

LA RECHERCHE DE LA PERENNITE CONTRACTUELLE PAR LES PARTIES

466. Si les parties cherchent fréquemment à inscrire leur relation dans la durée, elles se heurtent souvent au principe d'immutabilité attaché à une lecture stricte de la force obligatoire du contrat (Section 1). Aussi la pérennité contractuelle commande-t-elle de faciliter l'adaptation du contrat à son environnement et à infléchir le principe d'immutabilité contractuelle (Section 2).

SECTION 1 L'INADAPTATION DU PRINCIPE D'IMMUTABILITE CONTRACTUELLE A L'OBJECTIF DE PERENNITE CONTRACTUELLE

467. A l'épreuve du temps (§1) et de la diversité des intérêts (§2), le principe d'immutabilité contractuelle permet difficilement de garantir l'efficacité durable du contrat.

§1 L'IMMUTABILITE DU CONTRAT A L'EPREUVE DU TEMPS

468. En raison de l'imprévision qu'il introduit dans le contrat, le temps exerce une influence sur sa stabilité (A). Si l'on peut le regretter, il faut néanmoins convenir que ce facteur d'instabilité résulte de l'indifférence dont la durée du contrat a été l'objet lors de la rédaction du Code civil (B).

A- L'INFLUENCE DU TEMPS

469. La conception volontariste du temps. La consécration du principe d'immutabilité contractuelle est d'abord à mettre en relation avec la perception du temps que les volontaristes ont. A les suivre, le temps est linéaire et homogène et, par suite, sans influence sur le contrat¹⁷³⁸.

¹⁷³⁸ A.-S. Lavefve Laborderie, th. préc., n° 288, p. 169 : « Dans la théorie classique, le contrat, une fois formé, n'a aucune raison d'être déstabilisé par le temps puisque ce dernier reste le même » et n° 303, p. 177 : « la lecture volontariste du contrat appréhende la durée comme un écoulement continu et paisible du temps contractuel » ; en ce sens, v. R. Fabre, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ.* 1983, p. 1, spéc. 2. Le législateur avait certes prévu en 1804 l'hypothèse de la force majeure. Toutefois, ses trois critères à l'origine cumulatifs et l'appréciation traditionnelle restrictive qu'en faisait la jurisprudence l'érigeaient en véritable arlésienne. V. H. Capitant, « Les effets des obligations », *RTD civ.* 1932, p. 721, spéc. p. 723.

470. La prise en compte de l'évolution des circonstances. En effet, loin d'être statique, le temps est influent¹⁷³⁹ et il ne peut être traversé en toute quiétude¹⁷⁴⁰. En effet, si le temps contribue à consolider la relation entre les parties¹⁷⁴¹, il perturbe également la stabilité d'un contrat¹⁷⁴² qui ne peut prétendre résister à l'évolution des circonstances économiques, sociales, politiques, monétaires, commerciales, technologiques¹⁷⁴³ et légales¹⁷⁴⁴.

471. L'impossible présentation contractuelle¹⁷⁴⁵. Or, puisque les volontaristes considèrent les parties aptes à maîtriser le temps, celles-ci sont tenues de fixer définitivement le contenu obligationnel de leur contrat dès l'échange des consentements. Or, dès lors que l'on prend conscience de l'influence conséquente exercée par le temps sur le contrat, il n'est plus possible de concevoir que les parties puissent enfermer « *dans leurs stipulations, tout l'avenir de leur relation contractuelle* »¹⁷⁴⁶. Parce que « *le futur gagé n'est pas nécessairement un futur*

¹⁷³⁹ A.-S. Lavefve Laborderie, th. préc., n° 345, p. 196-197 et n° 303, p. 177 : « *le phénomène contractuel prouve l'existence d'une durée souple et discontinue du temps contractuel* » ; P. Hebraud, « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », in *Mél. P. Kayser*, T. 2, PUAM, 1979, p. 1, spéc. p. 3 ; R. Fabre, Les clauses d'adaptation dans les contrats, RTD civ. 1983, p. 1, spéc. p. 2.

¹⁷⁴⁰ En ce sens, v. A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, art. préc., n° 125 : « *Tout contrat ne peut s'exécuter in abstracto ; il s'insère obligatoirement dans un contexte social, économique et temporel. Comme toute personne, les parties subissent les affres du temps qui, selon les cas, rendront l'exécution de leurs obligations plus aisée ou, au contraire, plus difficile voire impossible* ».

¹⁷⁴¹ Y. Guenzoui, th. préc., n° 293, p. 309 : « *Le temps cimente, solidifie, endurecit toute relation* ».

¹⁷⁴² C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997, p. 357, spéc. p. 359 et s.

¹⁷⁴³ B. Berlioz-Houin, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in *Mél. R. Houin, Le droit des contrats face à l'évolution économique*, 1985, p. 9, spéc. p. 28 : « *Les bouleversements économiques et sociaux, l'internationalisation des activités, ont rendu les contrats encore plus sensibles à l'écoulement du temps* ».

¹⁷⁴⁴ Si le principe demeure celui de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle, le législateur prescrit de plus en plus souvent l'application immédiate de la loi aux contrats en cours. V. I. de Lamberterie, Incidence des changements de circonstances, Rapport français, in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de D. Tallon et D. Harris, 1987, p. 217, spéc. p. 226.

¹⁷⁴⁵ Terme employé par les auteurs américains pour désigner le fait de rendre présents tous les éléments de l'avenir contractuel.

¹⁷⁴⁶ R. Libchaber, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mél. J.-L. Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 211, spéc. p. 226 : « *Les parties ne sont pas si douées qu'elles soient capables de former des stipulations qui résistent à la durée : le contrat épuise ses forces avec le temps. D'où l'exigence de remises à niveau périodiques, protégeant le contrat contre une sclérose due aux circonstances de sa naissance* » ; D. Mazeaud, « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Mél. P. Jestaz, Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 371, spéc. p. 396 : « *C'est surestimer la rationalité des contractants que d'affirmer, sous la forme d'une pétition de principe, qu'ils sont capables, au jour de la conclusion de leur contrat, d'anticiper et d'apprécier les évolutions futures de l'environnement de leur relation* » ; I. de Lamberterie et J. Bell, « Incidence des changements de circonstances, Sommaire de la discussion », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de D. Tallon et D. Harris, 1987, p. 261, spéc. 262 ; P. Hebraud, art. préc., spéc. p. 31 ; en ce sens, v. J. Rochfeld, « Les modes temporels d'exécution du contrat », RDC 2004, p. 47, spéc. p. 63 ; A.-S. Lavefve Laborderie, *La pérennité contractuelle*, LGDJ, 2005, préf. C. Thibierge, n° 358, p. 202 : « *La*

garanti »¹⁷⁴⁷, le contrat ne peut plus prétendre être un véritable « *instrument de maîtrise du futur* »¹⁷⁴⁸.

472. La reconnaissance de l'incomplétude du contrat. En conséquence, l'adaptation du contrat aux évolutions qui le traversent commande de permettre aux parties de le compléter afin de lui permettre de continuer à produire durablement ses effets juridiques. Puisque l'écoulement du temps rend vaine toute tentative d'appropriation du futur, les parties doivent pouvoir procéder à sa réécriture progressive. Autrement dit, parce que le principe d'immutabilité « *immobilise toute perspective d'évolution* »¹⁷⁴⁹, il doit être remis en cause au nom d'une certaine incomplétude du contrat. Les parties ont d'ailleurs bien conscience de leur incapacité à maîtriser *ab initio* l'évolution future. Preuve en est l'accroissement des clauses d'adaptation dans les contrats de durée, telles les clauses de force majeure, de hardship ou encore d'indexation¹⁷⁵⁰. Toutefois, si de telles clauses permettent effectivement d'anticiper les risques liés à l'évolution de certaines circonstances¹⁷⁵¹, elles ne sont pas pour autant totalement satisfaisantes. D'abord, s'agissant des clauses automatiques, telles les clauses d'indexation ou les clauses-recettes, leur domaine est restreint¹⁷⁵². Ensuite, s'agissant des clauses de hardship, elles requièrent des parties de « *prodigieuses qualités d'anticipation* »¹⁷⁵³ pour pouvoir prévoir un nombre important

prise en compte d'un temps influent sur le contrat permet de nuancer le rôle traditionnellement conféré à la volonté dans les contrats de longue durée ».

¹⁷⁴⁷ F. Ost, « Temps et contrat, critique du pacte faustien », in *La relativité du contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, LGDJ, 1999, p. 137, spéc. p. 147.

¹⁷⁴⁸ F. Ost, art. préc., spéc. p. 146 ; R. Libchaber, art. préc., spéc. p. 218 : « *le contrat classique est moins un acte de prévision qu'une tentative désespérée de conservation* » ; A. Sériaux, « Le futur contractuel », in *Le droit et la futur*, III^e colloque de l'Association française de philosophie du droit, PUF, 1985, p. 77, spéc. p. 85.

¹⁷⁴⁹ A.-S. Lavefve Laborderie, th. préc., n° 253, p. 153.

¹⁷⁵⁰ Pour une étude détaillée de ces différentes clauses, v. A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, art. préc., n° 153 et s. Parmi les clauses de révision (terme pris *lato sensu*), se trouvent les clauses d'adaptation automatique, les clauses d'adaptation de la concurrence, d'adaptation à la hausse des prix, d'indexation, d'échelle mobile pour les baux commerciaux, de benchmarking, de hardship ; sur l'exposé de ces clauses, v. également B. Oppetit, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship », *Clunet*, 1974, p. 794 ; B. Fauvarque -Cosson, « Le changement des circonstances », in *Durées et Contrats*, RDC 2004, p. 73 ; S. Crespy, La modification de la loi contractuelle, 2000, in *Lamy Droit du contrat*, n° 350, spéc. n° 350-75 et s. ; I. de Lamberterie, « Incidence des changements de circonstances », « Rapport français », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de D. Tallon et D. Harris, 1987, p. 217, spéc. p. 219 et s. ; P. Fouchard, « L'adaptation des contrats à la conjoncture économique », *Rev. arbitrage* 1979, p. 67 ; R. Fabre, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ.* 1983, p. 1.

¹⁷⁵¹ J.-M. Mousseron, « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.* 1988, p. 481.

¹⁷⁵² G. Piette, *La correction du contrat*, PUAM, 2004, préf. M. Menjucq, n° 295, p. 162.

¹⁷⁵³ G. Piette, th. préc., n° 299 et s., p. 164 et s. ; en ce sens, v. M. Mekki, « Hardship et révision des contrats », *JCP G* 2010, p. 2291, spéc. p. 2297 : « *ces stipulations sont devenues des clauses de style dans les contrats* ».

d'évolutions et faire montre de suffisamment de précision pour éviter tout contentieux relatif à leur future mise en œuvre¹⁷⁵⁴.

L'on prend d'autant plus conscience de la nécessité de remettre en cause le principe d'immutabilité que les contrats durables s'accroissent.

B- LA DURÉE DU CONTRAT

473. Récemment pris en considération par le droit privé (1), les contrats durables présentent des spécificités qui rejaillissent nécessairement sur leur régime juridique (2).

1- La prise en compte récente des contrats durables par le droit privé

474. L'ignorance traditionnelle des contrats durables. Traditionnellement, la formation et l'extinction du contrat se conçoivent de manière concomitante¹⁷⁵⁵. Le contrat n'entretient qu'un rapport très restreint avec le temps. A peine a-t-il pris effet que le contrat s'évanouit déjà¹⁷⁵⁶. Il n'apparaît, par suite, pas étonnant que les classifications fondées sur la durée soient absentes du Code civil¹⁷⁵⁷. Les législateurs ne se sont guère préoccupés d'élaborer une

internationaux. Cependant leur rédaction est délicate et le réflexe contractuel n'est pas toujours réel en droit interne ni même possible lorsque les parties ne sont pas sur un pied d'égalité ».

¹⁷⁵⁴ Plus le contrat dure, plus il devient difficile d'anticiper les événements futurs. V. H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE* 2001, p. 339, spéc. p. 352 ; J. Bell, « Incidence des changements de circonstances », « Rapport anglais », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de D. Tallon et D. Harris, 1987, p. 233, spéc. p. 236 ; I. de Lamberterie, « Incidence des changements de circonstances », « Rapport français », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de D. Tallon et D. Harris, 1987, p. 217, spéc. p. 218.

¹⁷⁵⁵ M. Fontaine, « Les contrats internationaux à long terme », in *Mél. R. Houin, Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz, 1985, p. 263, spéc. p. 264 ; N. Vignal, « La vie du lien contractuel », in *Lamy droit civil, droit des contrats*, 1999, n° 405-4 : « à l'heure de la codification napoléonienne, étaient essentiellement conclus des contrats simples, rapidement exécutés » ; R. Demogue, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD civ.* 1907, p. 245, spéc. p. 246 et p. 262.

¹⁷⁵⁶ J.-B. Seube, « La relativité de la distinction des contrats organisation et des contrats échange », in *Société et contrat, Journ. soc.* 2008, p. 38, spéc. p. 40 : dans la conception classique « par une sorte de coup de foudre contractuel, le contrat produit tous ses effets dès sa formation, même si ces effets ne s'inscrivent pas immédiatement dans la vie juridique. La durée n'y est évidemment pas ignorée, mais elle est absorbée dans l'instant de la formation du contrat ».

¹⁷⁵⁷ A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, *Fasc. 70 : Durée dans les contrats*, in *J.-Cl. Contrats-Distribution*, 2007, n° 4 ; M. Fontaine, art. préc., spéc. p. 263 ; O. Billard, *Contribution à l'étude de la durée en droit des contrats*, thèse Orléans, 2000, p. 19 : « Les rédacteurs du Code civil n'ont envisagé la durée ni dans la formation du contrat ni dans l'exécution ou l'extinction du contrat si ce n'est de façon parcellaire ou empirique » ; J. Rochfeld, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47, spéc. p. 47 : « Les codificateurs avaient en tête, en effet, les seuls contrats à exécution instantanée. Ils n'ont pas intégré le mode d'exécution temporel du contrat

réglementation générale relative à la durée contractuelle¹⁷⁵⁸. Les références à la durée se révèlent ponctuelles¹⁷⁵⁹ et ne figurent pas parmi les dispositions de droit commun des contrats¹⁷⁶⁰. C'est dire que le « contrat durable » fait traditionnellement figure d'intrus en droit privé¹⁷⁶¹. Il n'est dès lors pas étonnant que la société, présumée de longue durée¹⁷⁶², ait échappé à la qualification contractuelle pour adopter celle d'institution¹⁷⁶³. Alors que le contrat est associé par les volontaristes à la brièveté, l'institution, elle, incarne la durée¹⁷⁶⁴. Une dichotomie s'est ainsi naturellement imposée entre la société et le contrat. Alors que les associés ont vocation à rechercher l'efficacité durable de la société et admettent une adaptation permanente de la société

dans leur préoccupation » ; R. Libchaber, art. préc., spéc. p. 214 : « dans l'esprit du Code, le contrat n'était qu'un lieu de transition, qui permettait de passer de la volonté à l'obligation : c'est pourquoi il était incapable de durer, se limitant à produire sur le champ quelques effets simples » ; I. Pétel-Teyssié, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier I, 1984, n° 3, p. 3 : « l'idée selon laquelle la convention s'inscrit dans la durée n'est pas nécessairement banale ni même classique » ; O. Litty, *Inégalité des parties et durée du contrat, Etude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, 1999, préf. J. Ghestin, n° 6, p. 7.

¹⁷⁵⁸ C.-E. Bucher, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, Etude de droit comparé interne*, Dalloz, 2011, préf. L. Leveneur, n° 463, p. 389 : « la durée n'est pas précisément saisie par le Code civil. Elle n'apparaît que de manière éparpillée à propos de certains contrats ».

¹⁷⁵⁹ Parmi ces dispositions spéciales, l'on peut citer l'article 1910 du Code civil relatif aux rentes viagères qui dispose que « la rente peut être constituée en perpétuel ou en viager », ou l'article 1780 du Code civil relatif au louage d'ouvrage qui dispose que « on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée », ou encore enfin l'article 1758 du Code civil qui détermine les différentes durées des baux à loyer.

¹⁷⁶⁰ F. Bujoli, *La durée du contrat*, thèse Nice-Sophia Antipolis, 2007, n° 2, p. 2.

¹⁷⁶¹ Il n'en est pas de même des contrats administratifs pour lesquels la durée constitue depuis toujours un critère essentiel. V. C.-E. Bucher, th. préc., n° 464, p. 389.

¹⁷⁶² L'affirmation selon laquelle la durée est consubstantielle de la société est banale. V. J. Carbonnier, *Les obligations*, PUF, 2000, n° 138, p. 270 : « Il est des contrats, les plus nombreux, si l'on songe à la multitude des ventes au détail, qui ne laissent aucune trace à la surface du temps, parce qu'ils se concluent et s'exécutent en un instant, sans même qu'on aperçoive derrière eux la traînée de quelque obligation de garantie. A l'opposé, il est des sociétés anonymes qui font vivre parmi nous les contrats, leurs statuts vieux d'un siècle ». La durée permet d'ailleurs de distinguer l'indivision, état temporaire, de la société, situation durable, v. M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20^e éd., LGDJ, 2011, n° 1056-13.

Par le passé, pourtant, la société n'a pas toujours été associée à la durée, v. J.-P. Delville, G. Guiheux, M. Herail, T. Noel, L. Nurit, E. Richard, *Droit des affaires, Questions actuelles et perspectives historiques*, sous la dir. de E. Richard, Presses Universitaires de Rennes, 2005, p. 438 « comme la plupart des sociétaires de notre ancien droit, les romains considéraient la société comme quelque chose d'essentiellement momentané, qui n'a le plus souvent pour but la réalisation rapide d'une opération le plus souvent unique ». Au demeurant, si la durée caractérise la plupart du temps la société, elle ne fait cependant pas partie de son essence. Preuve en est que certaines sociétés, telles les sociétés de construction et les sociétés en participation, ne sont créées que pour une opération déterminée et ne sont donc pas vouées à durer, v. Y. Guyon, « La situation des associés dans les sociétés de construction », *JCP G* 1962, I, 1735 ; J.-F. Hamelin, *Le contrat-alliance*, Economica, 2012, préf. N. Molfessis.

¹⁷⁶³ R. Libchaber, art. préc., spéc. p. 224 : pour les contrats « dont la longue durée était le régime naturel, société ou contrats de mariage... leur aspect contractuel a été réduit par l'analyse juridique, au profit d'une conception figée ; le libre choix des clauses a laissé place à un statut établi par la loi, dans lequel la volonté individuelle se bornait à faire entrer les parties. Derrière cette institutionnalisation, c'est tout un discours qui se découvre : les contrats sont par nature précaires ; s'ils doivent durer pour accompagner une vie, et parfois davantage, c'est qu'ils ne sont pas des contrats, mais des statuts ».

¹⁷⁶⁴ J.-A. Broderick, « La notion d'institution de M. Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français », *Archives de Philosophie du Droit* 1968, p. 143 et s.

à l'évolution de circonstances exogènes, les contractants sont traditionnellement présumés s'engager dans une aventure éphémère et censés s'accommoder du principe d'immutabilité contractuelle¹⁷⁶⁵. En réalité, si les volontaristes n'envisagent pas que les parties puissent durablement se lier, c'est parce qu'ils perçoivent le contrat comme le creuset d'intérêts opposés qui empêchent la relation de perdurer¹⁷⁶⁶.

Partant, dès lors que l'on prend conscience que le contrat, comme la société, est susceptible de poursuivre un véritable intérêt commun, il devient possible de l'inscrire dans la durée¹⁷⁶⁷.

2- Les spécificités du contrat durable

475. La caractérisation des spécificités du contrat durable et, par suite, de son régime juridique s'est faite progressivement à travers le contrat successif (a), puis relationnel (b).

a- Le contrat successif

476. **Présentation.** Pour pallier les lacunes du législateur, les auteurs ont d'abord eu recours à la notion de contrat à exécution successive¹⁷⁶⁸ ou contrat successif¹⁷⁶⁹ pour désigner

¹⁷⁶⁵ H. Lechner, *Les droits propres des actionnaires*, thèse Nancy, 1932, p. 16 ; T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc.* 2008, p. 53, spéc. p. 75.

¹⁷⁶⁶ En ce sens, v. Libchaber, art. préc., spéc. p. 222 : « Cette conception élémentaire d'un contrat immédiat producteur de ses effets, sans autre destinée, se comprenait assez bien par le postulat du Code concernant les positions respectives des parties. Ce modèle repose sur un antagonisme de principe : chacune a ce que l'autre veut, et l'âme du contrat tient toute dans une substitution pacificatrice, assouvissant leurs désirs. Or cet antagonisme marqué n'est pas de nature à permettre l'établissement d'une relation stabilisée dans le temps, qui supposerait des objectifs renouvelés, et donc un accord de fond entre les parties pour l'actualiser périodiquement » et p. 214 : « Ce contrat géométrique est de moins en moins le nôtre : deux siècles d'évolution l'ont compliqué, étoffé, lui ont donné une substance qui empêche d'en réduire le fonctionnement à quelque chose d'élémentaire. D'où le sentiment d'un contrat durable, aux effets protéiformes secrétés au fil du temps » ;

¹⁷⁶⁷ A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, *Fasc. 70 : Durée dans les contrats*, in *J-Cl. Contrats-Distribution* 2007, n° 2 et n° 130 ; J. Rochfeld, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47, spéc. p. 48 : « La durée insérée dans l'exécution du contrat occupe aujourd'hui une place non négligeable » et p. 49-50 : « la pratique contractuelle actuelle se caractérise par un allongement de la durée d'exécution des contrats et la multiplication des diverses formes de contrat durable » ; N. Vignal, « La vie du lien contractuel », in *Lamy droit civil, droit des contrats*, 1999, n° 405-4 ; C. Ménard, « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste », in *Mél. Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 661, spéc. p. 667 ; C. Witz, « Force obligatoire et durée du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la dir. de P. Remy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 175 ; J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 49 et 50 : « la pratique contractuelle actuelle se caractérise par un allongement de la durée d'exécution des contrats et la multiplication des diverses formes de contrat durable » ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, vol. 1 *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2012, p. 521.

celui dont « les obligations d'au moins un des contractants doivent s'exécuter par des prestations échelonnées dans le temps ». Celui-ci s'oppose au contrat à exécution instantanée « susceptible d'être exécuté par des prestations uniques, non répétées ou en un seul trait de temps »¹⁷⁷⁰. Le fait que la période d'exécution se trouve différée n'empêche pas la qualification de contrat à exécution instantanée. Seul importe que le contrat puisse être exécuté de manière instantanée¹⁷⁷¹.

477. Intérêt de la distinction. La distinction entre contrat à exécution instantanée et contrat à exécution successive a été instituée pour rendre compte des effets de la durée du contrat sur son extinction. Seul le contrat à exécution instantanée pourrait être anéanti rétroactivement. S'agissant du contrat à exécution successive, l'anéantissement ne jouerait nécessairement que pour l'avenir.

478. Appréciation critique. Bien que devenue familière en jurisprudence et en doctrine¹⁷⁷², des remarques ont été émises sur la pertinence même de la distinction.

En premier lieu, l'exécution, à proprement parler, instantanée d'un contrat relève davantage de la fiction que de la réalité¹⁷⁷³.

¹⁷⁶⁸ Cette distinction fondée sur la durée est ignorée des auteurs du XIX^{ème} siècle. V. J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 47.

¹⁷⁶⁹ G. Brière de l'Isle, « De la notion de contrats successifs », *D.* 1957, chron. p. 153. Pour une critique terminologique du « contrat successif », v. J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 47 : « ce vocable (est) passablement critiqué et critiquable puisqu'il évoque, non le mode d'exécution, mais plusieurs contrats se succédant » ; A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, art. préc., n° 59 : « cette formule succincte est dangereuse car elle pourrait laisser penser qu'un contrat successif n'est qu'une succession de contrats instantanés alors qu'il s'agit d'un contrat unique, en principe, indivisible ».

¹⁷⁷⁰ J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 48.

¹⁷⁷¹ A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, art. préc., n° 58.

¹⁷⁷² Si la distinction n'a pas été reprise par le législateur, elle figure désormais dans tous les manuels et a fait l'objet de nombreuses études doctrinales : J. Azema, *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969 ; A. de Guillenchmidt-Guignot, *La distinction des contrats à exécution instantanée et des contrats à exécution successive*, thèse Paris II, 2007 ; G. Brière de l'Isle, art. préc. ; M. Picq, *La distinction entre contrats à exécution successive et contrats à exécution instantanée*, thèse Grenoble, 1994 ; M. Corenblit, *Critique de la distinction entre contrats à exécution instantanée et contrats à exécution successive au point de vue de l'application des articles 1183 et 1184 du Code civil*, thèse Grenoble, 1940.

¹⁷⁷³ En ce sens, v. A. Sériaux, « Le futur contractuel », in *Le droit et la futur*, III^e colloque de l'Association française de philosophie du droit, PUF, 1985, p. 77, spéc. p. 78 : « la catégorie des contrats instantanés est philosophiquement vide de sens... Le contrat de vente peut bien se former dès l'échange des consentements, il n'en demeure pas moins que la mutation qu'il entend opérer se réalise progressivement » ; J. Rochfeld, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47, spéc. p. 51 : « dans la majorité des cas, cette dernière (l'exécution) prend une épaisseur plus ou moins importante dans le temps » ; R. Fabre, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ.* 1983, p. 1, spéc. p. 2.

En deuxième lieu, si la notion de contrat à exécution successive permet de prendre en considération les contrats dont l'exécution est continue, elle ne permet cependant pas d'appréhender les contrats dont l'exécution s'échelonne dans le temps¹⁷⁷⁴. Les contrats, tels les contrats d'abonnement ou de fourniture feraient partie d'une troisième catégorie¹⁷⁷⁵, les contrats à exécution échelonnée ou fractionnée¹⁷⁷⁶, remettant ainsi en cause la bilatéralité de la distinction¹⁷⁷⁷.

En troisième lieu, l'affirmation selon laquelle la rétroactivité serait inconcevable pour les contrats successifs doit être relativisée¹⁷⁷⁸. En effet, les restitutions consécutives à l'anéantissement de tels contrats peuvent s'exécuter en valeur. A l'inverse, il peut être opportun d'admettre la résiliation d'un contrat à exécution instantanée lorsque ses effets ont été repoussés à une date éloignée de sa formation et que l'évolution des circonstances rend très délicate la remise des parties dans l'état antérieur à la conclusion du contrat¹⁷⁷⁹. Plus encore, certains ont souligné, avec pertinence, que l'anéantissement non rétroactif du contrat n'était pas conditionné par son caractère successif mais par son caractère divisible.

En quatrième et dernier lieu, la distinction litigieuse peut avoir l'effet pervers de concentrer les débats relatifs aux contrats successifs aux seules conséquences attachées à leur anéantissement. Se trouvent ainsi éludées toutes les conséquences que la durée du contrat emporte sur son régime juridique¹⁷⁸⁰. La notion de contrat relationnel pourrait cependant permettre de dépasser ces difficultés.

¹⁷⁷⁴ J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 51 et 52 ; R. Libchaber, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mél. J.-L. Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 211, spéc. p. 222-223 : « Cette fondamentale classification... oublie en chemin les contrats dont l'exécution ne se fait pas instantanément, sans que leurs séquences de réalisation soient semblables les unes aux autres. La mise en œuvre d'un programme de grands travaux s'effectue au cours d'une longue période, sans que le contrat puisse être considéré comme successif dans son exécution ».

¹⁷⁷⁵ En ce sens, v. N. Vignal, « La vie du lien contractuel », in *Lamy droit civil, droit des contrats*, 1999, n° 405-31 et 405-34 : en raison de la délimitation floue de ces catégories, l'auteur propose de les abandonner au profit de « la reconnaissance corrélative d'une seule distinction fondée sur l'existence ou non d'un contrat en cours d'exécution ».

¹⁷⁷⁶ M.-L. Cros, « Les contrats à exécution échelonnée », *D.* 1989, chron. p. 49.

¹⁷⁷⁷ Pour certains auteurs, la bilatéralité de la distinction ne serait pas remise en cause. Au vrai, la catégorie des contrats à exécution successive se scinderait en deux sous-catégories : celle des contrats à exécution successive continue et celle des contrats à exécution successive échelonnée ou fractionnée. V. A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, *Fasc. 70 : Durée dans les contrats*, in *J.-Cl. Contrats-Distribution*, 2007, n° 60.

¹⁷⁷⁸ J. Ghestin, « L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive », in *Mél. P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 203.

¹⁷⁷⁹ A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, art. préc., n° 63.

¹⁷⁸⁰ M. Fontaine, « Les contrats internationaux à long terme », in *Mél. R. Houin, Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz, 1985, p. 263, spéc. p. 264 ; C. Coulon, « L'influence de la durée des contrats sur l'évolution des sanctions contractuelles », in *Le renouveau de sanctions contractuelles*, sous la dir. de F. Collart-Dutilleul et

b- Le contrat relationnel

479. Présentation. Née sous la plume du Professeur MacNeil¹⁷⁸¹, la notion de contrat relationnel a été accueillie par la doctrine française¹⁷⁸² pour désigner les contrats voués « à organiser une relation économique durable entre des agents juridiquement autonomes »¹⁷⁸³, lesquels s'opposent aux contrats discrets ou transactionnels¹⁷⁸⁴ dont « l'intensité du rapport est faible » et dont « l'unique but poursuivi par les parties est la réalisation d'un échange ponctuel et isolé »¹⁷⁸⁵. Le contrat relationnel se caractérise donc par la durée¹⁷⁸⁶ et par l'existence d'une véritable relation *inter partes*¹⁷⁸⁷.

480. Intérêt de la distinction. A première vue, la catégorie des contrats relationnels semble dépourvue d'intérêt dans la mesure où elle paraît recouper celle des contrats à exécution successive. En réalité, si tout contrat relationnel est en principe un contrat successif, la réciproque

C. Coulon, *Economica*, 2007, p. 29, spéc. p. 30 ; v. cependant J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, 21^e éd., PUF, 1998, p. 264, n° 141 : l'auteur exploite la notion de contrat successif pour plaider en faveur de la théorie de l'imprévision. Mais, en réalité, cela se justifie par le fait que l'auteur donne comme définition du contrat successif celle habituellement donnée pour le contrat relationnel. Autrement dit, c'est parce que l'auteur assimile quasiment contrat successif et contrat relationnel qu'il s'intéresse aux problèmes d'exécution liés à l'imprévision.

¹⁷⁸¹ I. R. MacNeil, *The Nex social Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*, Yale University Press, 1980, spéc. p. 20 et s.

¹⁷⁸² H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE* 2001, p. 339, spéc. p. 344 : « La catégorie de contrat relationnel n'apparaît pas dans le Code civil. Ce n'est pas non plus une catégorie usuelle de la doctrine française... La notion de contrat relationnel est une invention de la doctrine américaine, en écho aux travaux de certains économistes ».

¹⁷⁸³ H. Bouthinon-Dumas, art. préc., spéc. p. 339 ; en ce sens, v. H. Muir Watt, « Du contrat relationnel, Réponse à François Ost », in *La relativité du contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, LGDJ, 1999, p. 169, spéc. p. 169 : le contrat relationnel « se greffe sur un véritable rapport social et comporte une certaine densité dans le temps ».

¹⁷⁸⁴ Ils sont encore dénommés par certains auteurs « contrats de marché ». V. H. Bouthinon-Dumas, art. préc., spéc. p. 359.

¹⁷⁸⁵ Les définitions données par la doctrine se recoupent. V. Y.-M. Laithier, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, doct. p. 1003, spéc. p. 1004 : « c'est le contrat de l'instant. Les parties ne se connaissent pas nécessairement et, quand bien même elles se rencontreraient pour échanger leurs consentements, elles ne nouent aucun lien psychologique. L'opération contractuelle se ramène à l'échange économique effectué » ; en ce sens, v. H. Muir Watt, art. préc., spéc. p. 169 : le contrat discret se présente comme le contrat « éphémère, qui implique un échange aveugle de prestations et disparaît aussitôt épuisée son utilité immédiate ».

¹⁷⁸⁶ V. par exemple H. Bouthinon-Dumas, art. préc., spéc. p. 358 : « Les contrats relationnels se singularisent par une intégration particulière de la dimension temporelle dans le contrat »

¹⁷⁸⁷ Sur le lien entre durée du contrat et intensité de la relation, v. J. Rochfeld, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47, spéc. p. 61 : « Parce qu'ils lient les parties sur une longue période, ces contrats à long terme sont à même de faire naître une véritable relation entre les parties ».

n'est pas tout à fait exacte¹⁷⁸⁸. Si la durée constitue un élément essentiel du contrat relationnel¹⁷⁸⁹, il n'est pas suffisant. La composante relationnelle est également déterminante de la qualification¹⁷⁹⁰. C'est la densité du lien contractuel qui permet au contrat successif d'endosser la nature de contrat relationnel. Les parties ne contractent pas seulement pour échanger, mais « *pour faire quelque chose ensemble* »¹⁷⁹¹. La notion de contrat relationnel a pour principal intérêt, sinon le seul, d'insister sur l'importance de la relation créée par le contrat¹⁷⁹² et la nécessité, par suite, de la protéger¹⁷⁹³. Que ce soit en raison de l'objet du contrat ou de l'instabilité environnementale politique, économique, monétaire ou technologique, les parties confèrent une valeur considérable à leur relation¹⁷⁹⁴, et considèrent que la pérennité du contrat constitue pour elles un enjeu

¹⁷⁸⁸ En ce sens, v. H. Bouthinon-Dumas, art. préc., spéc. p. 358 : « *La catégorie des contrats relationnels est incluse dans celle des contrats à exécution successive, mais elle n'est pas confondue avec elle. Il existe des contrats à exécution successive qui ne sont pas des contrats relationnels. C'est notamment le cas des contrats de vente à exécution échelonnée. On pourrait dire, en utilisant une conceptualisation bergsonnienne, que les contrats relationnels incorporent la durée et pas seulement le temps* » ; v. cependant J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, 21^e éd., PUF, 1998, p. 264, n° 141 : l'auteur définit le contrat successif comme « *un contrat organisme où les deux intéressés coopèrent à des fins sociales* », autrement dit, il s'identifie à un contrat relationnel.

¹⁷⁸⁹ V. J. Calais-Auloy, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.* 1994, p. 239, spéc. p. 240 : « *La classification du droit de ressemble pas à ces cartes de géographie, sur lesquelles les territoires sont marqués de couleurs différentes et délimités par des frontières nettes. Non seulement les frontières entre les disciplines présentent des zones floues, mais encore plusieurs classifications se superposent les unes aux autres* ».

¹⁷⁹⁰ En ce sens, v. H. Muir Watt, art. préc., spéc. p. 174 : « *il est indiscutable que l'assimilation de la dimension relationnelle à la seule durée du contrat est réductrice. Cette qualification semble renvoyer plutôt à une qualité du lien entre les parties, dont la durée peut certes être un indice, mais qui n'est ni suffisante ni peut être même nécessaire* ».

¹⁷⁹¹ H. Bouthinon-Dumas, art. préc., spéc. p. 359.

¹⁷⁹² J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 50 : la notion de contrat à exécution successive « *ne permet pas d'appréhender le changement de paradigme qu'induit une exécution se déroulant sur une longue durée, c'est-à-dire le changement de modèle, de l'échange à la relation* ».

¹⁷⁹³ Y.-M. Laithier, art. préc., spéc. p. 1007 : « *L'ensemble du régime est orienté vers une finalité, certes cohérente avec la notion de contrat relationnel, mais désormais familière en droit français : la préservation de la relation contractuelle. Rien n'est moins surprenant que cette orientation : la reconnaissance de la relation ne pouvait avoir d'autre but que sa valorisation* » ; H. Bouthinon-Dumas, art. préc., spéc. p. 344 et p. 348 : « *Autant l'achèvement d'un contrat discret peut être synonyme d'extinction satisfactorie des obligations nées de lui, autant la fin d'un contrat relationnel est toujours un événement malheureux, signifiant généralement un échec de la relation entre les parties, donc un échec du contrat. La vocation du contrat relationnel est d'être à durée indéterminée* » et p. 351 : « *La relation est génératrice de valeur pour les deux parties. Elle constitue en elle-même un bien spécifique* ».

¹⁷⁹⁴ M. Fontaine, « Les contrats internationaux à long terme », in Mél. R. Houin, *Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz, 1985, p. 263, spéc. p. 263 : « *Tantôt, c'est l'importance même du travail à accomplir qui appelle de longs délais d'exécution. Ce n'est pas en quelques semaines que l'on construit une aciérie ou que l'on équipe un pays du tiers monde d'un réseau téléphonique. Tantôt, c'est l'insécurité grandissante du monde environnant qui incite les parties à se protéger par des accords durables avec des tiers, qu'il s'agisse par exemple de s'assurer un approvisionnement en matières premières ou en énergie, de recevoir une licence de fabrication ou une concession de distribution, de conclure un accord général de coopération avec d'autres entreprises, ou encore de prévoir des débouchés pour une production* ».

majeur¹⁷⁹⁵. Il ne s'agit donc pas de se préoccuper des seuls points de départ et d'arrivée du contrat, mais de s'intéresser à la période même qui les sépare, la relation contractuelle. En conséquence, les parties n'entendent fixer *ab initio* qu'un cadre qu'elles viendront peu à peu remplir¹⁷⁹⁶. Il s'agit donc essentiellement de se mettre d'accord sur l'objectif contractuel commun lors de l'échange des consentements, et de ne préciser qu'ultérieurement un certain nombre de modalités¹⁷⁹⁷ qui pourront varier au gré de l'évolution des circonstances¹⁷⁹⁸. En définitive, la force obligatoire de l'objectif contractuel commun prime celle des obligations puisque celles-ci lui sont subordonnées. Le contenu du contrat relationnel a donc un caractère hiérarchique qui conditionne l'application de sa force obligatoire.

¹⁷⁹⁵ Y.-M. Laithier, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, doct. p. 1003, spéc. p. 1007 ; M. Fontaine, art. préc., spéc. p. 272 : « Les intérêts économiques en jeu incitent les parties à rechercher toutes les solutions qui permettraient de maintenir le contrat en vie. On ne se résigne pas facilement à la résiliation du contrat lorsque l'usine est à moitié construite, ou lorsque des centaines ou des milliers de kilomètres d'un pipeline placé à grands frais manifestent le plus concrètement possible la permanence que les parties ont voulu donner à leur contrat d'approvisionnement ».

¹⁷⁹⁶ En ce sens, v. H. Muir Watt, art. préc., spéc. p. 173-174 : « Pour les contrats qui se greffent sur une véritable relation entre les parties, l'accord initial de volontés n'est qu'un relais avec l'avenir contractuel. L'incomplétude n'est pas un vice car la convention revêt nécessairement une texture ouverte, le vécu de cette relation dans le temps étant de nature à conférer un caractère évolutif à sa teneur » ; H. Bouthinon-Dumas, art. préc., spéc. p. 348 : « le contrat relationnel est ouvert sur son exécution, car il comporte des lacunes dans sa planification. Par conséquent, c'est un contrat incomplet qui doit être rempli, à la fois par l'exécution qui réalise la promesse originelle, et par l'adjonction d'engagements contractuels destinés à donner vie au contrat relationnel » et p. 353 : « il appartient à la nature même des contrats relationnels d'être adaptés au cours de la vie du contrat » et p. 360 : « on peut dire qu'il s'agit d'un contrat instituant un cadre incomplet et donc ouvert sur l'avenir, visant à organiser au profit des parties une activité durable. Juridiquement, le contrat relationnel se présente comme un contrat contenant une clause prédominante fixant l'objectif que les parties ont voulu s'obliger à faire ensemble. La révision pour imprévision des contrats est concevable parce qu'il s'agit d'adapter la partie instrumentale du contrat pour mieux assurer la pérennité de la relation contractuelle » ; en ce sens, v. J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 63 ; H. Bouthinon-Dumas, art. préc., spéc. p. 339 ; Muir Watt, art. préc., spéc. p. 175. V. également S. Drapier, *Les contrats imparfaits*, PUAM, 2001, préf. G. Goubeaux.

¹⁷⁹⁷ L'analogie peut s'opérer avec le contrat-cadre. Toutefois, à la différence du contrat-cadre, le contrat relationnel n'implique pas la conclusion de contrats ultérieurs. Les révisions s'opèrent au sein du même contrat sans qu'il soit nécessaire de requérir l'accord des deux parties.

¹⁷⁹⁸ M. Trochu, « L'intervention de la notion de temps dans les contrats internationaux à exécution successive », in Mél. Y. Loussouarn, *L'internationalisation du droit*, Dalloz, 1994, p. 377, spéc. p. 380 : « les circonstances peuvent évoluer durant l'exécution du contrat organisée sur plusieurs années : de graves événements politiques frappant un pays peuvent affecter considérablement les courants commerciaux le concernant ; une révolution technologique est susceptible de frapper d'obsolescence les biens, objet de l'accord » ; C.-E. Bucher, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, Etude de droit comparé interne*, Dalloz, 2011, préf. L. Leveneur, n° 469, p. 391 : « La durée insérée dans le contrat rend nécessairement le contrat sensible aux modifications imprévues des circonstances économiques » ; M. Fontaine, art. préc., spéc. p. 270 : « un contrat à long terme est particulièrement vulnérable au changement de circonstances ». Cette idée avait été formulée au début du XX^e siècle par René Demogue, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD civ.* 1907, p. 245, spéc. p. 247 ; H. Bouthinon-Dumas, art. préc., spéc. p. 343 : « les contrats relationnels contiennent structurellement de l'imprévision... (ils sont) une source endogène d'imprévision ».

481. Appréciation critique. Aussi séduisante qu'elle soit, la distinction entre contrat relationnel et contrat discret n'est pas à l'abri de la critique. Plus encore que le contrat successif, le contrat relationnel souffre d'une imprécision notionnelle notoire¹⁷⁹⁹. En effet, pour prétendre constituer une catégorie juridique autonome, le contrat relationnel doit répondre à des critères bien précis que ses défenseurs ont du mal à définir¹⁸⁰⁰. Inadéquats, flous, complexes ou trop nombreux, les critères proposés ne sont pas satisfaisants. En réalité, si aucun critère n'est encore parvenu à créer le consensus, c'est parce que la formule « contrat relationnel » n'est que pléonasme : même plus ou moins relationnel, un contrat demeure toujours relationnel¹⁸⁰¹.

Quoi qu'il en soit et malgré ses imperfections, le contrat relationnel a le mérite de mettre l'accent sur la pérennité à laquelle tout contrat aspire¹⁸⁰² et de déplacer le centre de gravité du contrat vers son exécution¹⁸⁰³. Mieux compris, le contrat s'adapte alors aux circonstances¹⁸⁰⁴ qui en affectent nécessairement l'exécution et parvient à sauvegarder l'intérêt commun des contractants.

¹⁷⁹⁹ Y.-M. Laithier, art. préc., spéc. p. 1004 : « la distinction perd sa force de séduction tant elle est impraticable et évanescence » ; J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 61 et 62 : « en l'absence de critères précis de délimitation, la catégorie s'avérerait plus sociologique ou économique que juridique, de telle sorte que la notion de contrat relationnel, non traduite efficacement en droit, resterait de pur fait ».

¹⁸⁰⁰ Pour une tentative d'identification des critères du contrat relationnel, v. C. Boismain, *Les contrats relationnels*, PUAM, 2005, préf. M. Fabre-Magnan

¹⁸⁰¹ En ce sens, v. Y.-M. Laithier, art. préc., spéc. p. 1005. La critique a également été formulée en droit américain, v. H. Muir Watt, art. préc., spéc. p. 172 et p. 176 : « il me semble que la dimension relationnelle se faisant incontestablement sentir dans toutes sortes de contrat, sans que l'on puisse proposer de celles-ci un critère juridique opérationnel, il faut renoncer à définir un régime dérogatoire propres à certains contrats. C'est un jugement sur le droit des contrats dans son ensemble qui doit être porté ».

¹⁸⁰² Pour une analyse approchante, v. la théorie développée par Maurice Hauriou sur les contrats-institution : M. Hauriou, « L'imprévision et les contrats dominés par les institutions sociales », in *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Publication du Centre de philosophie politique et juridique, 1986 (1926), p. 131-132.

¹⁸⁰³ En ce sens, v. J.-B. Seube, « La relativité de la distinction des contrats organisation et des contrats échange », in *Société et contrat*, Journ. soc. 2008, p. 38, spéc. p. 40 : « Les *opens terms*, les clauses ouvertes, les contrats incomplets montrent que le moment de l'échange initial des consentements n'est plus le centre de gravité du contrat... L'instant où les volontés se sont rencontrées est décisif ; mais tout autant que celui où elles se renouvellent ou se réconcilient pour relancer le projet contractuel » ; H. Bouthinon-Dumas, art. préc., spéc. p. 356 ; R. Libchaber, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mél. J.-L. Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 211, spéc. p. 214, spéc. p. 227 : « le contrat largue les amarres avec le moment de sa formation pour s'admettre processus évolutif, qui ne peut sortir tous ses effets au moment de sa formation ».

¹⁸⁰⁴ En ce sens, v. H. Muir Watt, art. préc., spéc. p. 175-176 : « la relation contractuelle représente une situation complexe et évolutive, autonome par rapport à son acte créateur. Reconnaître cette réalité, c'est admettre qu'il faut faire place à un régime spécifique, caractérisé par sa flexibilité et par le besoin d'assurer l'ajustement constant du contrat non seulement par rapport aux circonstances externes, mais aussi en fonction de son propre vécu ».

482. L'emprise du temps sur le contrat n'est cependant pas la seule cause susceptible d'affecter sa pérennité.

§2 L'IMMUTABILITE DU CONTRAT A L'EPREUVE DE LA DIVERGENCE DES INTERETS

483. Le principe d'immutabilité fait l'objet d'une compréhension restrictive. En effet, si l'article 1134 du Code civil prohibe la mutabilité unilatérale du contrat, il autorise celle intervenue sur décision unanime des parties. Cette dernière exigence est cependant difficile à satisfaire car, si les parties ne sont pas nécessairement dans un rapport antagoniste, elles sont toujours animées d'intérêts divergents. Or, il va de soi que chaque contractant est naturellement amené à privilégier son intérêt et à prôner une modification qui lui profite exclusivement.

Pourtant, si dans les contrats-échange *stricto sensu*, les intérêts des parties sont divergents, il n'en est pas de même dans les contrats porteurs d'un intérêt commun qui se superpose à l'objectif contractuel commun. Chacun poursuivant un intérêt identique, la modification du contrat souhaitée par l'un profite *a priori* à tous.

En partie avérée, l'affirmation doit cependant être relativisée. D'une part, on l'a vu, l'intérêt commun n'empêche pas l'existence d'intérêts partiellement divergents¹⁸⁰⁵. Ni l'objectif commun ni même l'intérêt commun ne réalise une convergence totale des intérêts. D'autre part, l'exigence d'une modification consensuelle se révèle d'autant plus rigoureuse dans des contrats-organisation comme la société que celle-ci est le plus souvent un contrat pluripartite¹⁸⁰⁶. Or, il va sans dire que ce pluralisme rend nécessairement difficile la réunion d'un consensus¹⁸⁰⁷. En effet, outre la difficulté de se mettre d'accord sur la nécessité d'adopter une stratégie nouvelle pour garantir la pérennité de la société, les associés doivent également s'accorder sur les moyens d'y parvenir. Au final, l'unanimité sera là encore difficile à obtenir. La règle unanimiste se révèle d'autant plus exigeante que les parties entretiennent souvent des relations distendues.

¹⁸⁰⁵ V. *supra*, n° 323.

¹⁸⁰⁶ La société anonyme est nécessairement un contrat pluripartite. Le législateur, inspiré du droit anglais, a, en effet, imposé un minimum de sept associés (article L. 225-1 du Code de commerce). Ce nombre minimal exigé fait de plus en plus l'objet de critiques. V. P. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 17^e éd., Dalloz, 2014, n° 297.

¹⁸⁰⁷ J. du Garreau de la Méchenie, *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse Poitiers, 1937, p. 8-9.

484. La prise de conscience de l'ensemble de ces obstacles a progressivement incité législateur et jurisprudence à assouplir le principe d'immutabilité contractuelle.

SECTION 2 LA FLEXIBILITE DU PRINCIPE D'IMMUTABILITE AU SERVICE DE LA PERENNITE CONTRACTUELLE

485. Afin d'infléchir le principe d'immutabilité, législateur et jurisprudence favorisent de plus en plus l'usage de l'unilatéralisme dans l'exécution du contrat (§1) tout en se portant garant de la protection de celui qui le subit (§2).

§1 LA GENERALISATION DE L'UNILATERALISME

486. Traditionnel en droit des sociétés (A), l'unilatéralisme dans l'exécution du contrat tend à se développer en droit commun des contrats (B).

A- L'USAGE TRADITIONNEL DE L'UNILATÉRALISME EN DROIT DES SOCIÉTÉS

487. A partir du moment où l'on analyse la loi de la majorité comme une marque d'unilatéralisme dans l'exécution du contrat de société (1), il convient de justifier sa consécration au regard de l'article 1134 du Code civil (2).

1- L'identification de la majorité à l'unilatéralisme

488. Compréhension de l'unilatéralisme. Dès le XIX^{ème} siècle, le législateur a accepté de faire fléchir le principe d'immutabilité et promu l'unilatéralisme dans le fonctionnement de la société. Il convient cependant d'emblée de s'accorder sur la coloration particulière que revêt cet unilatéralisme sociétaire. Loin de s'entendre *stricto sensu* comme « *l'aptitude d'une personne à créer des effets de droit par l'expression de sa seule volonté* »¹⁸⁰⁸, il doit être compris comme la prérogative offerte à une majorité de prendre seule une décision qui sera ensuite imposée à tous.

¹⁸⁰⁸ L. Aynès, « Rapport introductif », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 3, spéc. p. 3.

Majorité et unilatéralisme ont donc pour point commun de contraindre une ou plusieurs parties à respecter une décision à laquelle elles n'ont pas consenti¹⁸⁰⁹. Aussi la modification unilatérale du contrat de société ne s'entend-elle pas comme « *la modification à l'origine de laquelle on ne trouve qu'une seule partie* »¹⁸¹⁰ mais, négativement, comme la modification à l'origine de laquelle on ne trouve pas toutes les parties. Autrement dit, si l'assimilation de l'unilatéralisme et de la majorité peut être opérée, c'est parce que tous deux s'opposent à la modification unanime et confèrent un pouvoir modificatif à un seul contractant ou à une fraction d'entre eux.

489. Compréhension de la majorité. Ainsi entendu, le pouvoir modificatif sociétaire commande que l'on définisse la notion même de majorité.

En premier lieu, il importe de l'entendre comme une majorité de capital et non une majorité d'individus¹⁸¹¹. Le nombre de voix de chaque associé est en effet calculé en fonction du capital investi¹⁸¹². La précision n'est évidemment pas négligeable puisqu'il n'est pas rare qu'un associé ou qu'une poignée d'associés détienne une majorité de voix dans une société comportant pourtant des milliers d'actionnaires¹⁸¹³.

En deuxième lieu, il convient de déterminer la proportion de voix nécessaires à la prise de décision. Or, à cet égard, le législateur distingue selon l'importance de la décision¹⁸¹⁴. Si une

¹⁸⁰⁹ C. Ruellan, *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, thèse Paris II, 1997, n° 801, p. 590 : « le principe majoritaire, à l'instar de l'unanimité, recèle une autorité formelle qu'il puise dans la force du nombre. De sorte que la décision majoritaire s'impose à tous, même à ceux qui n'y ont pas adhéré par le seul fait que le critère formel déterminé par le nombre est vérifié » ; A. Boquet, « La minorité dans les sociétés de capitaux », *RJC* 1983, p. 121, spéc. p. 121 : « La minorité est en principe, soumise à cette dernière (la majorité) et ne dispose d'aucun pouvoir opposé lui permettant d'engager elle-même le groupement, d'imposer ses vues ou même de résister à la décision prise ». La majorité implique en effet théoriquement que « la volonté exprimée par le plus grand nombre au sein d'un groupe devient la loi des membres de ce groupe » : D. Schmidt, « Exposé introductif », in *La loi de la majorité*, *RJC* n° spécial, novembre 1991, p. 7.

¹⁸¹⁰ Définition de la modification unilatérale donnée par H. Lécuyer, « La modification unilatérale du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 47, spéc. p. 48.

¹⁸¹¹ Y. Guyon, « La société anonyme, une démocratie parfaite », in *Mél. C. Gavalda, propos impertinents de droit des affaires*, Dalloz, 2001, p. 133, spéc. p. 137 : « la société anonyme est une démocratie de capitaux, non de personnes... ». L'exigence d'une majorité de capital pour les sociétés par actions est inscrite à l'article L. 225-122 du Code de commerce.

¹⁸¹² B. Solle, « Le domaine de la loi de la majorité dans les groupements de droit privé », in *La loi de la majorité*, *RJC* n° spécial, 1991, p. 40, spéc. p. 44.

¹⁸¹³ X. Boucobza, « La loi de la majorité dans les sociétés de capitaux », in *Mél. AEDBF-France*, 2001, p. 45, spéc. p. 50 : « Puisque les voix permettant de concourir à la formation de la majorité sont attachés aux titres et non à une personne, un même actionnaire, ou un groupe d'actionnaires, peut détenir à lui seul une majorité ».

¹⁸¹⁴ S. Vaisse, *La loi de la majorité dans les sociétés anonymes, Contribution à l'étude de la nature juridique de la société anonyme*, thèse Paris, 1967, p. 4 : « La majorité peut être simple, relative, absolue, qualifiée ou renforcée » ;

majorité simple suffit s'agissant de l'adoption de décisions ordinaires, une majorité qualifiée est exigée pour adopter des décisions extraordinaires comme celle de modifier les statuts. En effet, pour ces dernières, une majorité des trois quarts est impérativement requise dans les sociétés à responsabilité limitée¹⁸¹⁵ et les sociétés par actions¹⁸¹⁶.

En troisième et dernier lieu, la majorité doit être appréciée au regard des voix « présentes ou représentées ». C'est dire que la décision prise et imposée à tous peut en réalité résulter d'une minorité d'associés. Pour cette raison, le législateur a superposé à l'exigence de majorité une exigence de représentativité dénommée quorum¹⁸¹⁷. Toutefois, afin de limiter les coûts liés aux frais de convocation, le législateur n'a cessé d'abaisser le quorum requis. D'abord fixé à la moitié des actions ayant le droit de vote, sur première convocation, et au quart, sur deuxième convocation, le quorum exigé n'est actuellement que d'un quart, sur première convocation, et d'un cinquième, sur deuxième convocation¹⁸¹⁸. C'est dire s'il l'on se rapproche alors d'une décision unilatérale permettant encore davantage à des associés de se voir imposer une décision qu'ils n'ont pas nécessairement souhaitée.

2- Les justifications pratiques de l'avènement de la modification à la majorité

490. Si le fondement théorique de la loi de la majorité peut être discuté au regard de la méfiance que suscite traditionnellement l'unilatéralisme¹⁸¹⁹, chacun s'accorde à considérer qu'elle doit néanmoins s'imposer. Avec l'avènement de sociétés capitalistes comportant des milliers d'actionnaires, l'unanimité devient une exigence impossible à satisfaire et devient une

B. Solle, art. préc., spéc. p. 46. Elle peut être encore qualitative ou quantitative. V. J. Mestre, « Rapport de synthèse », in *La loi de la majorité*, RJC 1991, n° spécial, p. 138, spéc. p. 139.

¹⁸¹⁵ Article L. 223-30 du Code de commerce.

¹⁸¹⁶ Article L. 225-96 du Code de commerce.

¹⁸¹⁷ M.-C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, préf. A. Viandier, n° 545, p. 226 : « *Le quorum est la quotité d'actions ayant le droit de vote qui doit être présente ou représentée pour qu'une assemblée puisse délibérée valablement* ».

¹⁸¹⁸ Article L. 225-96 du Code de commerce pour les sociétés anonymes et article L. 223-30 du même Code pour les SARL. Ces dispositions sont au demeurant impératives. V. M.-C. Monsallier, th. préc., n° 549 et s., p. 227 et s.

¹⁸¹⁹ L'unilatéralisme est perçu en droit privé comme un « *corps étranger* », « *un phénomène irritant* » : P. Jestaz, « Rapport de synthèse », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 87, spéc. p. 88. Il est en revanche parfaitement intégré en droit public. V. L. Aynès, « Rapport introductif », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 3, spéc. p. 3 et 4.

source d'entrave aux nécessaires évolutions sociétaires¹⁸²⁰. Les associés en ont d'ailleurs rapidement pris conscience puisque, avant même que le législateur n'intervienne pour prescrire la loi de la majorité dans les sociétés de capitaux, ils avaient pris l'habitude d'insérer dans les statuts de ces sociétés une clause autorisant la loi de la majorité à gouverner¹⁸²¹. On le voit, c'est la nécessité de faciliter l'adaptation de la société aux nouvelles circonstances afin de permettre sa pérennité¹⁸²² qui a justifié la dérogation au principe issu de la lecture volontariste de l'article 1134 du Code civil¹⁸²³. Or, dès lors que l'on a pris conscience que de nombreux contrats de droit privé sont également voués à durer et que l'objectif de pérennité n'est donc pas inhérent à la société, il faut admettre qu'une lecture novatrice de l'article 1134 devient le préalable nécessaire à la généralisation de l'unilatéralisme.

B- LE RÉCENT RECOURS A L'UNILATÉRALISME EN DROIT COMMUN DES CONTRATS

491. En raison de sa contrariété avec la théorie contractuelle volontariste, l'unilatéralisme est longtemps demeuré l'apanage du droit des sociétés. Ce n'est que récemment que le droit commun des contrats s'est approprié sa technique. L'acculturation a néanmoins été progressive. La jurisprudence a d'abord admis qu'une partie seule pouvait requérir la renégociation du contrat (1), puis qu'une partie seule pouvait procéder à la fixation d'un élément en cours d'exécution du contrat (2).

¹⁸²⁰ R. Demogue, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD civ.* 1907, p. 245, spéc. p. 281 et s. ; H. Lechner, *Les droits propres des actionnaires*, thèse Nancy, 1932, p. 7-8 ; X. Boucobza, « La loi de la majorité dans les sociétés de capitaux », in *Mél. AEDBF-France*, 2001, p. 45, spéc. p. 45 ; J. Mestre, art. préc., spéc. p. 138 : « si, positivement, lorsque la décision est adoptée, l'unanimité est un immense avantage, elle se révèle paralysante, négativement, lorsqu'une personne exerce son droit de veto. Car, le veto est l'autre versant de l'unanimité ».

¹⁸²¹ G. Ripert, « La loi de la majorité dans le droit privé », in *Mél. N. Sugiyama*, Sirey, 1940, p. 351, spéc. p. 353.

¹⁸²² On retrouve cette idée exprimée en doctrine. V. J. du Garreau de la Méchenie, *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse Poitiers, 1937, p. 8-9 : « La société par actions... est faite pour durer longtemps et elle aura à subir le contrecoup des révolutions économiques. Les fondateurs, certes, essaieront de prévoir les différentes difficultés qui pourront se présenter, mais l'avenir peut toujours réserver de l'imprévu. Comment par exemple, prévoir les transformations techniques qui demain rendront ruineuse l'exploitation jusqu'ici lucrative d'un brevet ? La société doit pouvoir s'adapter aux circonstances économiques ».

¹⁸²³ E. Gaillard, *La société anonyme de demain : la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, thèse Paris, 1933, p. 19 : « La nécessité de réunir l'unanimité des actionnaires rendait pratiquement impossible les modifications des statuts ; jamais les décisions d'une grande société ne parvenaient à réunir l'unanimité. Il y avait toujours des opposants, du moins des absents, voire même des titres égarés, et cependant il fallait pouvoir les modifier pour permettre aux sociétés de vivre, de prospérer ou simplement d'échapper à la ruine » ; D. Schmidt, « Exposé introductif », in *La loi de la majorité*, *RJC* 1991, n° spécial, p. 7, spéc. p. 7.