puisse être invoquée alors que le contrat est d'ores et déjà partiellement ou totalement exécuté. Cette nullité se fonde incontestablement sur un vice de formation mais est soulevée au temps de l'exécution¹⁹. L'exception de nullité au contraire ne peut être invoquée si le contrat a été exécuté même partiellement²⁰. Le caractère rétroactif de la nullité y trouve sa raison d'être car "à défaut d'acte d'exécution matériel, rétroagir est sans intérêt réel : a-t-on besoin d'effacer le néant"²¹ ? Pour ce qui est de la garantie des vices cachés, en plus de l'intérêt qu'elle suscite par rapport au bref délai de l'article 1648 C.Civ., un auteur²² n'a pas manqué d'affirmer que "l'action en garantie des vices cachés est une institution charnière qui met à mal la distinction (..) entre la période et les conditions de formation du contrat d'une part et la période et les conditions d'exécution du contrat d'autre part". En effet, la nature contractuelle reconnue à cette action cache mal les relations existant entre elle et la formation du contrat car le vice pris en compte est celui qui existait antérieurement à la vente et à travers le vice caché, on

¹⁷ J. Ghestin, Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, op. cit.

¹⁸ Voir particulièrement sur la question, F. Baron, La date de naissance des créances contractuelles à l'épreuve du droit des procédures collectives, R.T.D.Com n°1/2001, p.1.

¹⁹ Civ. 1, 11 juin 2002, Bull. civ., n°163, I. La conséquence sur le régime des restitutions est la possibilité d'une restitution en valeur.

²⁰ La solution traditionnelle a été récemment réaffirmée (Civ.3, 30 janv. 2002, Bull. civ. III, n°24).

²¹ S. Mercoli, La rétroactivité dans le droit des contrats, PUAM, 2001, n°79, p.93. De même, un auteur a pertinemment relevé que l'intervention du juge pour le prononcé de la nullité ne se justifie pleinement que dans l'hypothèse où le contrat a reçu un début d'exécution, autrement, elle serait sans intérêt (C. Radé, Pour une approche renouvelée de la théorie des risques, Petites affiches, 7 juil. 1995, p.29).

²² F. Fourment, Défauts cachés de la chose vendue : que reste-t-il de l'action en garantie des vices cachés ? R.T.D.Com., n°3/1997, p. 395.

sanctionne une faute précontractuelle qui n'a pas toutefois empêché la formation du contrat. S'agissant de l'imprévision et de la théorie des risques, elles peuvent bénéficier d'une approche renouvelée si l'on situe le débat dans une nouvelle perspective c'est-à-dire si l'on pose le problème des incidences de la distinction sur le contrôle de certains éléments du contrat.

5. En dépit de ces intérêts, l'indifférence affichée parfois par la pratique à toute distinction est réelle. « La phase d'exécution (...) est bien souvent entamée avant que ne soit définitivement refermé le chapitre de sa formation. Certains contrats sont exécutés avant d'être signés, d'autres le sont pendant plusieurs années alors qu'ils sont nuls »²³. A l'occasion d'un litige, les parties peuvent indifféremment invoquer des règles propres à la formation ou à l'exécution du contrat. Ainsi, en présence d'un vice affectant un objet acheté, l'acquéreur, à sa guise, met en oeuvre une action en nullité pour erreur ou dol, une action en garantie des vices cachés ou en résolution judiciaire²⁴. C'est dire qu'il existerait en fait une interpénétration naturelle entre la formation et l'exécution du contrat. Et la jurisprudence, relayant la pratique, a eu parfois à décider par exemple des conséquences de l'exécution d'un contrat sur l'appréciation des conditions et des effets de sa formation²⁵.

6. Il est vrai que les dispositions légales ne sont pas d'un apport notable pour la systématisation de cette question qui ne semble pas avoir fait particulièrement l'objet des préoccupations des rédacteurs du code civil même si certaines dispositions peuvent laisser croire que l'intérêt pour une distinction n'était pas totalement absent. On pense particulièrement aux articles 1108 et suivants du code civil. Les dispositions législatives ultérieures quant à elles ignorent cette question, la seule exception pouvant être néanmoins constatée en matière consumériste où la nécessaire protection du consommateur à travers certaines dispositions particulières amènent à se demander si cette protection influence les règles de formation notamment en retardant le moment de conclusion du contrat ou si elles permettent plutôt au contractant consommateur de revenir par diverses techniques sur un contrat initialement formé et donc de le remettre en cause lors de son exécution.

²³ J. Mestre et B. Fages, R.T.D.Civ. n° 2/ 2001, p. 357.

²⁴ Pour la Cour de Cassation, le demandeur a une option entre l'action en garantie pour vice cachés et l'action en nullité (6 nov. 2002, Bull. civ. , I, n°260; contrats. Conc. Conso., 2003, n°38, note Leveneur). Contra: Cass. 7 juin 2000, contrats. Conc. Conso.,2000, n°159, note Leveneur.

²⁵ Civ.1, 17 janvier 1995, JCP éd. G, 1995, I, 3849, n°4.

7. Malgré cette insuffisance des textes, l'intérêt d'approfondir la distinction de la formation et de l'exécution des contrats est réel. Deux approches sont possibles mais chacune présente des limites. La première consiste à se situer dans une perspective essentiellement temporelle c'est-à-dire concevoir le contrat dans un ordre chronologique dont les deux étapes seraient la formation et l'exécution. Mais, il faut se demander si en se situant dans cette perspective et en admettant que le temps de la formation diffère de celui de l'exécution, l'on peut en déduire des conséquences importantes sur le régime des contrats. Autrement dit, le critère temporel est-il à même d'influencer sensiblement le contrat en permettant une autre approche des problèmes qu'il suscite? La seconde approche est celle qui, au-delà des questions techniques, peut permettre de prendre en compte, en plus du régime des contrats, les finalités mêmes du droit des contrats. Ce sont alors ces finalités qui doivent dicter l'orientation à donner à la distinction car il importe de ne faire preuve d'aucune rigidité en matière. Les deux approches présentent chacune leur intérêt et elles ne sauraient donc être exclusives l'une de l'autre. Mais l'approche temporelle qui aboutit davantage à un cloisonnement est plus limitée.

8. C'est pourquoi, il convient d'envisager tour à tour, le cloisonnement suggéré par la théorie générale du contrat (I) et la complémentarité imposée par les finalités du contrat (II).

I/ Le cloisonnement suggéré par la théorie générale du contrat

9. En plus d'être un accord de volontés et l'une des manifestations de la liberté individuelle, le contrat vu de l'extérieur est aussi un mécanisme, une structure dont on peut décomposer et dissocier les différents éléments. L'élaboration d'une théorie générale du contrat, souci constant et perceptible des auteurs contemporains²⁶, participe de cette nécessité d'appréhender du mieux possible le fonctionnement de cette structure : détermination des parties au contrat, contenu du contrat, extinction du contrat, transmission, etc. C'est dans la même optique qu'il faut situer la tendance, déduite d'une approche temporelle et chronologique du mécanisme contractuel d'opposer formation et exécution. Ce cloisonnement dont il faut déterminer l'exacte mesure (A) est toutefois bien relatif parce que fragilisé (B).

A- La mesure du cloisonnement

10. Il s'agit d'un cloisonnement construit autour de l'idée qu'il existe une différence de nature entre la formation et l'exécution du contrat si l'on prend en compte le temps comme critère de différenciation (1). Cette différence se prolonge dans la dualité des régimes applicables (2).

1) Le temps, instrument de différenciation

11. L'instantanéité de l'échange des consentements d'où naît la formation du contrat (a) s'oppose à la possibilité d'étaler son exécution dans le temps (b).

a) L'instantanéité de la formation du contrat

²⁶ Historiquement, il n'existe pas de théorie générale du contrat car par exemple " Rome n'a jamais eu de théorie générale des obligations ni de théorie générale des contrats ; son droit était (...) un droit pragmatique, procédant de statut spécial par statut spécial " (P. Malaurie, Le droit romain des obligations, le droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui , JCP éd. G. 2002, I, 246) . Dans le même sens, J. Gaudemet, Droit privé romain, 2^{ème} éd., Montchrestien, 2000, p.254; J. L. Gazzaniga, Introduction historique au droit des obligations, PUF, 1992, n°98, p.114 : " C'est par les contrats que tout a commencé ; avant le concept, existait une pratique ".

12. Classiquement, la rencontre d'une offre et d'une acceptation, dans des conditions déterminées²⁷ constitue la rencontre des volontés ou l'échange des consentements et suffit pour la formation du contrat²⁸. Cette rencontre des volontés n'est par ailleurs soumise à aucune forme, c'est ce qu'exprime le consensualisme. Ce consensualisme témoigne de la liberté d'expression dont est imprégné le consentement car "les divers modes d'extériorisation du consentement sont considérés comme équivalents dès qu'ils sont suffisamment expressifs"²⁹.

13. Mais à quel moment du processus contractuel peut-on situer cet échange de consentements ? La réponse à cette question, que l'on ne se pose pas souvent est délicate. Le moment où les deux volontés se rejoignent est le moment de formation du contrat, pourrait-on dire. Ainsi, celui-ci "se ramène à l'instant presque intemporel où les deux volontés se rencontrent"³⁰. C'est dire que l'instantanéité de la formation du contrat et des actes juridiques en général est la règle.

Sans être fautive, cette réponse est insuffisante car il ne s'agit ici que de l'instant juridique, abstrait, mais non de l'instant concret, réel que l'on peut situer dans le temps. On doit y voir une manifestation parmi d'autres d'une "conception trop abstraite de la liberté et de la volonté dans le contrat"³¹. Si elle signifie que le contrat prend naissance en un trait de temps, l'instantanéité implique aussi que la fusion de l'acceptation et de l'offre déclenche spontanément la naissance du contrat tout au moins dans l'hypothèse où les futurs

²⁷ L'offre doit être ferme et précise et l'acceptation doit porter sur les termes même de l'offre c'est-à-dire les éléments essentiels du contrat contenus dans celle-ci. Voir J.L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, 1970, p.43 et sv.

²⁸ J. L. Aubert, ouvrage préc, p.251 pour qui l'acceptation est l'événement qui entraîne la formation du contrat.

²⁹ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 7^{ème} éd., Dalloz, 1999, n°121.

³⁰ J. Hauser, *Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique* in *Mélanges J. Ellul*, PUF, 1983, p.503 ; J.M. Mousseron, *La durée dans la formation des contrats*, *Mélanges A. Jauffret*, PUF, 1974, p. 509 et sv. qui parle de "brusque rencontre des volontés" et de "conception instantanéiste de la formation du consentement".

³¹ J. Hébraud, *Observations sur la notion de temps dans le droit civil*, *Etudes offertes à P. Kayser*, PUAM, 1979, T.II, p.1 et sv. spéc. p.3. Dans le même sens, H. Lécuyer, *Le contrat, acte de prévision* in *Mélanges F. Terré, L'avenir du droit*, 1999, p. 643 et sv. : "L'effet du contrat est en effet le produit du contrat formé qui se réalise instantanément, sans formalité et de manière abstraite".

contractants se trouvent en présence l'un de l'autre. Il s'agit selon une expression empruntée à Bachelard³² de “ l'instant réalisateur ”.

Le mécanisme décrit ne correspond cependant pas aux contrats solennels et surtout aux contrats réels puisque la formalité exigée devient un élément de formation du contrat. Il est vrai que la discussion s'est élevée de savoir si, dans le cas du contrat réel, la remise de la chose ne serait pas finalement un acte d'exécution, le premier³³. La solennité ou la forme exigée ne ferait pas partie intégrante de la formation mais en serait détachée car “ le processus de formation du contrat solennel est chronologique. L'accord de volontés est nécessairement antérieur à sa formalisation. (...). Finalement, la forme constate plus qu'elle ne constitue ”³⁴.

14. Si l'instantanéité caractérise ainsi la formation, l'exécution quant à elle peut s'accommoder d'une certaine durée.

b) La “ durée ” inhérente à l'exécution

15. Les obligations ne naissent que parce qu'elles sont destinées à être exécutées et c'est tout naturellement que la formation du contrat doit être suivie de son exécution. A l'instantanéité de la formation devrait donc correspondre celle de l'exécution. Pourtant, on n'a pas manqué d'affirmer que “ l'objet du contrat est en général de faire apparaître des obligations à exécuter dans le futur ”³⁵ que celui-ci soit proche ou lointain ; que le contrat est

³² Dialectique de la durée, 1936, cité par J. Hébraud, op. cit., p.5. Voir dans le même sens, J.L. Bergel, Théorie générale du droit, 2^{ème} éd., Dalloz, 1989, n°116 pour qui “ l'instant est un repère essentiel de la vie juridique.. ”.

³³ H. Lecuyer, Le contrat, acte de prévision, préc., p. 649 ; L. Leveneur, Classification des contrats : le rétrécissement de la catégorie des contrats réels est engagé, JCP éd. G, n°35/2000, p. 1531 ; G. Pignarre, A la redécouverte de l'obligation de praestare, R.T.D.Civ. n°1/2001, p. 49 : “ les éléments matériels (...) jusqu'alors considérés comme nécessaires à la formation du contrat deviennent objet de l'obligation du prêteur ”.

La jurisprudence récente a amorcé un revirement qui tend à consacrer dans certaines hypothèses, le caractère consensuel des contrats réels. Annoncée par l'arrêt Civ.1, 27 mai 1998 (D. 1999, jur. 194), cette tendance s'est confirmée avec l'arrêt Civ. 1, 28 avril 2000 (JCP éd. G , 2000, II, 10296 ; D. 2000, jur. 482, note S. Piedelièvre) dont il ressort que la remise des fonds à l'emprunteur par le banquier ne participe plus de la formation du contrat mais constitue le premier acte d'exécution de celui-ci.

³⁴ H. Lecuyer, Le contrat, acte de prévision in Mélanges F. Terré, 1999, p. 647. Nous pensons par contre que la forme participe de la formation ou mieux de l'existence de l'engagement, voir infra, IIème partie.

³⁵ Godé, Volontés et manifestations tacites, PUF, 1977, n°26.

un acte de prévision, une emprise sur le futur. La variété des obligations auxquelles donne naissance le contrat fait qu'à l'instantanéité de la formation du contrat répond soit une exécution instantanée soit une exécution différée ou étalée dans le temps³⁶. Au regard de leur exécution en effet, les contrats sont dits à exécution instantanée ou à exécution successive suivant que les prestations peuvent être exécutées en une fois ou en plusieurs fois sur une durée plus ou moins longue qui se prolonge dans le temps.

16. La distinction, inspirée de l'approche temporelle trouve un prolongement dans la différence de régimes applicables à la formation et à l'exécution du contrat.

2) La dualité de régimes

17. La question du contrôle de validité du contrat constitue un élément majeur de cette dualité car c'est au moment de la formation et non de l'exécution qu'il faudrait l'examiner (a). Plus généralement, le droit positif sanctionne différemment la malformation et l'inexécution du contrat (b).

a) L'appréciation de la validité du contrat à la phase de la formation

18. Le temps de l'exécution est marqué par l'intangibilité du contrat car dès qu'il a été valablement conclu et que son contenu a été fixé, il s'impose comme une loi aux parties³⁷ qui doivent chacune exécuter ses obligations telles que celles-ci avaient été déterminées et suivant les modalités arrêtées. A contrario et comme conséquence du "découpage" du contrat, c'est au moment de l'échange des consentements qu'il faut se placer pour vérifier si les éléments du contrat énumérés par l'article 1108 C.Civ. que sont le consentement, la capacité, l'objet et la cause sont réunis³⁸ faute de quoi, la nullité est prononcée. C'est à cette époque, et à cette époque seulement que le juge saisi doit se référer³⁹ pour savoir si par

³⁶ Ce n'est certainement pas dans le code civil que l'on peut trouver trace de cette distinction mais elle semble être devenue traditionnelle (F. Terré et al., préc., n°66).

³⁷ G. Paisant, Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat, Droit et patrimoine, mars 1998, n°58, p.42.

³⁸ J. Ghestin, La formation du contrat, 3^{ème} éd., LGDJ, 1993, n°283 et sv.

³⁹ Même si la Cour de Cassation a admis que pour se prononcer sur l'existence d'un vice de consentement au moment de la formation du contrat, les juges du fond pouvaient faire état d'éléments postérieurs à cette date (Com. 13 déc. 1994, Bull. Civ. IV, n° 375). Les parties sont aussi fondées à se servir d'éléments postérieurs à la

exemple l'engagement de l'une des parties avait ou non une contrepartie⁴⁰, si le consentement donné était ou non exempt de vices⁴¹, si le prix était déterminé ou si "dès ce moment, on (pouvait) savoir quelles références, objectives (seraient) utilisées pour le déterminer"⁴². On comprend dès lors que certains auteurs ne s'embarrassent pas de distinctions et qualifient de conditions de validité les conditions de formation précitées.

19. Le contrôle de la validité du contrat au moment où les parties échangent leur consentement est du reste conforme à l'esprit des textes. Par exemple, dans les cas où la lésion est admise comme le prévoit l'art. 1118 C.Civ., le caractère sérieux du prix doit effectivement être apprécié par rapport à l'instant de formation du contrat puisque le déséquilibre qui est sanctionné doit exister *ab initio*. C'est ce qui permet de distinguer la lésion de l'imprévision qui relèverait de l'exécution du contrat. Pour ce qui est du consentement, le dol n'est pris en compte que s'il a déterminé, au moment de son engagement, le consentement de l'une des parties⁴³; le caractère déterminant exigeant de se situer à l'époque de l'échange des consentements⁴⁴. S'agissant de l'erreur, lorsque les juges sanctionnent par exemple l'erreur sur la substance, c'est parce que sans cette erreur, l'autre partie n'aurait pas contracté⁴⁵. Enfin, l'on doit déduire de l'article 1131 C.Civ. qui dispose que l'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet que la cause doit en principe exister lors de la formation du contrat⁴⁶, de même

formation du contrat pour prouver par exemple l'existence d'une erreur : Civ.1, 13 déc. 1983, D. 1984, 340, note J.L. Aubert ; JCP 1984, II, 20186, Concl. Gulphe.

⁴⁰ Civ. 3, 25 oct. 1977, Gaz. Pal. 1978, I, som. 17, Bull. Civ. III, n°270; Civ. 3, 8 mai 1974, D. 1975, 305, note C. Larroumet.

⁴¹ V. par ex. pour un cas d'erreur Civ.1, 13 déc. 1983, préc.

⁴² J. Huet, Critique de la jurisprudence de l'Assemblée Plénière sur l'indétermination du prix in Etudes à la mémoire d'A. Sayag, Litec, 1997, p. 312.

⁴³ Bordeaux, 16 nov. 1994, Petites affiches, 7 juil. 1995, p.6, note Asselain ; Paris, 18 nov. 1998, JCP éd. G, 1999, I, 134 (cession d'actions).

⁴⁴ La décision de principe semble être Civ. 30 avril 1884, S. 1885, p.265. V. plus récemment Soc. 30 mars 1999, JCP éd. G, 1999, II, 10195; D. 2000, Som. com. 13, obs. Omarjee (absence d'information au moment de l'embauche).

⁴⁵ Par contre, l'erreur survenue postérieurement à la formation du contrat est sans effet : Civ.1, 16 avril 1991, JCP éd. G, 1993, II, 21976, note Meau- Latour.

⁴⁶ Civ.3, 9 juil. 1980, D. 1981, IR, 3212, obs. J. Ghestin ; Civ. 3, 17 juil. 1996, JCP éd. G, 1996, IV, 2167, Defrénois, 1996, 1357, obs. P. Delebecque.

qu'à partir de l'article 1601 C.Civ. qui prévoit la nullité de la vente dont l'objet a disparu, on conclut que l'objet doit exister au moment de la formation du contrat.

20. Lorsque les conditions de formation ainsi envisagées ne sont pas réunies, il apparaît généralement une malformation du contrat qui est traitée différemment de l'inexécution qui elle, surviendrait dans l'hypothèse où le contrat déjà formé ne serait pas exécuté dans les termes convenus.

b) Le traitement différencié de la malformation et de l'inexécution du contrat

21. Dans un arrêt rendu le 03 mars 1975⁴⁷, la chambre commerciale de la Cour de Cassation avait jugé opportun de rappeler le principe de la distinction entre la nullité et la résolution du contrat : “ Attendu (...) que cependant, dans ses motifs, la cour d'appel ne relève aucun manquement à l'obligation de délivrance du vendeur qui a fourni la chose même sur laquelle l'accord s'était réalisé, non plus qu'aucun manquement à la garantie des défauts rédhibitoires mais retient que l'acquéreur a cru que la machine datait de cinq ans alors qu'elle fonctionnait depuis dix ans et admet, pour cette raison, qu'il y a eu vice de consentement, sans préciser s'il s'agit d'une erreur ou d'un dol ; que, de toute manière, le vice du consentement est une cause de nullité et non de résiliation de la vente (...) ”. Cet arrêt est le reflet d'une construction juridique qui, distinguant les conséquences de l'inexécution et de la malformation du contrat, contribue à approfondir la différence entretenue entre les deux maillons du mécanisme contractuel.

L'absence ou l'illicéité de l'objet, l'existence d'un consentement vicié, le défaut de cause, l'incapacité sont tous soumis en tant qu'ils prouvent le non respect des règles de formation à la sanction radicale de la nullité du contrat⁴⁸ qui emporte effacement rétroactif de

⁴⁷ JCP éd. G, 1976, II, 18463, note C. Larroumet ; Civ. 1, 22 avril 1997, JCP éd. G, 1997, II, 22944, note Bolard, D. 1999, Som. 15, obs. Tournafond (sanction du dol).

⁴⁸ Sur ces sanctions, voir par ex. F. Terré et al. préc, n°364 et sv. Ex. de nullité pour absence de prix : Com.11 oct. 1978, D. 1978, jur.135, note R. Houin; R.J.C. 1979, p.378, obs. P. Le Tourneau ; Civ.1, 10 fév. 1993, Contrats, conc., cons., 1993, com. 128, note L. Leveneur. Nullité pour absence de cause : Civ. 1, 10 février 1998, Bull. civ. I, n°49, J.C.P. éd. G, 1998, II, 10142, note B. Fages. Nullité pour défaut d'objet : Civ. 1, 7 fév. 1990, D.1991, Som.com. 319, obs. J.L. Aubert ; Defrénois 1990, 1018, obs. J.L. Aubert (cession de clientèle civile), Civ.3, 4 mai 1983, Bull. civ. III, n°103, p.82 (cession d'agrément dépourvue d'objet).

la convention. A cette sanction de la malformation, répond la diversité des mesures applicables en cas d'inexécution qui suppose qu'un contrat ayant été valablement formé et alors qu'il est appelé à déployer ses effets, l'une ou l'autre des parties ne s'exécute pas pour un motif tenant ou non à sa volonté, que l'inexécution soit définitive ou tardive, incomplète ou défectueuse⁴⁹. A la résolution judiciaire qui s'applique aux contrats synallagmatiques et aboutit à l'effacement du contrat pour le passé et l'avenir, s'ajoutent l'exécution forcée qui peut être exigée lorsqu'elle est possible ou la condamnation aux dommages-intérêts qui sous-entend que soit établie la responsabilité contractuelle du débiteur défaillant. Par ailleurs, l'inexécution du contrat donne aux parties l'occasion de déployer leur liberté contractuelle à travers différentes clauses allégeant, aggravant ou supprimant leur responsabilité ou leur garantie alors qu'elles en sont privées lorsqu'est en cause la formation du contrat.

22. Cette dualité des sanctions au-delà de ce qu'elle renseigne les contractants sur les conséquences de leurs manquements éventuels, imprime le rythme à l'action du juge lorsqu'il est appelé à intervenir. Celui-ci ne disposerait pas d'une grande marge de manœuvre à l'égard des sanctions à appliquer.

23. La cohérence de l'opposition n'est qu'apparente car elle ne résulte que d'une interprétation stricte des textes. Lorsqu'on s'autorise à s'évader quelque peu des textes et à scruter davantage la réalité, il apparaît que ses limites sont réelles et qu'elles méritent d'être prises en considération.

B- La fragilité du cloisonnement

24. Théoriquement, les fondements sur lesquels repose la distinction sont discutables (1) alors que dans la pratique on constate une fluidité de ses frontières (2).

1) Des fondements discutables

25. Autant l'article 1108 C.Civ. qui prévoit les quatre conditions essentielles pour la validité d'une convention tient une place importante dans la théorie générale du contrat,

⁴⁹ J. Schmidt-Szalewski, La force obligatoire à l'épreuve des avants-contrats, R.T.D.Civ. n°1/2000, p.25 et sv.

autant sa signification est sujette à controverses. La validité du contrat est en effet une notion ambiguë (a) à quoi s'ajoute l'insuffisance de la sanction à servir de critère de distinction (b).

a) Le sens ambigu de la notion de validité du contrat

26. Si l'on néglige les problèmes de terminologie⁵⁰, les principales critiques à l'égard de la notion de validité mènent à la conclusion que les conditions énumérées par l'article 1108 ne seraient pas les seules conditions essentielles du contrat et qu'il n'est pas sûr qu'elles doivent être réunies à l'époque de la formation même du contrat. A cela s'ajoute le fait que certains éléments font l'objet de critiques qui ne sont pas sans incidence sur leur rôle dans le contrat.

27. S'agissant d'abord des critiques individuelles, elles concernent en premier lieu la cause. La double acception de la notion n'a pas facilité la détermination de son rôle dans le contrat. C'est parce que la doctrine majoritaire a finalement adhéré à l'interprétation hardie des articles 1108 et 1131 C.Civ. ayant abouti à dissocier la cause objective renvoyant à la cause de l'obligation ou à la contrepartie et la cause subjective entendue comme cause du contrat ou mobiles de l'engagement que l'on peut aujourd'hui admettre que la cause est exigée lors de la formation du contrat et qu'il s'agit de la cause objective. A l'inverse, l'existence de la cause subjective est indifférente à la formation du contrat ; seule peut être contrôlée son illicéité ou son immoralité. Même en se limitant à la cause objective, on n'a pas manqué de soutenir qu'elle ne joue pas le même rôle dans les contrats unilatéraux et synallagmatiques et qu'elle serait inutile dans les contrats à titre gratuit ou les contrats réels.

L'objet n'a pas lui aussi échappé aux controverses doctrinales car on a pensé qu'il pouvait renvoyer à l'objet du contrat ou à l'objet de l'obligation. A la distinction suggérée par

⁵⁰ La condition de validité est dénommée parfois élément constitutif ou à tort élément essentiel ou obligation fondamentale. Pourtant, l'élément essentiel ne se confond pas avec l'obligation fondamentale. L'obligation fondamentale renvoie au contenu du contrat alors que l'élément essentiel se réfère à la structure du contrat et peut alors avoir le même sens que l'élément constitutif. L'élément constitutif en effet, serait celui qui donne à l'engagement la qualification de contrat alors que la condition de validité au sens strict permettrait par la suite de vérifier si le contrat ainsi qualifié est effectivement valable (L. Aynès, La notion de contrat, D. 1990, p.154 ; M.L. Izorche, Contrats conditionnels et définitifs in La négociation du contrat, R.T.D.Com. spéc., 1998, p.524).

certain auteurs⁵¹, d'autres ont préféré tenir les deux expressions pour synonymes. Quoiqu'il en soit, les exigences liées à l'objet : existence, détermination, licéité ne correspondent dans la réalité qu'à l'objet de l'obligation.

28. Ensuite, la notion même de condition de validité du contrat est susceptible d'une interprétation extensive ou restrictive.

On a parfois soutenu que la notion de conditions de validité va généralement au-delà des termes strictes de l'article 1108 pour englober les conditions que les parties ont voulu considérer comme essentielles en subordonnant la validité du contrat à leur respect préalable⁵² ou les conditions de validité propres à certains contrats⁵³ au-delà des conditions communes de l'article 1108. Plus caractéristique est cependant la tendance contemporaine à englober dans les conditions de formation du contrat les exigences de forme⁵⁴ lorsqu'elles sont prévues. Il ne s'agit là que de la conséquence du développement fulgurant du formalisme principalement en matière consumériste⁵⁵. Il y aurait quelque contradiction à admettre ainsi la poussée du formalisme et son influence sur la formation du lien contractuel et à vouloir soutenir une interprétation stricte des conditions de formation du contrat qui exclurait les règles de forme.

⁵¹ L'objet de l'obligation est défini par exemple comme la prestation sur laquelle porte l'obligation, celle promise par le débiteur (obligation de donner, de faire et de ne pas faire).

⁵² Celles-ci ont en effet la latitude d'ériger certaines conditions en conditions essentielles auxquelles est subordonnée la validité du contrat. C'est le cas de l'acte notarié dans la vente d'immeuble (P. Le Tourneau, Quelques aspects de l'évolution des contrats in Mélanges offerts à Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985, p.349 ; A. Laude, La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, PUAM, 1992, passim).

⁵³ Tel serait le cas du contrat de société qui en plus des conditions communes aurait des conditions spécifiques qui ressortent de la définition de la société donnée à l'article 1832 C.Civ., A. Laude, thèse préc.

⁵⁴ P. Malinvaud, Introduction à l'étude du droit, 8^{ème} éd., Litec, 1998, n°191. C'est en partant de la sanction attachée à l'absence de certaines conditions de forme que les auteurs les considèrent comme des conditions de validité. De fait, les dispositions légales qui prévoient certaines formalités comme l'écrit ou les mentions obligatoires les assortissent de la nullité du contrat ainsi conclu. Ex : acte authentique pour la donation (art.931 C.Civ.), la constitution d'hypothèque (art. 2127 C.Civ.) ; exigence d'un écrit sous seing privé pour certains contrats (cession de brevet, apprentissage, compromis). A contrario, lorsqu'il n'apparaît pas que la formalité est assortie de nullité, les auteurs hésitent à la qualifier de condition de validité. Voir en ce sens, P.H. Antonmattéi et P. Raynard, Contrats spéciaux, 3^{ème} éd., Litec, 2002, n°286 et sv.

⁵⁵ Le formalisme, Journées J. Flour, Defrénois n°15-16, 2000, art. 37207 et sv. ; F. Terré et al., Les obligations, n°127 et sv.

Parfois, mais rarement, l'on a admis que la conclusion d'un contrat pouvait se passer de la réunion des quatre conditions citées et que l'on pourrait se contenter, pour certains types de contrats, de quelques-unes seulement de celles-ci. C'est ce qu'autorise par exemple une lecture de l'article 1583 C.Civ. qui exige pour que la vente soit parfaite⁵⁶, uniquement un accord sur la chose et le prix. Cette lecture est erronée et la disposition ne heurte pas de front la précédente si l'on s'en tient à l'interprétation de la jurisprudence pour qui la chose et le prix qualifiés d'éléments essentiels sont opposés non pas aux autres conditions de l'article 1108 mais aux éléments accessoires du contrat de vente que sont ses modalités à savoir par exemple la date et les garanties de paiement, la date d'entrée en jouissance⁵⁷.

29. Il reste à se demander si ces conditions restrictivement ou largement entendues doivent être effectivement réunies au moment de l'échange des consentements de l'offrant et de l'acceptant c'est-à-dire avant que le contrat n'entre dans sa phase d'exécution. Autrement dit, s'agit-il d'exigences *ab initio*⁵⁸? Si une condition renvoie à l'idée d'un élément préalable qui doit précéder un événement ou une situation, on peut tout aussi bien soutenir que la condition est ce sans quoi l'événement ou la situation ne saurait être valable et que l'on peut en vérifier l'existence à tout moment et même, dans l'hypothèse d'un contrat, postérieurement à la conclusion de l'engagement. Cette seconde analyse a l'avantage de faire de la validité du contrat une notion intemporelle. D'ailleurs, rien ne dit que les rédacteurs du code aient voulu absolument donner aux conditions dites essentielles le sens de conditions initiales de formation d'autant qu'ils opposent la validité aux effets du contrat⁵⁹.

30. Parce que le code civil n'a pas également systématisé le régime des sanctions, celles-ci s'avèrent être un critère insuffisant de distinction.

⁵⁶ Il faut encore se demander si la vente " parfaite " est seulement celle qui existe ou celle qui est valable.

⁵⁷ Civ.3, 14 janv. 1987, D. 1988, jur. 80, note J. Schmidt; Com. 16 avril 1991, JCP 1992, II, 21871, note Gai, R.T.D.Civ. 1992, 79, obs. J. Metsre.

⁵⁸ J.L. Piotraut, L'impossibilité d'exécuter un contrat, Petites affiches, 20 mai 1994, p.15 et les arrêts cités.

⁵⁹ Au chapitre sur " les conditions des conventions ", s'oppose le chapitre sur " Les effets des obligations " .

b) La sanction, critère insuffisant de distinction

31. L'indétermination du prix et les différentes réponses apportées par la jurisprudence à cette question permettent d'illustrer le manque de cohérence qui caractérise le régime des sanctions. Si on est passé avec les arrêts de l'Assemblée Plénière du 1^{er} décembre 1995 d'un système de nullité à un système de responsabilité, on est également passé d'une nullité de principe pour indétermination à une adaptation de la sanction à la mesure de l'indétermination. Lorsque l'illicéité du prix résulte par exemple de la disparition de l'indice, les tribunaux peuvent opter pour la nullité ou pour la substitution d'indice qu'on présente comme un cas de réfaction judiciaire du contrat⁶⁰. Ce qui est vrai pour le prix l'est également pour les autres éléments du contrat⁶¹.

On a pensé pendant longtemps que la nullité était la sanction qui reflétait le mieux la réparation de l'atteinte portée au contrat mal formé. Le sentiment est tout autre aujourd'hui et l'on s'oriente vers la recherche du maintien du contrat lorsque cela est possible⁶². S'agissant de l'inexécution du contrat, tout ne semble pas non plus se réduire à la résolution judiciaire en cas d'inexécution pour les contrats synallagmatiques. Si l'on excepte les hypothèses particulières où la force majeure libère l'une ou l'autre des parties contractantes, l'inexécution

⁶⁰ O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM, 1999, n°620. La réfaction, solution à l'origine prévue pour la vente reste tout de même insuffisamment développée.

⁶¹ Ainsi par exemple, en matière de propriété industrielle, on admet depuis longtemps (Req. 29 nov. 1865, Ann. Prop. Ind., 1866, 24) que la disparition partielle de l'objet dans un contrat de cession de brevet au lieu d'être sanctionnée par la nullité peut donner lieu à une révision du prix de cession. De même, le dol qui vicie le consentement peut donner lieu seulement à une réduction du prix (Com. 14 mars 1972, D. 1972, jur. 653, note J. Ghestin ; Com. 27 mai 1997, JCP éd. E, I, 710, Obs. Viandier et Caussain).

⁶² " Il est en effet devenu plus opportun de s'engager sur la voie de la réadaptation que sur celle de l'annulation systématique.. ", O. Gout, *op. cit.*, p.679 et sv.; J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, LG.D.J., Bibliothèque de droit privé, T. 311, 1999., n°426 et sv. Voir pour le cas particulier du contrat de travail, G. Couturier, *La théorie des nullités dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de Cassation in Etudes offertes à J.Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 273.

Il est vrai que quelques rares décisions avaient depuis longtemps admis la modification du contrat dans des hypothèses où la nullité devait être prononcée. La jurisprudence a ainsi admis que l'on pouvait en cas d'erreur procéder seulement à une réduction ou une augmentation des prix (Req. 8 déc. 1869, DP 1870, 1. 294, Civ. 15.fev. 1898, DP 1898, 1. 192).

du contrat peut donner lieu à diverses sanctions telles l'exception d'inexécution, la résolution unilatérale, la résiliation⁶³.

Non seulement les sanctions de la formation ou de l'exécution du contrat se multiplient, mais elles ne sont plus figées en ce sens par exemple que l'inexécution du contrat peut donner lieu au prononcé de la nullité du contrat ou que la résolution peut sanctionner un vice de formation. “ Tout se passe comme si la résolution, à l'instar de l'annulation était destinée à sanctionner la malformation initiale du contrat ”⁶⁴. Finalement, la sanction n'est elle-même qu'un moyen pour atteindre un résultat qui est soit le maintien soit l'anéantissement du contrat.

32. Ces insuffisances théoriques sont confortées par les limites qui apparaissent constamment dans les manifestations du cloisonnement et qui se caractérisent par une fluidité des frontières.

2) La fluidité des frontières

33. Il y a aujourd'hui une nette tendance au dépassement du clivage formation et exécution du contrat (a) dont le prolongement du contrôle du contrat au stade de son exécution n'en constitue qu'une illustration particulière (b).

a) Une tendance générale au dépassement du clivage

34. En plus de ce que les “ frontières externes ”⁶⁵ du contrat ne sont pas toujours nettement définies, il apparaît que ses frontières internes sont constamment transgressées du fait des nombreuses interactions entre la formation du contrat et son exécution.

⁶³ J.L. Piotraut, L'impossibilité d'exécuter un contrat, Petites affiches, 20 mai 1994, p.10 et sv.

⁶⁴ S. Mercoli, La rétroactivité dans le droit des contrats, PUAM, 2001, n°112 ; J.L. Piotraut, L'impossibilité d'exécuter un contrat, préc. p. 15 : “ Une autre tendance des juges est de faire un usage extensif d'un défaut dans une condition de formation du contrat pour remédier à une impossibilité d'exécution ”. Dans le même sens en droit de la famille, les juges prononcent parfois le divorce, sanction en principe liée à l'inexécution des obligations nées du mariage pour une cause antérieure à la célébration du mariage en lieu et place de la nullité.

⁶⁵ D. Mazeaud, Constats sur le contrat.... in Le contrat, Petites affiches, n° spéc., 6 mai 1998, p. 11.

Si l'on laisse de côté les obligations nouvelles introduites dans le contrat suite à une interprétation diversement appréciée des certains textes comme l'article 1135 C.Civ. que sont par exemple l'obligation d'information, l'obligation de sécurité, la bonne foi dont l'on s'efforce, au prix de nombreuses distorsions d'en reconnaître l'existence dans tout le processus contractuel c'est-à-dire dans la formation comme dans l'exécution, il reste encore des éléments pour illustrer qu'il n'y a pas d'étanchéité absolue et qu'une certaine interdépendance voulue ou subie par les contractants rend malaisé un cloisonnement de tout instant entre le moment où les volontés se rencontrent et celui où se déploient les effets du contrat formé.

35. D'abord, les parties à un contrat ne s'embarrassent pas toujours de la question de savoir si elles sont encore au stade de la formation ou si le cap de l'exécution a été déjà franchi quand elles ne choisissent pas délibérément d'exécuter un contrat non formé⁶⁶ ou en cours de formation⁶⁷ nonobstant les conséquences que cela peut entraîner dans certains cas⁶⁸. Egalement, lorsqu'il y a acceptation tacite d'un contrat que ce soit pour sa formation initiale ou pour sa reconduction⁶⁹ ou lorsque les parties y ont introduit des "éléments retardateurs"⁷⁰, il n'est plus évident d'en dissocier la formation de l'exécution.

⁶⁶ L'exécution du contrat a parfois des incidences sur le régime même de sa formation. Par ex. en matière de bail, la preuve de la formation du contrat diffère selon que celui a été déjà ou non exécuté. P. Malaurie et L. Aynès, Contrats spéciaux, Cujas, 1999, par J.Y.Gautier, n°649 et sv.

⁶⁷ C'est le cas lorsque les parties après des négociations âpres et avancées se mettent d'accord sur certains points essentiels de leur accord et peuvent autoriser l'une des parties à commencer l'exécution du contrat (J.M. Mousseron, La durée dans la formation des contrats in Etudes offertes à A. Jauffret, PUF, 1974, p. 509 ; A. Rieg, La punctuation ..., in Etudes offertes à A. Jauffret précité, p. 593).

⁶⁸ Voir par ex. Paris, 26 janvier 2000, Sté France Télécom c/ CFI (R.T.D.Civ. n°2/2000, p.315) où un litige est survenu entre les parties à propos d'un contrat qui avait commencé à être exécuté alors qu'il n'avait pas été signé.

⁶⁹ P. Malaurie et L. Aynès, Droit civil. Les obligations, T.2 Contrats et quasi-contrats, 11^{ème} éd., Cujas, 2001/2002, n°90 ; B. Fages, Le comportement du contractant, PUAM, 1997, n°37 et sv.

⁷⁰ L'expression est de M.L. Isorche, Contrats conditionnels et définitifs in La négociation du contrat, R.T.D.Com. 1998, p. 525. Il s'agit du délai de réflexion, de la condition suspensive et dans une certaine mesure de la réitération du contrat par acte authentique en matière de promesse de vente.

Ensuite, lorsque c'est le juge qui découvre l'existence d'un contrat⁷¹ on peut se demander s'il faut considérer que l'on est encore dans la formation ou si c'est déjà une question d'exécution. La notion d'existence semble se situer au-dessus d'une distinction entre la formation et l'exécution du contrat. D'un autre côté, les juges, confrontés comme ils le sont parfois à une difficulté d'interprétation, sont naturellement enclins à rechercher aussi bien en dehors du contrat que dans le contrat, dans la formation comme dans l'exécution les éléments qui pourraient fonder l'existence ou l'étendue des obligations contractées par les contractants. L'exigence d'interprétation s'appuie ainsi inéluctablement sur tout le contrat⁷². Dans le même sillage, il faut signaler la jurisprudence favorable à la prise en compte comme éléments du contrat des documents publicitaires bien que ceux-ci soient en principe des éléments de négociation c'est-à-dire situés en principe dans la phase précontractuelle ou de formation.

36. L'interaction débouche parfois sur l'absorption d'une phase du contrat par une autre. Ainsi, la phase d'exécution peut absorber la période de formation. Les vices de consentement qui sont sanctionnés en cours d'exécution peuvent avoir leur origine dans l'époque de formation⁷³. L'obligation de garantie en particulier la garantie des vices cachés, indépendamment de ce qu'elle constitue bien une obligation contractuelle a son origine dans la formation du contrat et est influencée dans son principe, son contenu ou son étendue par le comportement des parties dans la période qui a précédé la naissance du contrat⁷⁴. La responsabilité contractuelle s'applique parfois à des fautes que l'on pourrait rattacher à la période de formation.

b) Une illustration particulière : Le prolongement du contrôle de validité lors de l'exécution

37. Une certaine place a toujours été faite au contrôle du contrat après sa formation car la modification ou la disparition de certains éléments constitutifs à l'époque de

⁷¹ Voir particulièrement sur cette question, A. Laude, La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, PUAM, 1992, passim.

⁷² B. Fages, ouvrage précité., n°151 et sv.

⁷³ B. Fages in *Le contrat en mouvement, Droit et patrimoine*, n°72, juin 1999, p.62 ; J. Schmidt, La sanction de la faute précontractuelle, R.T.D.Civ. 1974, p.46.

⁷⁴ J. Schmidt, *Négociation et conclusion des contrats*, Dalloz, 1982, n°349 et sv. ; J. Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle...*, Thèse, Paris II, 1978, passim ; F. Fourment, *Défauts cachés de la chose vendue : que reste-il de l'action en garantie des vices cachés ?* R.T.D.Com. n°3/ 1997, p.395.

l'exécution du contrat n'a jamais laissé totalement indifférent. Quelques dispositions législatives en tiennent compte. Ainsi, en matière d'assurance, des dispositions régissent la modification de l'objet du contrat en cours d'exécution⁷⁵. Les articles 1769 à 1773 C.Civ. prévoient pour leur part qu'en cas de destruction par cas fortuit de la totalité ou de la moitié au moins d'une récolte, le fermier peut, sous certaines conditions, obtenir une remise du prix de location. Quant à l'art. L. 131-5 du code de la Propriété Intellectuelle, il dispose qu'en cas de cession du droit d'exploitation, lorsque l'auteur aura subi un préjudice de plus de sept douzième due à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de vente, il pourra provoquer la révision des conditions de prix du contrat.

38. Le mouvement s'est aujourd'hui intensifié car la jurisprudence, timide il y a encore quelques années, prend de plus en plus d'initiatives pour contrôler la validité du contrat au stade de l'exécution. Diversement apprécié dans son principe⁷⁶, l'étendue de ce contrôle est réelle. C'est principalement en cas de modification ou de disparition de l'objet et de la cause que la jurisprudence est intervenue.

La modification et la disparition de l'objet en cours de contrat sont fréquentes dans les contrats de longue durée. Dans le domaine de la propriété industrielle par exemple, constitue une disparition de l'objet dont la circonstance réside dans la durée du contrat, le fait que l'intérêt lié à l'exploitation d'un brevet disparaisse parce qu'un procédé nouveau de fabrication est apparu⁷⁷. Mais elle a surtout concerné le prix ce qui a conduit à des solutions particulières notamment depuis les décisions de l'Assemblée Plénière du 1er décembre

⁷⁵ Articles L. 113-2 et surtout L. 113-4 du code des assurances qui prévoient la possibilité de dénoncer le contrat ou de proposer un nouveau montant de prime en cas d'aggravation du risque en cours de contrat.

⁷⁶ D'autres auteurs préfèrent parler de déplacement (par ex. D. Mazeaud Constats sur le contrat, sa vie, son droit in *Le contrat* , Petites affiches, n° spéc., préc., p.11 ; C. Jamin, Pour en finir avec la formation du contrat in *Le contrat* , op. cit. p.26 qui parle d'un " basculement des questions essentielles de la formation à l'exécution du contrat " ; N. Molfessis, Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? Petites affiches*, n° spécial, 30 sept. 1998, p. 28). Dire que le contrôle s'est déplacé, c'est affirmer que les questions traitées au stade de l'exécution ne le sont plus au stade de la formation. A l'inverse, l'idée d'un prolongement autrement dit d'une permanence dans le contrôle du contrat signifie que le contrôle reste bien présent par conséquent au moment de l'échange des consentements.

⁷⁷ Lorsqu'il s'agissait d'un brevet accordé pour le développement d'une nouvelle technologie par exemple.

1995⁷⁸. En exigeant traditionnellement la fixation du prix lors de la formation du contrat indépendamment du fait qu'il soit de longue durée et en sanctionnant l'absence ou l'indétermination par la nullité du contrat, la jurisprudence est restée longtemps dans l'approche du prix élément de formation. Mais à travers une lente évolution qui a abouti aux arrêts précités, elle reconnaît que la question du prix ne saurait se limiter au seul aspect de la formation mais touche également l'exécution du contrat. C'est ainsi qu'il faut comprendre la solution désormais retenue selon laquelle l'abus dans la fixation appréciée en cours de contrat ne pourrait donner lieu qu'à la responsabilité de l'auteur de cet abus. Le contrôle de l'objet du contrat après sa formation prend diverses formes. Parfois, il s'agit seulement de trancher la question de l'autorité en charge de la détermination de cet objet⁷⁹ - le prix en particulier - puisque l'art. 1129 C.Civ. permet que l'objet soit seulement déterminable au moment de la formation du contrat. Assez souvent toutefois, il a trait au principe de la détermination surtout pour ce qui est du prix car l'art. 1591 C.Civ. exige que le prix soit déterminé et désigné par les parties⁸⁰.

A la recherche d'instruments aptes à assurer une meilleure justice contractuelle et une plus grande utilité des contrats, l'on s'est tourné vers la cause. En se fondant sur l'article 1131 C.Civ. qui dispose que " l'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ", la jurisprudence, soutenue en cela par une partie de la doctrine⁸¹, admet que la disparition ultérieure de la cause objective⁸² entendue comme la

⁷⁸ La Cour de Cassation dans ces arrêts a exclu l'application de l'a. 1129 C.Civ. au prix et situé la question de la fixation des prix ultérieurement au niveau de l'exécution du contrat (Mestre, RTDCiv, 1996, 153).

Ces décisions ont été interprétées dans le sens (critiqué par certains) que l'exigence de la détermination de l'objet ne vaut plus pour le prix qui n'est plus une condition de validité du contrat (B. Starck, H. Roland et L. Boyer, Les obligations, 2. Le contrat, 6^{ème} éd., Litec, 1998, n°603 et sv. ; J. Huet, Critique de la jurisprudence de l'Assemblée Plénière sur l'indétermination du prix, Etudes à la mémoire d'A. Sayag, Litec, 1997, p. 322).

⁷⁹ Dans le but de freiner le pouvoir de détermination unilatérale de l'une des parties en sanctionnant par le jeu de la responsabilité celui qui abuse de ses pouvoirs.

⁸⁰ L'exigence du prix n'a pas la même portée selon qu'il s'agit d'un contrat de vente ou d'un contrat d'entreprise car pour ce dernier, " un accord préalable sur le montant exact de la rémunération n'est pas un élément essentiel " (Civ.1, 24 nov. 1993, Bull. Civ. I, n°339; R.T.D.Civ. 1994, 631, obs. P.-Y. Gauthier ; Civ. 1, 20 fév. 1996, Bull. civ. I, n°91). Voir aussi, T. Revet, La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat in L'unilatéralisme et le droit des obligations, Economica, 1999, p.31.

⁸¹ H. Capitant, De la cause des obligations, 3^{ème} éd., Dalloz, 1927 ; J. Mestre, note sous Civ. 1, 16 déc. 1986, R.T.D.Civ. 1987, p.750; Com.30 juin 1987, R.T.D.Civ. 1988, p.346. Plus récemment, P. Delebecque et F. J. Pansier, Droit des obligations. Contrat et quasi-contrat, Litec, 2002, n°189 ; J. Carbonnier, Les obligations, op. cit., n°59, p.123 : " survenue après coup, la défaillance d'une prestation entraîne, faute de cause, la chute du

contrepartie de l'engagement peut bouleverser le contrat initialement formé surtout lorsqu'il s'agit d'un contrat synallagmatique. La jurisprudence Chronopost⁸³ récemment confirmée⁸⁴ témoigne avec d'autres décisions récentes de ce que la phase d'exécution n'est plus exclusive d'un contrôle de la validité du contrat. Mais le contrôle de la disparition totale ou partielle de la cause n'a pas acquis une indépendance certaine dans ses manifestations et son fondement⁸⁵. Il est encore fait sous le couvert de la disparition de l'objet ou des vices de consentement⁸⁶ et dans le cas spécifique du cautionnement par le biais du terme ou de la condition⁸⁷. Le renouvellement de la fonction de la cause va en plus, de pair avec une extension des sanctions applicables à l'absence de cause. Dans un arrêt rendu le 17 janvier

contrat déjà formé ” ; D. Mazeaud , Constats sur le contrat... in *Le contrat, Petites affiches*, mai 1998, p.10 et les arrêts cités.

⁸² Ce contrôle s'étend progressivement à la disparition de la cause subjective qui jusque-là était indifférente tant à l'égard de la formation que de l'exécution du contrat. En matière de cautionnement, c'est la solution admise depuis l'arrêt Lempereur (Com. 8 nov. 1972, D. 1973, jur. 753. note, P Malaurie). La disparition du mobile de l'engagement est sans incidence aucune sur la validité du cautionnement sauf si ce mobile constitue un motif déterminant.

⁸³ Com. 22 oct. 1996, D. 1997, Jur. 121, obs. L. Leveneur, Defrénois 1997, 33, obs. D. Mazeaud; JCP 1997, I, 4002, obs. M. Fabre-Magnan. Sur renvoi de la Cour de Cassation, la Cour d'appel de Caen a rendu un second arrêt en date du 5 janv. 1999. Voir aussi : Civ.1, 17 janv. 1995, JCP 1995, IV, 661, JCP 1995, I, 3853, n°4-6, obs. M. Fabre-Magnan “ ... si la convention n'était pas en raison de cette inexécution initialement entachée de nullité pour absence de cause, il demeure que le paiement (...) se trouvait désormais dépourvu de cause ; que c'est à bon droit (...) que la Cour d'appel a ordonné la restitution des honoraires ” ou Civ. 3, 7 fév. 1996, R.T.D.Civ. 1996, 606 et sv. obs. J. Mestre.

⁸⁴ Com. 17 juillet 2001, JCP éd. E, 2002, n°1290, note G. Loiseau.

⁸⁵ Par exemple contrôle de la cause au nom de l'exigence de proportionnalité dans les contrats (S. Le Gac-Pech , *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000, n° 535 et sv.; Y. Auget, Note sous Civ. 1, 11 mai 1999, *Droit et patrimoine*, n°91, mars 2001 ; L. Leveneur, *Contrats. conc. consom.* 1999, n°137) ou du respect de l'économie générale du contrat (Une embarrassante notion : l'économie du contrat, D. 2000, chron. 382 ; J. Mestre, *L'économie du contrat*, R.T.D.Civ. 1996, 901 et sv.) ou encore de l'exigence de cohérence (D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle* in *Mélanges en hommage à F. Terré*, p. 603 et sv. not. 616).

⁸⁶ S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préc., n°1185. Voir par ex. la sanction de l'absence de cause comme erreur sur les qualités substantielles, Com. 7 fév. 1995, RJDA 1995, n°584, p.450 ; R.T.D.Civ. 1995, p.878, obs. J. Mestre ou à travers le dol (Com. 27 fév. 1996, Bull.civ. IV, n°65 ; JCP 1996, II, 22665, note J. Ghestin ; D. 1996, jur. 518, note P. Malaurie).

⁸⁷ Voir E. Tardieu-Guigues, *La cause, une notion aménagée par la Cour de Cassation pour les cautions?* JCP éd E, suppl n°3/2003, p.9.

1995⁸⁸, la disparition de la cause au moment de l'exécution a eu pour effet la libération du cessionnaire relativement à son obligation de payer la commission à un intermédiaire alors que dans l'arrêt Chronopost précité, l'absence de cause a eu pour conséquence de réputer non écrite une clause contractuelle en l'espèce une clause limitative de responsabilité⁸⁹. Les juges peuvent aussi prononcer la caducité du contrat⁹⁰.

39. Parce que finalement une opposition ne semble pas nécessaire, il faut rechercher les moyens d'un dépassement de l'approche actuelle de la distinction. C'est pourquoi il convient de suggérer un réaménagement de la distinction. Les finalités nouvelles du contrat imposent ce réaménagement dans le sens d'un rapprochement, d'une complémentarité entre la formation et l'exécution du contrat.

II/ La complémentarité imposée par les finalités du contrat

40. Le contrat n'est plus aujourd'hui seulement une structure à travers laquelle les parties expriment notamment leur liberté contractuelle. Non seulement sa fonction sociale a été reconnue, mais en plus ses finalités sont devenues nombreuses et diverses comme la recherche de l'équilibre, la protection des intérêts des contractants. L'émergence de ces nouveaux impératifs contractuels se traduit directement, par exemple, par l'exigence d'un contrôle renforcé des contrats. Cette nouvelle approche conduit elle-même à admettre qu'un rapprochement mieux une complémentarité s'impose entre la formation et l'exécution (A). Mais ce contrôle doit pouvoir lui-même s'articuler avec des mécanismes qui existent déjà (B).

A. L'exigence contemporaine d'un contrôle renforcé des contrats

⁸⁸ Précité

⁸⁹ Bien avant cette décision, la jurisprudence était dans ce sens : Civ. 1, 19 déc. 1990, JCP 1991, II, 21656, R.T.D.Civ. 1991, 325, obs. J. Mestre (éradication dans les contrats d'assurance de clauses de réclamation de la victime) ; Com. 6 avril 1993, D. 1993, jur. 310, note C. Gavaldà, JCP 1993, II, 22062, note J. Stoufflet (clauses organisant le calcul des intérêts réputées non écrites). Voir également, J. Rochfeld, Cause et type de contrat, L.G.D.J., 1999, n°426 et sv.

⁹⁰ En faveur de cette solution, voir V. Wester-Ouisse, La caducité en matière contractuelle, une notion à réinventer, JCP éd. G, 2001, I, 290 et les arrêts cités par l'auteur not. Civ. 3, 8 avril 1998.

41. Un mouvement contemporain est indéniablement en faveur d'un contrôle renforcé de certains types de contrats qui présentent des spécificités (1). Il convient toutefois de préciser l'exacte étendue du contrôle de ces contrats (2).

1. Les spécificités de certains contrats

42. Il s'agit particulièrement des contrats successifs qui, en plus de leurs caractéristiques connues, sont des contrats dont la durée d'exécution, parce qu'elle est irréductible, emporte des conséquences sur leur régime.

a) L'irréductibilité de la durée d'exécution

43. La durée de formation qui conduit à opposer contrat à formation instantanée et contrat à formation successive ou négociée n'est pas à même de constituer un critère déterminant de classification⁹¹. Il n'en est pas de même de la durée d'exécution qui, permettant de distinguer contrat à exécution successive ou à exécution instantanée, se révèle plus déterminante sur le régime des contrats. En effet, " un contrat dont l'exécution se réalise en un instant ne peut avoir un régime identique à celui dont l'exécution s'étale dans le temps "⁹². Si pour les premiers l'instantanéité de l'exécution a pour conséquence de rendre la

⁹¹ L'existence d'une phase précontractuelle ne relève que de la commune volonté des parties contractantes et cela, malgré le souci évident de la doctrine et de la jurisprudence de la systématiser (J.M. Mousseron, La durée dans la formation du contrat in Etudes offertes à A. Jauffret, PUF, 1974, p. 509; J. M. Mousseron et al., L'avant-contrat, F. Lefebvre, 2001, passim ; A. Rieg, La punctuation... in Etudes offertes à A. Jauffret, PUF, 1974, p.593). Le droit de la consommation semble toutefois vouloir infléchir cette tendance avec l'introduction progressive du facteur temps dans la formation des contrats qui en relèvent. Nous partageons l'opinion de ces auteurs qui pensent qu'il ne s'agit pas d'une atteinte à l'irrévocabilité du lien contractuel mais d'un raffinement du processus de l'échange des consentements (D. Mazeaud, Constats sur le contrat, sa vie, son droit in Le contrat, Petites Affiches, n° spéc. 6 mai 1998, préc., p.8 ; P. Malaurie et L. Aynès, Droit civil Obligations, T.2. Contrats et quasi-contrats, 11^{ème} éd., Cujas, 2001/2002, n°127; J. Flour, J.L. Aubert et E. Savaux, Droit civil Les obligations. L'acte juridique, 9^{ème} éd., A. Colin, 2000, n°187).

⁹² M.L. Cros, Les contrats à exécution échelonnée, D. 1989, chr. p. 49 ; C. Jamin, Que reste-t-il de l'intangibilité des contrats, p.52. L'auteur signale que dès l'arrêt Canal de Caprone de 1876, les juges de la Cour d'Appel d'Aix avaient plaidé pour la prise en compte de la durée du contrat ; G. Paisant, Que reste-t-il de l'intangibilité des contrats, préc., p. 44 : " L'idée d'un respect purement mécanique de la parole donnée, indépendamment de toute circonstance ultérieure ou extérieure, ne donne qu'une vision caricaturale du principe de la force obligatoire " ;

formation et l'exécution concomitantes voire confondues, ce qui justifie la position de certains auteurs qui s'inspirant des dispositions du code civil assimilent conditions de validité et conditions de formation du contrat, un raisonnement différent doit être mené pour les seconds.

La durée d'exécution pour certains contrats notamment les contrats successifs se présente comme irréductible car on ne saurait ramener en un instant ce qui doit se réaliser pendant plusieurs mois voire plusieurs années. Il en est ainsi par exemple de nombreux contrats de distribution. A cette irréductibilité de la durée s'ajoute le caractère généralement synallagmatique de ces contrats avec pour conséquence l'interdépendance des obligations qui en découlent. C'est ce qui explique l'incidence inéluctable de la durée sur le contrat.

b) L'incidence de la durée sur le contrat

44. Plus le contrat s'étale dans la durée, plus des risques apparaissent ou s'aggravent qui sont liés au temps qui passe. Le contrat une fois conclu, n'épuise pas tous ses effets parce qu'il n'est pas encore exécuté ou ne l'a pas été entièrement. Il serait dès lors " gravement préjudiciable d'anéantir de longues négociations (...) en n'attachant aucun effet de droit à la durée d'exécution " ⁹³ même si l'on reconnaît combien est délicate la gestion des risques liés à cette durée. En effet, les parties " ne sont pas (toujours) libres au moment de conclure un contrat qui doit être exécuté sur un certain laps de temps, car elles ne sont pas en mesure d'apprécier à la fois l'environnement externe de leur relation et l'évolution du comportement de leur partenaire " ⁹⁴. Ceci reste vrai même lorsqu'elles auraient introduit dans leur contrat des clauses qui tendraient à tenir compte des événements futurs comme la clause de hardship ⁹⁵.

Statistiquement, le contentieux relatif à la modification du contrat en cours d'exécution et particulièrement à la disparition de l'objet et de la cause concerne presque toujours les contrats à exécution successive conclus pour une longue durée qu'ils soient internes ou

P. Hébraud, Observations sur la notion de temps dans le droit civil in Etudes offertes à P. Kayser, PUAM, 1979, T. II, p.18.

⁹³ S. Le Gac- Pech, La proportionnalité en droit privé des contrats, LGDJ, 2000, n°738.

⁹⁴ C. Jamin , Que reste-t-il de l'intangibilité des contrats, op. cit., p.52.

⁹⁵ J.M. Mousseron, La gestion des risques par le contrat, R.T.D.Civ. 1988, p. 481 ; R. Fabre, Les clauses d'adaptation dans les contrats, R.T.D.Civ. 1983, p.1.

internationaux. Les difficultés sont d'autant plus aggravées que, s'agissant le plus souvent de contrats synallagmatiques, la défaillance totale ou partielle de l'une des parties ne saurait laisser l'autre indifférent.

45. Il est donc nécessaire qu'au moins les contrats successifs de longue durée fassent en droit positif contemporain, l'objet d'un contrôle renforcé malgré le refus de principe de l'imprévision⁹⁶. Ceci se justifie par le souci de recherche de l'équilibre et d'utilité de ces contrats. Ce contrôle, on l'a vu, s'est plus ou moins buté à la conception du contrat en faisant une structure bipartite. Mais, si l'on admet que loin d'être opposées, les deux phases du contrat sont en réalité complémentaires, ce rapprochement devrait faciliter le contrôle desdits contrats. Il ne s'agit pas toutefois d'opérer un bouleversement du schéma du contrat ce qui impose de préciser l'étendue du contrôle.

2) L'étendue du contrôle des contrats

46. Il ne saurait être question, sous prétexte de la nécessité de contrôler certains contrats afin d'en assurer l'équilibre permanent, de procéder à un entier bouleversement de l'ordonnement du contrat. Toutefois, on ne saurait donner aux éléments du contrat ni la même importance, ni une égale importance dans tous les contrats. Il faut distinguer entre les éléments du contrat nécessaires à son existence et ceux qui conditionnent sa validité au sens strict entendue comme son équilibre et son efficacité. Autant les premiers doivent être vérifiés nécessairement lors de l'échange des consentements mais à ce moment là seulement, indépendamment du caractère successif ou non du contrat, autant les seconds, dans les contrats successifs peuvent être contrôlés au-delà de la formation, c'est-à-dire que la régularité lors de l'échange des consentements n'est pas exclusive d'un contrôle en cours de contrat.

a) L'exclusion des éléments d'existence

⁹⁶ S. Le Gac-Pech, La proportionnalité en droit privé des contrats, préc., n°733. Ces remarques ne concernent toutefois que le juge judiciaire, le juge administratif ayant adopté une position différente.

47. Certains éléments sont nécessaires pour qu'un contrat existe⁹⁷. L'existence définie comme le fait d'exister, d'avoir une réalité⁹⁸ est, plus que la formation, l'étape première et primordiale du processus contractuel⁹⁹. Parce qu'ils prouvent par leur seule présence qu'il y a un engagement, le consentement des parties et la forme du contrat en font partie.

Le consentement participe à titre principal de l'existence du contrat¹⁰⁰. Cela se déduit directement de la définition du contrat qui est un accord de volontés, volontés qui s'expriment à travers le consentement donné par les parties et indirectement du "traitement de faveur" réservé par la doctrine à l'étude du consentement¹⁰¹. Il est vrai que les textes insistent surtout sur la qualité du consentement à travers l'énumération des vices de consentement. Pourtant, l'article 1108 C.Civ. en parlant du "consentement de la partie qui s'oblige" renvoie de prime abord à l'existence du consentement. Pour certains auteurs¹⁰², le consentement n'est une condition d'existence qu'en tant qu'il est l'objet d'une sanction particulière qui est l'inexistence.

La subtilité de l'analyse est séduisante pourtant il est risqué de définir les conditions d'existence seulement à partir de la sanction supposée qui serait ici l'inexistence mais qui pourrait être également la caducité ou la nullité du contrat.

La forme du contrat participe également de son existence. En dépit du silence de l'article 1108, il est presque évident que le contrat s'exprime aussi par et dans la forme

⁹⁷ Certains auteurs les qualifient d'éléments constitutifs du contrat (V. Peltier, Contribution à l'étude de la notion d'inexistence en droit privé, R.R.J. n°3/2000, p. 937).

⁹⁸ V° dictionnaire Petit Robert.

⁹⁹ V. Peltier, Contribution à l'étude de la notion d'inexistence, op. cit. not. p. 942. Dans le même sens, mais plus nuancé, L. Aynès, La notion de contrat, D. 1990, chron. 154 : " (...) Il semble logique, en effet, de distinguer deux étapes, consistant la première, à retenir la qualification de contrat avant d'examiner dans un second temps, si ce contrat est valable".

¹⁰⁰ C'est l'avis de plusieurs auteurs. V. Peltier, Contribution à l'étude de la notion d'inexistence, op. cit., p. 937 ; V. Wester-Ouisse, La caducité en matière contractuelle ..., JCP éd. G, 2001, I, n°290 ; P. Delebecque et F.J. Pansier, Contrat et quasi-contrat, op. cit., n°38 ; J. Carbonnier, Les obligations, PUF, 21^{ème} éd., 1998 ; L. Aynès, La notion de contrat, op. cit. ; J. Schmidt, La période précontractuelle en droit français, RIDC n°2/1990, p.547.

¹⁰¹ Beaucoup présentent d'abord le consentement comme une condition de fond de l'acte juridique en soi avant de l'envisager comme un vice de consentement (F. Terré, Introduction au droit, 5^{ème} éd., Dalloz, 2000, n°287 ; J.Flour et al., Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique, op.cit.).

¹⁰² V. Peltier, op. cit. , p. 956 ; J. Carbonnier, Les obligations, p.77. Les autres conditions seraient par contre les conditions de validité ou de régularité sanctionnées par la nullité parmi lesquelles les vices de consentement.

lorsque celle-ci est exigée. Bien plus, c'est au moment de l'engagement des parties que la forme requise doit être respectée et pas après. Il importe cependant de préciser parmi les différentes formes celles qui constituent des conditions d'existence, et cela, sans tenir compte de ce que la forme est exigée ou non à peine de nullité¹⁰³.

Le formalisme exigé pour les contrats réels se rapporte à leur existence malgré les critiques que subit cette catégorie et pour les contrats solennels comme par exemple le mariage ou la donation. Il n'y a pas mariage sans célébration par l'officier d'état civil et c'est lors de l'engagement des consentements que l'officier d'état civil intervient. La donation faite sans respect des formalités c'est-à-dire l'exigence d'un acte notarié conformément à l'article 931 C.Civ n'en est pas une¹⁰⁴ et c'est bien au moment de l'engagement des contractants que la solennité devra être respectée car comme pour le mariage, la volonté des parties s'extériorise à travers la forme. Il y a, là aussi, une condition d'existence.

48. Ces deux éléments doivent par conséquent être vérifiés au moment où les parties s'engagent. Que le contrat soit à exécution instantanée ou successive ne modifie donc pas l'appréciation portée sur les éléments d'existence qui sont contrôlés *ab initio* c'est-à-dire en se plaçant à l'époque de la formation du lien contractuel. Leur disparition en cours d'exécution est d'ailleurs peu envisageable. Le consentement par exemple ne peut pas à proprement parler disparaître au moins pour la raison qu'“(II) s'anéantit dans le contrat. Son unilatéralité est confondue par et dans la bilatéralité contractuelle (...). Ainsi dans le

¹⁰³ Sont par exemple sans influence sur l'existence du contrat, les règles de publicité telles que celles de la publicité foncière. Dans le même sens, F. Terré et al. , n°134 : “Même posée à peine de nullité, une formalité ne confère pas au contrat un caractère solennel si elle n'a pas pour objet l'extériorisation du consentement”. En sens contraire, J. Hauser, Le pacte civil de solidarité est-il un contrat consensuel ou un contrat solennel ? *Defrénois*, n°11/2001, art. 37362 : “L'affirmation incontournable est qu'il n'y a contrat solennel que quand la forme est exigée pour la validité du contrat, c'est-à-dire que son absence est sanctionnée par la nullité de ce contrat”.

C'est la jurisprudence qui décide dans certains cas si la forme est un élément de preuve ou une condition de validité : élément de preuve dans la cession de parts sociales (Com. 10 mars 1992, Bull IV, n°109 ; JCP éd.E, 1992, II, 819, note Y. Guyon) ou la transaction (Civ.3, 6 fév. 1973, Bull. civ. III, n°104, p.75); condition de validité de la stipulation d'intérêt (Civ.1, 24 juin 1981, Bull. I, n°233 ; 9 fév. 1988, JCP 1988, II, 21026, note C. Gavalda et J. Stoufflet).

¹⁰⁴ Voir cependant les réserves admises avec la validité des dons manuels ou des donations indirectes.

contrat, le consentement est arraché de sa nature. Certes, il persiste dans le contrat, mais comme un fait dormant »¹⁰⁵.

49. Par contre, la particularité des contrats successifs se ressent pour le contrôle des éléments d'efficacité et d'équilibre.

b) Le contrôle permanent des éléments d'équilibre et d'efficacité

50. Certains éléments contribuent à assurer l'efficacité ou l'équilibre du contrat ce qui justifie qu'ils doivent faire l'objet d'un contrôle permanent lorsque du fait de la durée, le contrat ne s'est pas exécuté en un trait de temps mais est appelé à prolonger ses effets. La cause et l'objet principalement et dans une moindre mesure la capacité en font partie.

51. L'intérêt accordé par la jurisprudence inspirée des apports de Henri CAPITANT¹⁰⁶ au contrôle de la cause objective de l'obligation lors de l'exécution va au-delà du dépassement du clivage formation et exécution. Elle traduit une réalité plus profonde qui doit être prise en compte en dépit des réticences¹⁰⁷. Elle doit conduire à admettre que le souci contemporain d'équilibre des contrats impose de revoir le schéma du contrat. Parce que la formation et l'exécution du contrat sont complémentaires, une convention n'est pas plus efficace si elle a été formée sans cause que si la cause existant à l'origine vient à disparaître par la suite. Autre chose est le traitement différent appliqué au contrat selon le moment de survenance de l'évènement. On peut d'ailleurs, en constatant la disparition ultérieure d'un élément du contrat ou son inexécution en déduire qu'il était déséquilibré dès l'origine¹⁰⁸. C'est en ce sens que, commentant l'arrêt du 17 juillet 2001 qui a été volontiers présenté

¹⁰⁵ M.A.Frison-Roche, L'unilatéralité et le consentement in L'unilatéralisme et le droit des obligations Economica, 1999, p.22.

¹⁰⁶ De la cause des obligations, Dalloz, 1927:, p. 28 et sv.: "(L) importance (de la cause) se fait sentir tant que le contrat n'est pas entièrement exécuté. En effet, l'obligation ne peut vivre qu'autant qu'elle est appuyée à sa cause...".

¹⁰⁷ A. Cermolacce, Cause et exécution du contrat, PUAM, 2001, n°292 et sv.

¹⁰⁸ C'est dans le même sens qu'il faut comprendre la préoccupation de Mr Denis Mazeaud, Le principe de proportionnalité et la formation du contrat in Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? préc. , p. 13: " Il faut rechercher si un contractant peut se fonder sur un équilibre contractuel gravement défaillant, dont l'origine remonte à la conclusion du lien contractuel, pour remettre en cause son contrat, à la fin d'anéantissement total ou partiel, ou d'une simple révision ".

comme un prolongement de la jurisprudence Chronopost, un auteur affirme que “ c’est donc dès sa conclusion que le contrat n’a qu’une utilité de façade en raison de la clause qui lui retire ab initio l’intérêt que le créancier pouvait attendre de sa souscription ”¹⁰⁹. C’est également comme une admission à peine voilée de la nécessaire permanence du contrôle de la cause qu’il faut comprendre les propos de cet auteur qui, pour justifier la reconnaissance de l’imprévision dans les contrats, affirme qu’ “ il pourrait être fait appel à la théorie de la cause en élargissant son domaine à l’exécution du contrat en considérant qu’une certaine équivalence doit être maintenue au-delà de la formation ”¹¹⁰.

Ce raisonnement vaut aussi pour l’objet. En parlant d’ “ un objet certain qui forme la matière de l’engagement ”, l’article 1108 C.Civ. laisse présumer qu’il n’y a échange des consentements qu’en présence d’un objet préalablement défini¹¹¹. Mais à bien y regarder, l’existence de l’objet n’est pas autonome lors de la naissance du rapport de droit; elle n’est qu’indirectement élément d’existence en ce qu’elle est le support nécessaire du consentement. Elle est par contre une condition d’efficacité qui doit être constamment vérifiée, sa disparition étant à même de priver le contrat de sa raison d’être. Cette solution s’applique particulièrement à certaines hypothèses régies par la loi. Le contrat de société prendra fin en cas disparition de son objet. Le contrat de louage de choses, en application de l’article 1722 C.Civ. prendra aussi fin en cas de disparition tant matérielle que juridique que la chose qui en était l’objet. Cette solution est aujourd’hui généralisée à l’ensemble des contrats.

¹⁰⁹ G. Loiseau, note sous Com.17 juil. 2001, préc.

¹¹⁰ S. Le Gac-Pech, n°1179. De même, commentant l’arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 17 janv. 1995 précité, cet auteur affirme qu’avec cet arrêt, c’est dans la voie d’une vérification tout au long de l’exécution du contrat d’une correspondance des obligations réciproques que se sont engagés les hauts magistrats. V. aussi, l’arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 16 déc. 1986 (Bull. civ. I, n°301 ; R.T.D.Civ. 1987, 750, obs. J. Mestre) dans lequel l’exigence d’une contrepartie permanente à l’obligation d’un contractant a justifié la condamnation de l’autre à la restitution d’une partie de la somme versée dans le cadre d’un contrat à exécution successive.

¹¹¹ En ce sens, J. L. Gazzaniga, Introduction historique au droit des obligations, PUF, 1992, n°121 ; F. Terré, Introduction au droit, 5^{ème} éd., Dalloz, 2000, n°287. La solution contraire ressort des dispositions de Unidroit qui prévoient que l’objet (et le prix) du contrat ne sont pas des éléments nécessaires de formation. Voir N. Molfessis, Le principe de proportionnalité et la formation du contrat in Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? p. 23 ; P.H. Antonmattéi et P. Raynard, Contrats spéciaux, 3^{ème} éd., Litec, 2002, n°122.

L'hésitation est permise pour la capacité de même que son intérêt est moindre. Parce qu'elle est intimement liée à la volonté et donc au consentement¹¹², elle doit exister lors de la conclusion du contrat, mais elle peut disparaître par la suite qu'il s'agisse de la capacité juridique ou physique. Envisagée comme un cas de force majeure, la disparition de la capacité peut justifier l'inexécution et libérer le contractant. En l'absence de force majeure, la solution n'est plus évidente. Si pour la capacité juridique on peut penser que sa disparition serait sans incidence, il n'en est pas de même pour la capacité physique. Des solutions particulières sont données par exemple en droit du travail. Le salarié victime d'une maladie non professionnelle ou d'un accident et qui ne peut exécuter normalement le contrat pourra bénéficier d'un ensemble de mesures qui vont de son reclassement ou de son adaptation en fonction de ses nouvelles aptitudes à sa rupture suivant les règles spécifiques du licenciement. Autant que possible, l'exécution du contrat est donc poursuivie avec les modifications qui s'imposent. Une certaine flexibilité est introduite dans le traitement des difficultés d'exécution du contrat.

52. Les clauses de renégociation permettent indirectement aux contractants de veiller eux-mêmes autant que faire se peut à l'équilibre de leur contrat. A défaut, le juge dont les pouvoirs restent contestés en ce domaine devrait intervenir. Pourtant, ce dernier ne veille à l'efficacité permanente des conventions, surtout à travers l'exigence d'une cause et d'un objet que par des voies détournées telles que de l'exigence de proportionnalité dans les contrats¹¹³, l'absence d'équivalence économique des prestations¹¹⁴, la violation d'une obligation

¹¹² De fait, les auteurs qui se sont intéressés à la question n'ont pas toujours pu établir une distinction convaincante entre l'absence de consentement et l'incapacité, surtout depuis la loi du 3 janv. 1968 qui, modifiant l'article 489 C.Civ. sanctionne par la nullité la conclusion d'un contrat par un incapable. Voir, O. Simon, Nullité des actes juridiques pour trouble mental, R.T.D.Civ. 1974, p.707 et sv. ; F. Terré et al., n° 93 et sv. not. n°94 : " l'article 489 (C.Civ.) ne se rapporte pas à la capacité des parties mais au consentement ".

¹¹³ L'arrêt Huard du 03 novembre 1992 en est une bonne illustration. Les faits concernaient effectivement un contrat de longue durée, le litige, soulevé sur le terrain de l'exécution, était fondé sur une modification de l'objet des prestations en l'occurrence le prix. Il s'agissait pour les juges de trancher la question de savoir si, le prix étant une condition d'efficacité permanente du contrat, cette efficacité n'était pas remise en cause dès lors que ce prix avait subi certains bouleversements. (Com. 03 nov. 1992, JCP 1993 , II, 22164, note G. Virassamy ; R.T.D.Civ. 1993, 124, obs. J. Mestre).

¹¹⁴ Com. 14 octobre 1997, Defrénois, 1998, 1040, obs. D. Mazeaud. Le même auteur considère que l'exigence d'un équilibre minimum constitue d'ailleurs " l'un des commandements les plus forts du droit contractuel contemporain (Constats sur le contrat, sa vie et son droit in Le contrat, Petites affiches, mai 1998, p.9).

essentielle du contrat¹¹⁵ ou encore sous l'angle des clauses abusives¹¹⁶. Malgré tout, les avancées sont certaines car on arrive en fin de compte sur le terrain de l'exécution à reconsidérer le contrat.

On peut même aller plus loin en terme de résultat si on accepte de dépasser davantage l'opposition traditionnelle entre sanctions de l'inexécution et de la malformation ou l'alternative entre deux solutions toutes aussi extrêmes qu'insatisfaisantes que sont le maintien d'un contrat déséquilibré ou la nullité ou résolution. Le maintien du contrat s'impose de plus en plus comme la solution prédominante. Il est envisagé lorsqu'il présente une utilité pour l'un au moins des contractants et que l'on peut déceler au vu du comportement des parties, l'intérêt qu'ils affichent au contrat¹¹⁷. Comme l'a dit un auteur, " assouplir ou aménager le contenu des obligations de l'une des parties peut être un moyen d'éviter la rupture du lien contractuel qui, sinon, se produirait par défaut d'exécution du contractant en difficulté " ¹¹⁸.

B- L'articulation du contrôle avec les mécanismes existants

53. Il s'agit de voir quels sont les rapports qui pourraient exister entre la reconnaissance du contrôle des contrats et le rôle de certains mécanismes du droit des contrats qui rejettent ou qui prennent en compte les modifications ultérieures du lien contractuel à savoir la théorie des risques, l'imprévision et la résolution judiciaire. Si le contrôle des contrats synallagmatiques doit être articulé avec la théorie des risques et la résolution judiciaire (1), le contrôle de l'objet renvoie plus particulièrement à l'idée de l'admission ou non de l'imprévision (2).

¹¹⁵ Jurisprudence Chronopost précitée. Comparer: Com. 09 juil. 2002, D. 2002, som. P.2836, obs. P. Delebecque, Bull. Civ. , IV, n°121.

¹¹⁶ Civ.1, 13 nov. 1996, D. 1997, Som. com., p.174, obs. P. Delebecque . Sur les rapports entre le contrôle des clauses abusives et de la cause, Voir aussi J. Rochfeld, cause et type de contrat, LGDJ, 1999, n°455.

¹¹⁷ S. Le Gac Pech, La proportionnalité en droit privé des contrats, LGDJ, 2000, n°764 : " La nouvelle donne contractuelle exige des initiatives, des mesures concrètes de nature à permettre au partenaire en difficulté de conserver le bénéfice même d'un contrat pour lui essentiel ".

¹¹⁸ G. Paisant, Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat, préc., p.44.

1. Contrôle du contrat, théorie des risques et résolution judiciaire

54. Si l'on n'a pas manqué de souligner qu'une relation pourrait être établie entre la cause, l'objet et la théorie des risques, il apparaît dans le même temps que le lien serait plus dilué entre ces éléments et la résolution judiciaire.

55. La théorie des risques, que l'on rattache généralement à l'inexécution du contrat est la théorie suivant laquelle lorsqu'une obligation contractuelle ne peut plus être exécutée par suite d'un obstacle de force majeure, elle est en principe éteinte. Le contractant débiteur de l'exécution et empêché d'exécuter est exonéré en même temps que l'autre contractant est libéré¹¹⁹. Elle a pour domaine les contrats synallagmatiques à exécution successive et suppose la disparition totale de l'objet en cours d'exécution. On peut déceler le lien qu'il pourrait y avoir entre l'admission d'un contrôle de la validité permanente des contrats synallagmatiques pour disparition de l'objet et surtout de la cause et la théorie des risques.

Cette théorie apparaît comme une application particulière de l'incidence de la disparition de l'objet en cours d'exécution en même temps qu'elle est un aspect du contrôle de l'absence de cause de l'obligation. En effet, plusieurs auteurs¹²⁰ la fondent sur la cause en ce sens que la disparition fortuite de l'objet a pour conséquence que l'obligation de l'une des parties n'a plus de cause car elle ne s'était engagée que pour recevoir la contreprestation devenue impossible. C'est pourquoi, son propre engagement n'a plus de cause et la conséquence en est qu'il doit être libéré. Il y aurait ainsi une relation entre la disparition de l'objet, la disparition de la cause et la théorie des risques¹²¹.

¹¹⁹ F. Terré et al., préc., n°641.

¹²⁰ P. Malaurie et L. Aynès, Obligations, précité, n°363, n°500 (la théorie des risques peut être aussi fondée sur la théorie de la cause) ; F. Terré et al., op. cit., loc. cit. D'ailleurs, l'arrêt Civ. 14 avril 1891, S. 1894, I, 391 avait fait référence expresse à la cause pour l'attribution des risques au débiteur même si cette référence avait été atténuée par celle faite par le même arrêt à l'article 1184 C.Civ.

¹²¹ P. Delebecque et F.J. Pansier, Contrat et quasi-contrat, 2^{ème} éd, Litec, 2002, n°189 : " la cause peut expliquer des mécanismes tels que la résolution ou la théorie des risques ".

Malgré la complexité de cette théorie¹²² et les exceptions qui en limitent la portée, ce qui importe finalement c'est de prendre en compte les effets inévitables de la disparition de l'objet et corrélativement de la cause en cours d'exécution des contrats. Puisque la théorie des risques est appelée à jouer automatiquement car la résolution ou la résiliation du contrat intervient de plein droit dès qu'est survenu le fait qualifié de force majeure, on peut arriver à assurer le contrôle des contrats sans recours au juge. C'est tenir compte par conséquent des réticences du droit positif à l'immixtion du juge dans les contrats¹²³. Cette théorie peut aboutir en cas d'impossibilité partielle à une libération partielle du débiteur de l'inexécution c'est-à-dire concrètement à une réduction proportionnelle de ses obligations. Or, les causalistes ont toujours admis que l'on peut sanctionner uniquement la disparition partielle de cause¹²⁴ et l'avenir semble être favorable à un plus grand recours à l'absence partielle de cause¹²⁵.

Mais, si la cause est ainsi admise comme fondement de la théorie des risques, il en résultera la nécessité de l'étendre aux hypothèses d'inexécution autres que la force majeure ce qui n'est pas fondamentalement contradictoire. S'il est vrai que la théorie des risques suppose l'inexécution du contrat, il est en revanche excessif de la rattacher à la résolution telle qu'organisée par l'article 1184¹²⁶.

56. La résolution judiciaire permet au créancier de l'obligation inexécutée d'obtenir son anéantissement. Comme son nom l'indique, elle a un caractère judiciaire et suppose par conséquent l'intervention nécessaire du juge qui dispose d'un pouvoir d'appréciation et peut même au lieu de prononcer la résolution accorder des délais de grâce ou des dommages-intérêts. De plus la résolution du contrat ne peut être exigée que par le créancier de l'obligation inexécutée qui dispose par ailleurs de la possibilité d'invoquer l'exception d'inexécution ou l'exécution forcée en nature ou par équivalent contrairement à la théorie des risques qui peut être invoquée par chacune des parties. La résolution judiciaire peut jouer dans

¹²² Malgré les efforts de la doctrine d'en faire une présentation simplifiée, Voir par ex. C. Radé, Pour une approche renouvelée de la théorie des risques, Petites affiches, 7 juillet 1995, p.26.

¹²³ Même si en cas de litige sur le principe ou sur l'étendue du risque, le juge aurait à intervenir. Son rôle ici, est bien limité (J. Carbonnier, Obligations, préc., n°191, p.335).

¹²⁴ Dans l'arrêt de 1891 précité, l'inexécution était simplement partielle.

¹²⁵ R. Marty, De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son rôle dans les contrats à titre onéreux, Thèse, Paris II, 1995 cité par S. Le Gac-Pech, n°1181, note 2.

¹²⁶ C. Radé, Pour une approche renouvelée de la théorie des risques, préc., n°11. et sv.

certaines contrats unilatéraux de même que certains contrats synallagmatiques y échappent alors que la cause ne pourra être invoquée que dans les contrats synallagmatiques mais dans tous les contrats synallagmatiques. L'éloignement de la résolution judiciaire de la théorie des risques est réel¹²⁷. La cause ne peut être le fondement de la résolution judiciaire comme certains l'ont prétendu¹²⁸. L'idée de réparation ou d'intention présumée semble à notre avis suffisante. Par contre, la reconnaissance de la cause comme fondement de la théorie des risques permet que le contrat soit résolu automatiquement dès qu'est constatée la disparition de la cause. De même, cette disparition pourra être invoquée par chacune des parties et pas seulement par le créancier¹²⁹.

2. Contrôle du contrat et imprévision

57. La reconnaissance d'une spécificité des questions liées à l'exécution des contrats de longue durée fait par ailleurs et inévitablement penser à la théorie de l'imprévision. Les termes du débat sur la question de la révision pour imprévision sont connus. Il y a imprévision toutes les fois que des circonstances économiques imprévues, postérieures à la conclusion du contrat rendent son exécution extrêmement difficile ou plus onéreuse¹³⁰. Dans ce cas, le contrat doit-il continuer à être exécuté dans ses termes initiaux au détriment de l'une des parties ou peut-il faire l'objet d'une adaptation en terme de révision voire de résiliation ? Si le contrat doit être maintenu c'est que l'on donne la priorité à sa force obligatoire. Par contre, admettre l'adaptation du contrat c'est conférer au juge des pouvoirs sur le contrat. La jurisprudence de la Cour de cassation est dans le sens d'un refus de toute modification.

¹²⁷ Il tient aussi à ce que l'action en résolution est ouverte à d'autres personnes (subrogé, sous-acquéreur, caution, etc.) que les contractants pourtant l'inexécution liée à la survenance d'un risque devrait être invoquée seulement par les cocontractants.

¹²⁸ F. Terré, préc., n°628, A. Cermolacce, Cause et exécution du contrat, LGDJ, 2001, n°121 et sv.

¹²⁹ Même si certains auteurs pensent que rien n'empêche d'étendre l'article 1184 C.Civ. à d'autres cas d'inexécution comme ceux résultant de la force majeure. V. en ce sens, C. Radé, Pour une approche renouvelée de la théorie des risques, Petites affiches, 7 juil. 1995, p.28.

¹³⁰ Sur cette théorie en général, voir par ex. J. Flour et al., préc., n°404 et sv. ; F. Terré et al., préc., n°441 et sv. ; J. Ghestin et al., Les effets du contrat, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 2001, n°290 et sv.

La théorie de l'imprévision reflète encore le clivage formation et exécution du contrat car on continue à l'opposer en ce qu'elle affecte l'exécution du contrat¹³¹ à la lésion qui ne concernerait que sa formation¹³². Or, il apparaît que l'impératif de contrôle des éléments du contrat justifié par des raisons d'équilibre et d'utilité doit se situer dans une perspective intemporelle. Le domaine de l'imprévision en ce qu'il prend en compte les bouleversements d'ordre économique et financier est suffisamment large¹³³ pour englober les modifications subies par le contrat et particulièrement l'objet du contrat. Il y aurait donc une contradiction au moins apparente à admettre le traitement juridique des modifications de l'objet du contrat dans un système qui ne reconnaît pas la révision pour imprévision en dehors de quelques exceptions légales. Sous le couvert d'une prise en compte de la modification de l'objet dans les contrats, des arrêts récents rendus par la haute juridiction permettent de se demander si indirectement on n'aboutit pas à une admission de l'imprévision¹³⁴. Par ailleurs, elle a admis il y a quelques années déjà, que le contrat pouvait être révisé lorsqu'il est partiellement dépourvu d'objet¹³⁵ et plus largement qu'il pouvait être modifié en cours d'exécution¹³⁶.

58. Le contrôle de l'objet partage avec l'imprévision le fait de ne concerner que les contrats successifs pour lesquels il y a un décalage entre la formation et l'exécution. Il y a également en commun la diversité des sanctions car il ressort des quelques exemples légaux ou jurisprudentiels d'admission de l'imprévision que suivant les cas, il est procédé à une révision proprement dite, mais parfois aussi à une résiliation du contrat assorti ou non de

¹³¹C. Jamin, *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat*, préc., p.48 : " la révision postule un contrat valablement formé, dont les circonstances autorisent qu'il soit modifié au cours de son exécution sans pour autant que cette modification, qui n'engendre pas un nouveau contrat, soit le fruit d'un texte spécifique ou d'un accord entre les parties ".

¹³² Voir cependant pour une démonstration dans le sens d'un rapprochement entre les deux notions, S. Le Gac-Pech, thèse préc., p.317 et sv.

¹³³ Même s'il faut préciser que l'imprévision met uniquement l'accent sur les conséquences économiques de la modification des éléments du contrat alors qu'on peut bien admettre que l'influence du temps ne rend pas toujours l'exécution plus onéreuse mais en affecte néanmoins le bon déroulement (Un auteur a parlé à ce propos de " l'influence des facteurs sociaux sur le sort du contrat ", C. Radé, art. préc., note 94, p. 33).

¹³⁴ Ex. arrêt Huard du 03 nov. 1992, JCP 1993, II, 22164, note G. Virrassamy, R.T.D.Civ. 1993, p.124, obs. J. Mestre.

¹³⁵ Soc. 17 juin 1981, Bull. civ. V, n°568, p.426 ; J. Ghestin, et al., préc. : " Finalement, la Cour de cassation ne se contredit pas lorsqu'elle refuse d'admettre la révision pour imprévision mais accepte d'adapter le contrat en raison de la perte partielle de la cause ou de l'objet ".

¹³⁶ Civ. 20 nov. 1950, Bull. Civ. 1950, I, p.182, Gaz. Pal. 1951, I, 132 (transformation des obligations du bail à nourriture en rente); Dijon, 17 février 1971, D. 1971, 371.

dommages-intérêts. C'est également vers une large possibilité de solutions pour le juge saisi que doit aboutir le contrôle de la disparition ou de la modification de l'objet du contrat même s'il faut rechercher autant que possible son maintien.

59. L'admission d'un contrôle plus accru de l'objet et partant de tout le contrat pourrait donc augurer d'une reconnaissance de la révision du contrat pour imprévision suggérée par les auteurs¹³⁷ et déjà admise dans certains pays. Certes restera toujours en suspens la question du fondement théorique de cette révision mais il s'agit là d'un autre débat. On pourrait aussi débattre et les arguments ne manqueraient pas, de savoir si seules des raisons économiques justifient une plus grande recherche d'équilibre et d'utilité du contrat. N'y a-t-il pas derrière cette apparente adaptation du contrat aux fluctuations économiques une sorte de moralisation voulue du contrat dont on souhaite une meilleure traduction dans les techniques même si elles n'y ont jamais été absentes ? C'est comme si l'ombre d'une certaine justice poursuivait inlassablement le contrat et les contractants.

60. En définitive, il apparaît que la distinction formation et exécution du contrat suggérée quelque peu par le code civil peut être admise si l'on voit le contrat comme un mécanisme dont on peut décomposer les différentes phases, les différentes étapes. Des efforts ont été faits pour systématiser cette distinction en restant dans cette logique du contrat pris comme structure mais elle semble difficile à systématiser et sa fragilité est certaine. Cette apparente fragilité traduit en réalité autre chose. C'est que le contrat n'est pas et n'est plus seulement un mécanisme ; il ne vaut de plus en plus que par sa finalité, son utilité pour les contractants. Ceci commande des adaptations constantes qui elles ne sauraient s'accommoder d'un constat clivage dans le contrat.

¹³⁷ Entre autres, D. Tallon, La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents de la pratique in Etudes à la mémoire d'A. Sayag, Litec, 1997, p. 403 ; D. Mazeaud, Loyauté, fraternité, solidarité, op. cit., p.624 et sv.