

Équilibre économique et ingénierie contractuelle

Nawel Ben Sassi

Maître-assistante à la faculté de droit
et des sciences politiques de Sousse
Université de Sousse

*«Le contrat est un théorème dont il faut
trouver une équation équilibrée»⁽¹⁾.*

1. Équilibre économique et justice contractuelle. Dans son éloge de la justice, Aristote parlait d'une vertu au plus haut point, une vertu si parfaite, que ni l'étoile du soir, ni l'étoile du matin ne sont aussi admirables qu'elle⁽²⁾. En s'inscrivant au registre du droit des contrats, la notion perd, certes, de transcendance et de romantisme mais gagne manifestement en terme de rationalité. Se présentant ici dans une acception commutative, la justice incarne un rapport d'équilibre contractuel⁽³⁾.

165

(1) LE GAC-PECH (S.), *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, Paris, 2000, p.39.

(2) ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Livre 5, Trad. TRICOT (J.), éd. Les Échos du Maquis, 2014, p. 107. Il convient de préciser que dans ce passage Aristote décrit la justice «universelle» qui totalise toute les vertus. L'analyse de la justice dans sa connotation juridique figure, quant à elle, dans les passages réservés à la justice particulière basée sur l'égalité. V. pour une étude synthétique sur la question SAINT-ARNAUD (J.), «Les définitions aristotéliennes de la justice: leurs rapports à la notion d'égalité», *Revue Philosophiques*, Vol. 11, n°1, p.157 et s.

(3) V. pour le lien entre la justice commutative et l'équilibre contractuel FIN-LANGER (L.), *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002, p. 3 et 4 et CHAUDOUET (S.), *Le déséquilibre significatif*, LGDJ, 2021, p.4.

L'équilibre qu'on vise ici est celui objectif⁽⁴⁾ : il s'agit de l'équilibre économique interne du contrat⁽⁵⁾ qui se traduit par la règle en vertu de laquelle «le contrat dans sa formation et son exécution doit respecter un équilibre entre les prestations et un équilibre global entre les droits et les obligations des parties et entre les clauses du contrat»⁽⁶⁾. Cet équilibre contractuel doit être apprécié d'une façon globale⁽⁷⁾ qui prend en considération tous les éléments «qui se fédèrent autour de la dynamique économique du contrat»⁽⁸⁾.

Sont ainsi à considérer la dimension quantitative qui mesure l'équivalence entre les prestations, et la dimension qualitative servant à mettre en balance les différentes clauses du contrat⁽⁹⁾.

(4) L'objectivité est prise dans le sens d'une identification de l'équilibre contractuel «par référence au contenu du contrat appréhendé comme un objet économique, et non en s'attachant à la volonté subjective des parties», JACOMINO (F.), *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence*, thèse, Université Côte d'Azur, 2018, p.4.

(5) L'adjectif économique est pris ici dans son sens connotatif qui renvoie à une organisation cohérente des éléments du contrat ou encore de sa matière (FOKOU (É.), «La notion d'économie du contrat en droit français et québécois», *Revue générale de droit*, Vol. 46, n°2, 2016, p. 347-348). Aborder l'équilibre économique du contrat, c'est établir un lien entre le juridique et l'économique. Et autant l'avouer, ce lien ne surprend point, «le droit et l'économie ont une tendance naturelle à converger l'un vers l'autre par la notion d'équilibre» (MALLAVAUX (L.), *La définition de l'équilibre économique des concessions de service public*, Université Jean Moulin (Lyon 3), 2017, p. 13). En plus, comme le notent d'éminents auteurs, le contrat a toujours été le meilleur terrain d'entente entre les juristes et les économistes (SCHWEITZER (S.) et FLOURY (L.), *Droit et économie: un essai d'histoire analytique*, P.U.A.M., 2015, p.187). Le contrat, n'est, au final que «l'expression juridique d'une opération économique» (STOFFEL-MUNCK (PH.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, LGDJ, Paris, 2000, p.332).

(6) THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), «Libres propos sur la transformation du droit des contrats», *RTD civ*, 1997, p.379.

(7) FIN-LANGER (L.), *op. cit.*, p.160.

(8) MARTY (R.), *De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son rôle dans les contrats à titre onéreux*, thèse, Paris II, 1995, n°180.

(9) LE GAC-PECH (S.), *op.cit.*, p.46.

Il importe, par ailleurs, d'examiner cet équilibre dans ses deux aspects statique et dynamique. Le volet statique permettra d'évaluer l'harmonie du contrat à un moment donné alors que celui dynamique servira à assurer cette harmonie tout au long de la relation contractuelle en adaptant le contrat avec son environnement à chaque fois que ça s'avère nécessaire⁽¹⁰⁾.

2. Affirmation croissante de la règle d'équilibre. Deux observations s'imposent pour mieux saisir cette règle d'équilibre, la première se rapporte à la teneur de la règle, tandis que la deuxième se rapporte à sa valeur.

Concernant la teneur de la règle, il convient de préciser que l'affirmation de l'exigence de l'équilibre ne peut aller jusqu'à l'exigence d'une équivalence parfaite entre les termes du rapport contractuel. Même les plus ardents partisans du principe ne souhaitent pas, que l'absence d'une égalité arithmétique stricte entre les prestations puisse entraîner la remise en cause du contrat⁽¹¹⁾. Mais au-delà d'un certain seuil, le déséquilibre qui sera là qualifié de significatif, d'excessif, de manifeste ou de flagrant⁽¹²⁾, la règle d'équilibre intervient pour instaurer une proportionnalité raisonnable dans le rapport

(10) FIN-LANGER (L.), *op. cit.*, p.569.

(11) MAZEAUD (D.), «Le principe de proportionnalité et la formation du contrat», *LPA*, 30 septembre 1998, n°117, p.12.

(12) V. pour une analyse exhaustive de cette notion CHAUDOUET (S.), *op. cit. passim* ; et pour une vue critique V. AMARO (R.), «Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation», *CCC*, 2014, n° 8-9, étude 8 ; CHAGNY (M.), «L'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations», *D.*, 2011, p.392; BEHAR-TOUCHAIS (M.), «Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels: l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce va-t-il devenir "une machine à hacher le droit"?», *RLC*, 2010, n° 23 ; GICQUIAUD (E.), «Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif», *RTD com*, 2014-1, p.278 ; LUCAS DE LEYSSAC (C.) et CHAGNY (M.), «Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique?», *RDC*, 2009- n° 3, p.1268.

contractuel⁽¹³⁾. L'application de la règle d'équilibre exige, ainsi, de réussir un certain balancement «entre équilibre minimal et déséquilibre jugé inacceptable»⁽¹⁴⁾ qui constitue une injustice criante⁽¹⁵⁾, que le droit, de par son objet même, devrait inéluctablement condamner⁽¹⁶⁾.

À propos de la valeur de la règle, l'on ne peut certes, dans ce cadre très restreint, prendre parti dans la controverse se rapportant au qualificatif exact à donner à la règle d'équilibre⁽¹⁷⁾. Mais, au-delà du débat⁽¹⁸⁾, se défile une vérité : qu'il s'agisse d'un «souci» présent chez le législateur et le juge⁽¹⁹⁾, d'un standard au service de la normalité contractuelle⁽²⁰⁾, d'un instrument subversif des paradigmes du droit des contrats⁽²¹⁾, d'un nouveau principe émergent⁽²²⁾, ou d'un

(13) Comme le précise un auteur, la fonction principale de la règle «n'est pas d'introduire l'équilibre, mais de traiter le déséquilibre soit par la création de «bouées» correctrices du déséquilibre, soit en affirmant que par équilibre, il faut entendre déséquilibre restreint ou déséquilibre limité» ; MALLAUX (L.), *op. cit.*, p.13.

(14) CHAUDOUET (S.), *op.cit.*, p.4.

(15) MAZEAUD (D.), *loc. cit.*

(16) V. pour plus de détails sur le lien entre le droit et la lutte contre de déséquilibre, CHAUDOUET (S.), *op. cit.*, p.3 et s.

(17) Pour certains, il ne s'agit pas d'une simple controverse mais d'un état de schizophrénie présent dans pas mal de codes qui d'une part, refusent d'admettre que l'absence d'équivalence des prestations puissent constituer une cause de nullité, et contiennent au même temps plusieurs règles basées sur l'idée de la recherche d'équilibre contractuel. V. LE GAC-PECH (S.), «Le contrôle de l'équilibre contractuel: législation schizophrène ou dispositif équilibré?», *LPA*, n°191, 24 sept. 2015, p.4.

(18) V. pour une présentation des différentes doctrines s'opposant à l'affirmation du principe de l'équilibre contractuel FIN-LANGER (L.), *op. cit.*, p.31 à 82.

(19) MESTRE (J.), «l'évolution du contrat en droit privé français», in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier (24-25 octobre 1985), PUF, Paris, 1986, p.42 et s.

(20) PEGLION-ZIKA (C-M.), *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2013, p. 235 et s. ; V. aussi TRIGON (S.), *L'équilibre, standard du droit des contrats administratifs*, Thèse, université Jean Moulin, Lyon 3, 2006.

(21) CHAUDOUET (S.), *op. cit.*, p.5.

(22) THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), art. préc., p.379 et s.

principe régulateur⁽²³⁾ affirmé⁽²⁴⁾, l'équilibre contractuel existe et s'accroît de plus en plus en tant que concept et en tant que notion⁽²⁵⁾ que ce soit en droit tunisien ou en droit comparé. Il suffit pour se rendre compte de l'existence de la règle en droit tunisien de revenir aux multiples lois «qui dénotent l'hostilité du législateur à l'égard de l'injustice contractuelle»⁽²⁶⁾. Les exemples ne manqueront que ce soit dans le COC ou dans les législations spéciales comme celles consuméristes⁽²⁷⁾. Au niveau de la jurisprudence, l'idée d'équilibre n'est pas moins présente. En effet, on la trouve dans plusieurs décisions parmi les fondements des interventions judiciaires modificatives des termes de certains contrats afin d'éradiquer des déséquilibres manifestes⁽²⁸⁾.

(23) V. MALLAVALUX (L.), *op. cit.*, p.13.

(24) C'est la thèse défendue par Mme Laurence Fin-Langer pour qui l'équilibre contractuel représente un véritable principe descriptif et normatif dans l'ordre juridique renouvelé. V. FIN-LANGER (L.), *op. cit.*, p. 399 et s.

(25) V. pour la distinction et la démonstration de l'existence de l'équilibre contractuel en tant que concept et en tant que notion FIN-LANGER (L.), *op. cit.*, la première partie *passim*.

(26) REKIK (N.), «Les clauses abusives et la protection du consommateur», *Études juridiques*, 2000, p.113.

(27) V. pour un aperçu synthétique sur la question FRIKHA AJMI (S.), *Le déséquilibre du contrat*, thèse, Faculté de droit de Sfax, 2012-2013, *passim* ; NAFTI (L.), «La proportionnalité et l'équilibre contractuel», *RTD*, 2011, p. 3 et s. ; REBAI (A.), «Le principe de proportionnalité et le droit de la consommation», in *Mouvements du droit contemporain: Mélanges offerts au professeur Sassi Ben Halima*, CPU, Tunis, 2005, p.969 et s.

(28) L'annulation des contrats à titre onéreux pour absence totale ou partielle de leur cause, la réduction des honoraires des avocats (V. BEN SLIMA (H.), «La théorie de la cause et la justice contractuelle», *RJL*, Fév. 2005, p.23 et s.), et la révision des clauses pénales constituent des exemples très illustratifs de cette quête d'équilibre qui anime nos juges (V. les arrêts annexés dans la thèse de Mme FRIKHA AJMI (S.), *op. cit.*).

Il convient, d'ailleurs de préciser que l'analyse des arrêts les plus récents de la cour de cassation permet d'affirmer le renforcement de ce souci d'équilibre. V. par exemple l'arrêt n° 68454, du 22/10/2019 et l'arrêt n° 82353/2019, du 10/06/2020 publiés sur le site officiel de la cour de cassation www.cassation.tn.

Force est de noter que le retour aux derniers rapports annuels de la cour de cas-

En droit comparé les outils visant à assurer l'équilibre contractuel sont présents, avec des intensités différentes certes, dans les différents systèmes juridiques qu'il s'agisse des systèmes de *common law* ou des systèmes de tradition civiliste ou de nature mixte⁽²⁹⁾.

Force est, finalement, de noter que le souci de renforcer la règle d'équilibre contractuel sous-tend le plus fortement les réformes du droit des obligations dans plusieurs droits comparés⁽³⁰⁾.

sation dans lesquels figurent pas mal de propositions législatives imprégnées de la quête d'équilibre (notamment celles relatives à l'introduction de la violence économique comme vice de consentement figurant dans le rapport de 2017, ou celle portant sur la consécration de la théorie de l'imprévision figurant dans le rapport de 2018), incite à affirmer que l'atmosphère juridique actuelle tend vers le renforcement de la règle d'équilibre en droit des contrats.

(29) Les illustrations les plus révélatrices de cette idée se trouvent dans le code civil suisse (art. 21), BGB allemand (§ 138 BGB), le droit autrichien (§ 934 ABGB), le code civil Québécois (art. 1406 alinéa 1), le code civil Italien (Art. 1448 alinéa 1 et 2), etc. V. pour plus de détails JACOMINO (F.), *op. cit.*, p.17 et s.

De leur part, les droits Américain et Anglais consacrent la règle à travers l'idée d'unconscionability. V. MLICZAK (T.), *Le déséquilibre significatif entre droit américain et droit français des contrats*, Mémoire de Master 2, Université Paris II, Institut de droit comparé, 2016.

Pour les législations arabes, il suffit de revenir aux articles sanctionnant la lésion ou la disproportion économique dans différents codes civils pour se rendre compte de l'importance de la règle d'équilibre. V. les art. 129 code civil égyptien, 214 code Libanais, 90 code algérien, 96 code Bahreïnien, 125 code Irakien, les art. de 159 à 161 code Koweïtien, etc.

(30) C'est, d'ailleurs, avec la réforme du droit des obligations français par l'ordonnance de 2016 que la notion de déséquilibre significatif a fait son entrée dans le code civil français dans le sillage du contrat d'adhésion. Ceci représente un indice non négligeable qu'une vraie quête d'équilibre transcende l'esprit des modernisateurs du code Napoléon (V. BARBIER (H.), «Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016», *RTD civ*, 2016, n°2, p.248 ; LE GAC-PECH (S.), «Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil», *LPA*, 15-16 Aout 2016, n°162-163, p.7 et s. ; GIC-QUIAUD (E.), art. préc., p.279). La même observation est valable pour le droit espagnol (V. FORTI (V.), «Le déséquilibre significatif dans les projets français et espagnol de réforme du droit commun des contrats, délimitation du domaine», *in La recodification du droit des obligations en France et en Espagne*, LGDJ, 2016, p.

3. L'ingénierie contractuelle, genèse d'un concept. En l'absence d'une définition doctrinalement accréditée de l'ingénierie contractuelle, on essayera de simplifier les choses par dire qu'elle désigne la transposition des techniques, des stratégies et des approches apportées par l'ingénierie juridique à la matière contractuelle. Or, l'ingénierie juridique se présente comme une nouvelle approche organisationnelle qui, s'éloignant de la vision purement technicienne du droit, adopte une logique globale basée sur l'analyse multidisciplinaires des relations juridiques. Cette nouvelle approche est constituée par une somme de pratiques matérialisées par un savoir-faire et une implication plus profonde du juriste dans les choix économiques et financiers de ses clients. Une telle implication nécessite une capacité d'analyse et une grande aptitude à gérer les risques d'une façon préventive⁽³¹⁾. Le droit devient ainsi un outil de réflexion et d'aide à la décision basé sur l'optimisation des normes juridiques et la culture de la complémentarité entre les considérations de gestion stratégiques et des éléments de nature strictement juridiques⁽³²⁾.

171

Ceci étant, qu'apporte l'ingénierie juridique à la matière contractuelle ? Elle apporte une «nouvelle façon de concevoir et d'utiliser le matériau contractuel», nous répond un auteur⁽³³⁾. Elle apporte une démarche globale, dynamique et transdisciplinaire permettant à chaque contractant «de définir de façon réaliste ses objectifs et contraintes, les dispositions et équilibres contractuels à faire prévaloir ainsi que les conditions et arguments de négociation à mettre en œuvre afin

179 et s. ; Il en est de même pour le droit Japonais puisque la loi portant réforme du Code civil japonais (sur le droit des obligations), adoptée le 26 mai 2017, a créé un article 548-2 du nouveau Code civil qui sanctionne les clauses qui instaurent un déséquilibre contractuel.

(31) V. BARTHELEMY (J.), «L'ingénierie juridique : un concept : le juriste organisateur : son prêtre», *LPA*, 5 janvier 2005, n°3, p.8 et s.

(32) V. ROQUILLY (CH.), «Projet d'innovation et ingénierie juridique», *LPA*, 26 avril 1996, n°51, p.8 et s.

(33) LIBCHABER (R.), *Le contrat au XXI^e siècle, L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, LGDJ, Paris, 2020, p.47.

de conclure un contrat adapté, circonstancié et viable dont les implications et risques seront lisibles pour lui»⁽³⁴⁾, nous ajoute un autre. Elle permet une appréciation de la relation contractuelle dans son ensemble à travers une combinaison rationnelle entre les contraintes et alternatives juridique avec les données et les contingences économiques de la relation contractuelle, comme elle permet l'optimisation de la gestion des risques générés par le contrat, rétorque un troisième auteur⁽³⁵⁾.

4. L'ingénieur du contrat, organisateur de la relation contractuelle. On l'aurait probablement compris. Si l'ingénierie contractuelle se systématisait de plus en plus de nos jours c'est grâce aux pratiques qu'elle apporte à la matière contractuelle et qui permettent de perfectionner la façon d'aborder la relation contractuelle par les juristes⁽³⁶⁾. Bien évidemment on pense là au rédacteur du contrat qui se transforme d'un simple relecteur des vœux des parties, en un véritable ingénieur du contrat⁽³⁷⁾. Par ingénieur du contrat on désigne le praticien qui, ne pouvant plus se comporter conformément aux habitudes trop commodes sinon insouciantes des rédacteurs classiques des actes juridiques, devient un véritable organisateur de la relation contractuelle. Ingénierie contractuelle rime bien avec «ingéniosité rédactionnelle»⁽³⁸⁾, résume-t-on l'idée.

Cette ingéniosité rédactionnelle recommande de suivre certaines consignes. Tout d'abord, promouvoir l'autonomie normative du contrat. Au niveau de la forme, cette autonomie se traduit par des

(34) DARMON (A-J.), «L'ingénierie des contrats dans les affaires et projets», publié sur <http://www.enclair.net/Art-du-contrat/ingenierie-contractuelle1.htm>, consulté le 07/12/2021.

(35) DEHARO (G.), «Ingénierie contractuelle et performance de l'entreprise: perspective économique et dynamique de droit des contrats», 2011, publié sur : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00649107>, consulté le 20/01/2022.

(36) LIBCHABER (R.), *op. cit.*, p.72.

(37) STOFFEL-MUNCK (PH.), «Les répliques contractuelles», *RDC*, 2010-1, n°053, p.430, n°1.

(38) STOFFEL-MUNCK (PH.), art. préc., n°2.

écrits minutieusement élaborés⁽³⁹⁾ permettant à chaque contrat de renfermer un statut particulier «apte à le prendre en charge du commencement des négociations à la phase post-contractuelle»⁽⁴⁰⁾. Quant au fond, cette autonomie exige d'adopter une stratégie rédactionnelle orientée vers la minimisation des risques d'immixtion du juge dans la sphère contractuelle afin de rééquilibrer le contrat⁽⁴¹⁾.

Pour ce faire, il importe de raisonner à travers une vue d'ensemble du contrat. Là où un juriste classique, fidèle à sa formation académique, résonnera à travers les cases prédéfinies et séparées de formation et d'exécution du contrat⁽⁴²⁾, l'ingénieur du contrat considérera la relation contractuelle dans sa globalité. Et puisque le contrat représente un acte d'emprise sur le futur⁽⁴³⁾, l'organisation de sa formation ne peut se faire qu'à travers une projection sur la potentialité, les modalités et les enjeux liés à son exécution⁽⁴⁴⁾.

L'ingénierie contractuelle recommande, par ailleurs, de ne plus considérer le contrat comme une opération isolée abordée en elle-même, mais plutôt de le traiter comme une opération noyée dans le projet ou l'opération qui le domine⁽⁴⁵⁾. Ainsi, pour qu'il puisse jouer

(39) On est, ainsi, passé des contrats brefs sans rigueurs excessive dans la structure, à «des écrits très longs minutieusement organisés, détaillés dans leurs clauses, où la volonté des parties s'efforce de descendre jusqu'à la dernière précision même pour les hypothèses à réalisation très éventuelles, et s'exprime selon des techniques rédactionnelles jusque-là inusitées. D'où un type de contrat dont l'écrit se reconnaît au premier coup d'œil par son importance dans tous les sens du terme, par son organisation, sa structure» ; LIBCHABER (R.), *op. cit.*, p.78.

(40) LIBCHABER (R.), *op. cit.*, p.73.

(41) LIBCHABER (R.), *op. cit.*, p.77.

(42) V. pour une vue critique JAMIN (CH.), «Pour en finir avec la formation du contrat !», in *le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique*, actes du 94^{ème} congrès des notaires de France, LPA, 6 mai 1998, n°54, p.25 et s.

(43) BEHAR-TOUCHAIS (M.), «Libres propos sur la période de formation du contrat», in *le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique*, actes du 94^{ème} congrès des notaires de France, LPA 6 mai 1998, n°54, p.19.

(44) V. THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), art. préc., p.360.

(45) LIBCHABER (R.), *op. cit.*, p.47.

le rôle qui lui est assigné, il ne suffit plus que le contrat soit organisé, mais il doit participer à l'instauration de relations économiques et commerciales bien organisées.

5. Intersection entre ingénierie contractuelle et équilibre économique. L'analyse de la stratégie à suivre par l'ingénieur du contrat permet de détecter un lien qui se tisse naturellement entre l'équilibre économique et l'ingénierie contractuelle. Ce lien se résume comme suit : dans sa mission, l'ingénieur du contrat se trouve dominé par la préoccupation de mettre en œuvre un contrat économiquement équilibré. Cette préoccupation repose sur trois considérations principales.

Primo, l'ingénieur du contrat se soucie de l'équilibre économique, dans une perspective de promotion de l'efficacité du contrat⁽⁴⁶⁾ et de ses clauses⁽⁴⁷⁾. Un contrat équilibré a plus de chance d'être convenablement exécuté et réalisera mieux les fins pour lesquelles il est conclu⁽⁴⁸⁾.

Cette question de l'efficacité du contrat interpelle *ipso facto*⁽⁴⁹⁾ celle du devoir de conseil du rédacteur de l'acte⁽⁵⁰⁾ qui prend en matière d'ingénierie contractuelle une ampleur spéciale⁽⁵¹⁾. En effet,

(46) V. pour la définition de l'efficacité du contrat : CHANTEPIE (G.), «L'efficacité attendue du contrat», *RDC*, 2010, n°1, p.347 et MEKKI (M.), «Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise», *RDC*, 2010-1, p.383 et s.

(47) V. STOFFEL-MUNCK (PH.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, p.291 et s.

(48) DEHARO (G.), *loc.cit.*

(49) Civ. 1^{ère}, 27 nov. 2008, n° 07- 18.142, *D.* 2009, note JAMIN (CH.), p.707 ; V. aussi GAUTIER (P-Y.), «L'obligation de conseil du rédacteur d'acte: un devoir quasi- légal envers toutes les parties», *RTD civ*, 2009-1, Chr., p.134 et s.

(50) En droit tunisien, ce devoir est légalement prévu pour la profession d'avocat (l'art. 2 du décret-loi n° 2011-79 du 20 août 2011 portant organisation de la profession d'avocats et l'art. 20 de la loi n° 98-65 du 20 juillet 1998, relative aux sociétés professionnelles d'avocats). V. dans le même sens l'art. 28 du règlement intérieur de l'ordre des avocats. En France, la présence de ce devoir de conseil est plus prononcée (V. le règlement intérieur national de la profession d'avocats (art. 6.1 et 7.2).

(51) V. BARTHÉLÉMY (J.) et PEYRAMAURE (PH.), «L'avocat conseil d'entreprise», *LPA*, 25 janv. 2021, n°017, p.10 et s.

c'est à travers l'accomplissement de ce devoir⁽⁵²⁾ que le rédacteur se positionne dans la relation contractuelle pour orienter le contractant vers la situation la plus appropriée ou le mettre en garde sur ses choix. La mission du rédacteur se trouve ainsi revalorisée⁽⁵³⁾, mais devient très risquée puisque la responsabilité du rédacteur peut se trouver engagée s'il n'a pas su dissuader la poursuite d'un projet voué à l'échec ou n'avoir pas décelé les risques d'une opération dont il maîtrisait l'économie générale⁽⁵⁴⁾. L'ingénieur du contrat doit donc assurer ce devoir⁽⁵⁵⁾ en toute impartialité et il doit montrer une di-

(52) Le devoir de conseil est pris ici dans son sens large pour englober les conseils incitatifs et la mise en garde qui vise à attirer l'attention des contractants sur les risques ou les aspects négatifs de la conclusion du contrat. V. REBOUL (N.), *Les contrats de conseil*, P.U.A.M, 1999 ; et du même auteur «Le contrat de conseil, l'unité dans la diversité», *AJ contrats*, fev. 2018, p.56 et s. ; FABRE- MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats (essai d'une théorie)*, LGDJ, 1992, p.391 ; DE SAINT-AFFRIQUE (B.), «Du devoir de conseil», *Defrénois*, 1995, n°15-16, p.913.

(53) BENABENT (A.), «L'équilibre contractuel : une liberté contrôlée», *LPA*, 6 mai 1998, n°54, p.14.

(54) V. pour un aperçu général sur la question ASSIMOPOULOS (C.), «Le rédacteur d'actes, entre définition et sources de responsabilité incertaines», *RRJ*, 2014, p. 785 et s. Selon certains, la responsabilité du rédacteur peut même être engagée pour compenser l'inefficacité du contrat, V. CHANTEPIE (G.), art. préc., p.347 et s.

(55) Force est de noter que l'état de la jurisprudence comparée, notamment française, montre un renforcement considérable de ce devoir de conseil qui est qualifié comme étant absolu et indivisible. En effet, il a été jugé que même lorsqu'il intervient en qualité de rédacteur unique, le rédacteur est «tenu de veiller à assurer l'équilibre de l'ensemble des intérêts en présence et de s'engager à conseiller les deux parties à la convention sur la portée des engagements souscrits de part et d'autre, peu important le fait que l'acte a été signé en son absence après avoir été établi à la demande d'un seul des contractants» (Civ. 1ère, 27 nov. 2008, n° 07-18.142, D., 2009. 706, note JAMIN (CH.); *RTD civ.*, 2009, p.134, obs. GAUTIER (P-Y.). En plus, il a été jugé que ce devoir bénéficie à tous les clients du rédacteur qui sont parties à un acte établi par ses soins, sans distinction entre clients habituels et occasionnels, et ce indépendamment de la question de la participation au règlement des honoraires du rédacteur. Par ailleurs, la cour de cassation a bien déclaré que «l'avocat rédacteur d'acte est tenu à l'égard de toutes les parties, quelles que soient leurs compétences personnelles, d'une obligation de conseil et, le cas échéant, de mise en garde en ce qui concerne, notamment, les effets et les risques des stipulations convenues et que l'existence d'une clause claire dans l'acte ne le

ligence particulière quand il conçoit ou rédige les clauses de son contrat surtout pour les contrats d'affaires et les contrats dont les enjeux économiques sont importants⁽⁵⁶⁾. Pour ce faire, il doit s'informer, informer, conseiller, déconseiller, voire dissuader⁽⁵⁷⁾.

Secondo, constituant une injure au concept même du contrat⁽⁵⁸⁾, le déséquilibre «se révèle comme un agent pathogène de l'organisme contractuel»⁽⁵⁹⁾, que l'ingénieur, de par son sens d'analyse et son savoir-faire, ne peut que réfuter.

Tercio, l'ingénieur du contrat se préoccupe de l'équilibre économique dans un souci de modernité. En d'autres termes, il le fait pour suivre l'évolution de la conception même du contrat⁽⁶⁰⁾ qui ne se présente plus comme une confrontation d'intérêts antagonistes mais plutôt comme une union d'intérêt caractérisée par une certaine «*affectio contractus*»⁽⁶¹⁾ permettant «de parvenir à des rapports équilibrés et égalitaires, empreints de plus de fraternité et de justice»⁽⁶²⁾.

dispense pas de les informer sur les conséquences qui s'y attachent», Civ. 1^{ère}, 10 novembre 2021, n° 20-12.235.

(56) V. UTZSCHNEIDER (Y.) et RIVOLLIÉ (M.), «La rédaction des contrats d'affaires à l'épreuve du déséquilibre significatif: quelles difficultés? quels conseils?», *AJCA*, juin 2014, p.113 et s.

(57) V. GAELLE DEHARO, «Le rôle de l'avocat dans la gestion du risque juridique en entreprise», *Gaz. Pal.*, 18 janv. 2011, p.15 et s.

(58) GORÉ (M.), «La rédaction du contrat», in *le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique*, actes du 94^{ème} congrès des notaires de France, LPA, 6 mai 1998, n°54, p.30.

(59) JACOMINO (F.), *op. cit.*, p.13.

(60) V. CORNU (G.), «L'évolution du droit des contrats en France», *RIDC*, 1979, p.447 et s. ; LE TOURNEAU (Ph.), «Quelques aspects de l'évolution du contrat», *Mél. Raynaud*, 1985, p.348 et s. ; BERLIOZ-HOUIN (B.) et BERLIOZ (G.), «Le droit des contrats face à l'évolution économique (Adaptation et discordances)», in *Études offertes à Roger Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p.3 et s.

(61) MESTRE (J.), art. préc., p.51.

(62) THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), art. préc., p.358.

Ce sont là les nouvelles devises contractuelles⁽⁶³⁾ qui doivent guider le juriste organisateur dans sa tâche rédactionnelle⁽⁶⁴⁾.

6. Axes de la réflexion. Pour toutes ces raisons, l'ingénieur du contrat doit faire de l'équilibre économique son souci primordial. Il est ainsi appelé à se servir de toutes les casquettes qu'il porte habilement grâce à l'esprit apporté par l'ingénierie juridique pour parvenir à concevoir et à instrumentaliser un contrat bien dosé. En tant que technicien de droit, il lui appartient bien évidemment de maîtriser l'interprétation des textes et les manières de les appliquer par les juges. Avec la casquette d'économe, il peut effectuer les missions de pesage interne et externe du contrat, tout en intégrant dans sa pesée toutes les circonstances qui peuvent avoir des influences sur la formation du contrat et son exécution. Tel un voyant surdoué, il doit percevoir tous les risques mêmes les mieux dissimulés et pronostiquer toutes les conjonctures futures mêmes celles très peu probables. Il est, par ailleurs, appelé à prévoir et anticiper la réaction du juge face au contrat et ses clauses.

177

Afin de mesurer le rôle de l'ingénierie contractuelle dans l'institution de l'équilibre économique du contrat en des termes plus concrets, on suivra un cheminement réflexif inspiré de la logique des techniques mises en place par l'ingénieur du contrat pour atteindre son objectif. L'équilibre contractuel doit tout d'abord être instauré. L'ingénierie contractuelle déploie des techniques bien ponctuelles pour assurer cette instauration (I). Une fois instauré, cet équilibre mérite d'être maintenu. Et là aussi, l'ingénierie contractuelle ne manque pas de moyen pour assurer la sauvegarde de cet équilibre durant toute la vie du contrat. (II).

(63) V. pour une analyse de ces devises et de leur relation avec l'équilibre contractuel MAZEAUD (D.), «Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?», in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, 1999, p.603 et s.

(64) V. GHESTIN (J.), «Le contrat en tant qu'échange économique», *Revue d'économie industrielle*, 2000, p.100.

I. Ingénierie contractuelle et instauration de l'équilibre économique

7. **Dualité d'action.** Sans aucune prétention à l'exhaustivité, il sera question dans les propos qui suivront de pointer du doigt les manifestations les plus révélatrices de la contribution des techniques d'ingénierie contractuelle à la création d'un contrat économiquement équilibré. Pour ce faire, on commencera par l'analyse des techniques relatives à l'organisation de la période de formation du contrat, puisqu'il s'agit de la première étape que l'ingénieur du contrat est appelé à piloter (A). Une fois la rencontre entre les deux parties contractantes bien aménagée, l'ingénieur du contrat doit se transformer en un véritable garde-fou contre l'intrusion de tout excès dans le contenu du contrat (B).

A. Le pilotage du processus⁽⁶⁵⁾ de formation du contrat

8. **Diversité des techniques de pilotages.** S'il est vrai que la formation du contrat mérite sa description comme véritable zone de turbulence⁽⁶⁶⁾, il n'est pas moins vrai que grâce à un bon pilotage de cette période, l'on peut parvenir non pas seulement à contourner les aires d'agitation, mais aussi à concevoir et rédiger un accord économiquement équilibré en toute sûreté.

Pour assurer ce pilotage, l'ingénieur du contrat peut se servir d'une panoplie de techniques, qui étant orientées vers la prévention contre la conclusion des contrats impulsifs, signés «à l'aveuglette» ou les

(65) Le terme processus est employé ici parce qu'il exprime le mieux l'idée du contrat dont la formation sort de l'instantanéité. Il y a dans le mot processus «ces idées de travail en cours et de but à atteindre» (DESHAYES (O.), «Avant-propos», in *L'avant-contrat, Actualité du processus de formation des contrats*, coll. CEPRIS-CA, PUF, Paris, 2008, p.9). Le terme pilotage, qui revient plusieurs fois dans les études portant sur l'ingénierie juridique, évoque l'art de guider les choses pour leur permettre d'arriver à leur but. D'un point de vue entrepreneuriale, le pilotage invoque des capacités stratégiques au niveau décisionnel comme opérationnel.

(66) ABID-MNIF (S.), «Le consommateur entre le droit des contrats et le droit de la consommation : concours de normes et une protection toujours insuffisantes», in *L'évolution du droit des contrats, approche comparée entre la Tunisie et la France*, éd. LATRACH, Tunis, 2021, p.105 et s.

contrats «coups de foudre»⁽⁶⁷⁾, rendent la formation du contrat plus rationnelle⁽⁶⁸⁾. Si ces outils sont multiples, ils ont en commun d'être orientés vers la promotion d'une bonne réflexivité du contrat⁽⁶⁹⁾. Le lien entre la réflexivité du contrat et son équilibre économique est, certes, évident. Plus on réfléchit, plus on s'éclaire et moins on risque de commettre des torts, en l'occurrence des déséquilibres significatifs⁽⁷⁰⁾. Ce constat permet d'affirmer un deuxième lien, non moins évident, entre la négociation du contrat et son équilibre économique. En effets, les contrats négociés sont en principe équilibrés et dispensés de toute intervention corrective au nom de la justice contractuelle⁽⁷¹⁾. Par contre, le contrat non négocié ou d'adhésion se présente comme un terrain fertile de déséquilibre⁽⁷²⁾. Pour cette raison, l'ingénierie contractuelle donne une importance cruciale à la période précontractuelle et déploie des techniques diverses afin d'apporter le maximum de sécurité et d'efficacité à la négociation des contrats.

(67) MOUSSERON (J.M.), «La durée dans la formation des contrats», in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Éditions de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p.509.

(68) GUILLEMARD (S.), «De la phase préalable à la formation de certains contrats», *Revue générale de droit*, (1993), n° 24, p.166.

(69) V. BARRY (S.), *Les pourparlers précontractuels en droit québécois. De l'opportunité d'une modification du Code civil du Québec à la lumière des récentes réformes française et allemande*, thèse, université de Montréal, 2018, p.9 et s. ; MONZER (R.), «Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle. Régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons», *R.I.D.C.*, 2007-3, p.523.

(70) C'est d'ailleurs grâce à la vigueur de ce lien, que la réflexivité a gagné du terrain dans les matières animées par une certaine lutte contre le déséquilibre contractuel tel que la matière consumériste qui se montre de plus en plus hostile à l'instantanéité. V. ABID-MNIF (S.), «Le consommateur entre le droit des contrats et le droit de la consommation : concours de normes et une protection toujours insuffisante», art. préc., p.105.

(71) En effet, comme le précise la doctrine, «du bon déroulement de la négociation dépendra bien souvent l'équilibre du contrat et la qualité de sa rédaction», MZID (N.), «Essai sur la négociation du contrat en droit civil», *RTD*, 2000, p.318.

(72) V. BARBIER (H.), «Les grands mouvements du droit commun des contrats», art. préc., p.254.

9. Ingénierie contractuelle et progressivité de la négociation⁽⁷³⁾.

De nos jours, l'environnement économique de certains contrats, notamment ceux d'affaires, révèle que le schéma simpliste de la rencontre entre l'offre et la demande qui se fait dans l'instantanéité, est de plus en plus dépassé⁽⁷⁴⁾. En effet, les contrats modernes, à cause de leur complexité accrue, nécessitent d'être «négocié(s) plus longuement, avec des techniques plus minutieuses»⁽⁷⁵⁾. On parle de «contrats à formation successives»⁽⁷⁶⁾, ou encore de contrats qui se forment par couche ou en étapes⁽⁷⁷⁾. On est, ainsi, passé d'une structure élémentaire basée sur un échange immédiat de prestations⁽⁷⁸⁾ à un processus plus long⁽⁷⁹⁾ et mieux structuré qui promeut la réflexivité du contrat⁽⁸⁰⁾. Se généralisant de plus en plus⁽⁸¹⁾, la négociation contractuelle s'affirme comme «une nouvelle notion structurante»⁽⁸²⁾ et enrichissante de la théorie des contrats⁽⁸³⁾.

(73) V. pour la notion de négociation DESHAYES (O.), «Les parties aux négociations contractuelles (réflexions sur le sens de l'acte de négocier)», in *L'avant-contrat, Actualité du processus de formation des contrats*, op. cit., p.43 et s.

(74) MOUSSERON (J.-M.), GUIBAL (M.) et MAINGUY (D.), *L'avant-contrat*, avec la participation de LEFEBVRE (B.-F.) et GUÉGUEN (B.), éd. Francis Lefebvre, Paris, 2001, p.44.

(75) LIBCHABER (R.), op. cit., p.69.

(76) MOUSSERON (J.-M.), GUIBAL (M.) et MAINGUY (D.), loc. cit.

(77) Un auteur observe à cet égard que «seuls les longs pourparlers peuvent permettre aux parties d'envisager le contrat sous tous ses aspects, et prendre connaissance de toutes les données, aussi bien factuelles que juridiques, de discuter chaque clause et, partant de là de se ménager une plus grande sécurité juridique» ; MONZER (R.), *La négociation des contrats internationaux, une harmonisation des régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxon*, Bruyant, LGDJ, Delta, 2008, p.2.

(78) V. pour une analyse de cette forme élémentaire LIBCHABER (R.), op. cit., p.33 et s.

(79) MOUSSERON (J.-M.), «La durée dans la formation des contrats», art. préc., p.509 et s.

(80) V. LIBCHABER (R.), op. cit., p.46.

(81) LE TOURNEAU (PH.), «La rupture des négociations», *RTD com*, 1998, p.479.

(82) V. BARRY (S.), op. cit., p.7; BARBIER (H.), «Les grands mouvements du droit commun des contrats», art. préc., p.247.

(83) FONTAINE (M.), «Fertilisations croisées du droit des contrats», in *Le contrat*

Pour promettre une progression réussie de la négociation, l'ingénieur du contrat, est invité à formaliser cette période précontractuelle⁽⁸⁴⁾ pour déplacer les parties de la «*no man's land juridique*»⁽⁸⁵⁾ à une terre plus sécurisée⁽⁸⁶⁾. Pour assurer sa mission, il peut profiter de l'évolution des techniques contractuelles et de la grande créativité⁽⁸⁷⁾ des praticiens qui savent, de nos jours, comment exploiter au maximum la large zone de liberté reconnue aux parties en la matière⁽⁸⁸⁾.

L'ingénieur du contrat met ainsi au service des parties toute une palette d'instruments destinés à assurer une dynamique décisionnelle graduelle⁽⁸⁹⁾. Certains de ces instruments sont non contractuels, comme les documents commerciaux préparatifs de la négociation tels que les

au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin, L.G.D.J., Paris, 2001, p.347 et s., spéc. n° 13.

(84) V. pour les avantages de cette formalisation MZID (N.), art. préc., p.319 et s. ; BARRY (S.), *op. cit.*, p.61 et s.

(85) MAZEAUD (D.), «La genèse des contrats, un régime de liberté surveillée», *Revue Droit et Patrimoine*, juillet 1996, p.44.

(86) BEYNEIX (I.) et LEMMET (L-C.), «La négociation des contrats», *RTD com*, 2016, p.1.

(87) Comme l'explique la doctrine, «la liberté contractuelle, servie par l'imagination sans borne des praticiens, explique la grande diversité des accords préparatoires et rend malaisée toute tentative de classification», V. MONTERO (E.) et DEMOULIN (M.), «La formation du contrat depuis le code civil de 1804: un régime en mouvement sous une lettre figée», in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, éd. La Charte, Bruxelles, 2004, p.61 et s.

(88) On rappelle à cet égard que parmi les manifestations du principe de l'autonomie de la volonté figure la liberté de gérer la période des pourparlers. Les parties jouissent d'une liberté «de passer toute sorte de contrats, nommés ou innommés, sur toute sorte d'objet, pour toute motivation, ainsi que la liberté d'aménager le contenu normatif du contrat» (LLUELLES (D.) et MOORE (B.), *Droit des obligations*, 2^{ème} éd., Éditions Thémis, Montréal, 2012, p.128). V. dans le même sens BARRY (S.), *op. cit.*, p.44 et s.

(89) V. pour une analyse détaillée de ces documents LABARTHE (F.), *La notion de document contractuel*, LGDJ, 1994, p.127 et s. ; MOUSSERON (J-M.), GUIBAL (M.) et MAINGUY (D.), *L'avant-contrat*, *op. cit.*, p.201 et s. ; POULLET (Y.), «Les documents de la période préparatoire. Leur valeur juridique», in *Le droit des contrats informatiques – Principes et applications*, Larcier, Bruxelles, 1983, p.157 et s.

devis et les facture pro forma. D'autres documents se rapprochent des documents contractuels, tels que les engagements d'honneur, les lettres d'intention et les protocoles d'accord. Et ce n'est qu'à une étape tardive qu'interviendront les instruments qui contractualisent les accords établis entre les parties du futur contrat notamment les contrats préparatoires qui «constituent des outils privilégiés de l'ingénierie contractuelle tant en droit civil qu'en droit des affaires»⁽⁹⁰⁾. Ces contrats préparatoires sont de plus d'un type⁽⁹¹⁾. Entre autres, on peut citer les contrats de négociation, les pactes de préférences, les contrats cadres et les contrats de promesse de contracter⁽⁹²⁾. Grâce à tous ces instruments, l'ingénierie contractuelle rend la formation du contrat un véritable «projet évolutif»⁽⁹³⁾.

Sur le plan technique, pour réussir la mission très délicate de l'aménagement de la période précontractuelle⁽⁹⁴⁾, la diligence est de

(90) MEKKI (M.), «la promesse unilatérale du contrat ou l'éloge de l'ombre», *Gaz. Pal.*, 27/09/2016, p.17.

(91) NAJJAR (I.), «La rétractation d'une promesse unilatérale de vente», *D.*, 1997, chr.119 ; DELEBECQUE (PH.), «L'avant-contrat : observations générales», *LPA*, 23 avril 1997, n°49, p.16 et s. ; SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), «La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats», *RTD civ.*, 2000, p.25 et s. ; SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), «Le pacte de préférence. Dossier spécial», *Deffrénois*, 2013 ; LEQUETTE (Y.) «Réflexions sur la durée du pacte de préférence», *RTD civ.*, 2013, p.491 ; MAITRE (G.), «La rupture précontractuelle à l'épreuve de l'analyse économique du droit», in *L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats*, op. cit., p.123 et s. ; GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil, La formation du contrat*, T. 1, 4^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 2013, p.572 et s. ; BENAC-SCHMIDT (F.), *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, L.G.D.J., Paris, 1983, BOYER (L.), «Les promesses de vente, contribution à l'étude des avant-contrats», *RTD civ.*, 1949, p.1 ; GENINET (M.), *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, thèse de doctorat, Paris 2, 1985 ; SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, Paris, 1982, p.198-313.

(92) V. pour une analyse détaillée de ces documents MOUSSERON (J.-M.), GUIBAL (M.) et MAINGUY (D.), *L'avant-contrat*, op. cit., p.268 et s.

(93) LIBCHABER (R.), op. cit., p.59.

(94) V. ROUILLER (N.), «Rupture des négociations. Liberté et devoirs précontractuels. Droit suisse, droit français et travaux d'harmonisation européenne et

mise. Il faut, pour que les documents puissent apporter leurs fruits, que l'ingénieur du contrat prête une attention particulière à la manière de les nommer⁽⁹⁵⁾ et de les concevoir. C'est, en effet, le contenu du document qui déterminera sa nature juridique et ses effets en cas de violation des termes de l'accord⁽⁹⁶⁾. Les formules intermédiaires et floues sont, ainsi, à éviter⁽⁹⁷⁾. En plus, la réaction du juge face au document et ses clauses est à anticiper.

10. Ingénierie contractuelle et consentement éclairé. Outre la progressivité de la formation du contrat, l'ingénierie contractuelle permet d'établir un lien entre l'avancement graduel du consentement des parties et la bonne connaissance des réalités économiques, financières et stratégiques de la future relation contractuelle. Le but est ici de rendre le consentement bien éclairé. Pour ce faire, généralement, on fait appel aux contrats d'étude qui ont pour objet d'informer l'un des partenaires ou des deux les partenaires sur un ou quelques points précis de la relation contractuelle, ou sur la totalité de l'opération⁽⁹⁸⁾. Ces contrats d'études permettent de fournir des données très éclairantes relativement à l'évaluation des opportunités du projet contractuel. Entre autres, on peut citer les études de préinvestissement, les études d'opportunité ou d'impact, etc.

internationale», in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, Presses universitaires Aix-Marseille, 2009, p.39,

(95) Les «intitulés variables et inconsistants» sont ainsi à éviter. Les maladroites se payent chères en la matière puisque le document sera examiné en cas de litige par un juge qui le décortiquera suivant une méthodologie rigoureuse pour déterminer sa valeur juridique. V. BARRY (S.), *op. cit.*, p.232 et s.

(96) Par exemple pour les lettres d'attention, «plus l'auteur de la lettre aura précisé et détaillé l'objet de son intention, plus le document aura sur lui un effet contraignant», V. FAGES (B.), *Droit des obligations*, 7^{ème} éd., L.G.D.J., Lextenso éditions, 2017, p. 61; ALBERTINI (J.-A.), «Les mots qui vous engagent...», *D.*, 2004, p. 230.

(97) FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations*, T. 1: Contrat et engagement unilatéral, 4^{ème} éd., PUF, Paris, 2016, p. 273.

(98) V. pour une analyse détaillée de ces documents MOUSSERON (J.-M.), GUIBAL (M.) et MAINGUY (D.), *L'avant-contrat*, *op. cit.*, p. 251 et s.

Force est de noter que l'ingénieur du contrat ne doit pas seulement favoriser le recours à ces techniques, mais il doit aussi régler les termes d'un tel recours. Il doit ainsi prévoir des clauses par lesquelles les parties s'engagent à mettre à la disposition du prestataire de l'étude les informations nécessaires pour faciliter sa mission. La question des coûts de telles études ne doit pas être, elle aussi, laissée au hasard. Le dilemme est de taille: «comment répartir la charge des différents coûts susceptibles de résulter d'une négociation non aboutie afin d'assurer les objectifs d'efficacité souhaitables, de manière à inciter les négociateurs à adopter les comportements qui aboutiront à la meilleure allocation des ressources?»⁽⁹⁹⁾.

La meilleure façon de gérer ces charges est, semble-t-il, de les répartir entre les négociateurs et ce par le biais d'une clause qui ordonnera le partage du coût à égalité⁽¹⁰⁰⁾. De cette façon, on assure une prévisibilité qui encouragera les parties à recourir à ces études très bénéfiques en termes d'opportunité et on garantit un certain équilibre économique dans la période précontractuelle⁽¹⁰¹⁾.

Reste à dire que pour mémoriser tout ce processus de négociation, l'ingénieur du contrat peut opter pour son insertion dans le préambule du contrat. Par cette insertion, le préambule jouera un rôle économique important puisqu'il contribuera à la clarification de l'économie du contrat voulue par les parties⁽¹⁰²⁾. En cas de changement des circonstances, le retour au préambule permettra de définir les

(99) V. FONTAINE (M.), «Un régime harmonisé de la formation des contrats Réexamen critique», in *Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruylant – LGDJ, 2002, p.857.

(100) V. concernant la rédaction de cette clause MOUSSERON (J.-M.), GUIBAL (M.) et MAINGUY (D.), *L'avant-contrat*, op. cit., p.254.

(101) MAITRE (G.), art. préc., p.134 ; dans le même sens V. DESHAYES (O.), «Le dommage précontractuel», *RTD com.*, 2004, p.200 ; SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), «La sanction de la faute précontractuelle», *RTD civ.*, 1974, p.53.

(102) V. MOUSSERON (P.), RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Technique contractuelle*, 4^{ème} éd., F. Lefebvre, 2010, p.61 et s. et FONTAINE (M.), «La pratique du préambule dans les contrats internationaux», *RDAI* 1986, p.343 et s.

conjonctures qui prévalaient au moment de la conclusion du contrat, pour savoir si elles ont été réellement bouleversées ou non⁽¹⁰³⁾.

Si, par contre, les parties souhaitent faire table rase du passé, l'ingénieur du contrat est appelé à insérer une clause «d'intégralité» (dite aussi clause «des quatre coins») servant à empêcher les documents précontractuels de contribuer à l'interprétation et à la détermination de la portée des engagements contractuels⁽¹⁰⁴⁾.

11. Ingénierie contractuelle, «police de l'avant contrat»⁽¹⁰⁵⁾.

En structurant la négociation du contrat, l'ingénierie contractuelle contribue aussi au renforcement de l'esprit de collaboration entre les parties. Le contrat qui se présente aujourd'hui comme un projet collectif dans lequel les efforts des parties convergent en une «véritable synergie» orientée vers la réalisation d'un même objectif⁽¹⁰⁶⁾, se négocie selon une déontologie qui imposent certaines règles de conduite sans lesquelles, il serait impossible d'espérer la réussite de la négociation⁽¹⁰⁷⁾.

En faisant l'inventaire de la jurisprudence judiciaire et arbitrale, la doctrine nous fournit une liste importante de devoirs que les négociateurs doivent respecter⁽¹⁰⁸⁾. La plupart de ses devoirs dérivent

(103) MATRAY (D.) et VIDTS (F.), «Les clauses d'adaptation de contrat», in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, 55^{ème} séminaire de la commission Droit et vie des affaires, Bruxelles, 11 et 12 mars 2005, Bruylant, p.110.

(104) MONTERO (E.) et DEMOULIN (M.), «La formation du contrat depuis le code civil de 1804: un régime en mouvement sous une lettre figée», art. préc., p.25.

(105) L'expression est de MOUSSERON(J-M.), GUIBAL (M.) et MAINGUY (D.), *L'avant-contrat*, op. cit., V. l'intitulé de la première partie.

(106) LIBCHABER (R.), op. cit., p.59.

(107) D'ailleurs, l'importance de ces règles a incité la doctrine à proposer de les énoncer dans un code de déontologie des négociations ; V. SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), *Négociation et conclusion du contrat*, op. cit., p.102.

(108) V. MOUSSERON, GUIBAL (M.) et MAINGUY (D.), *L'avant-contrat*, op. cit., p. 68 et s. ; MAZEAUD (D.), «La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international: comparaisons», in *L'avant-contrat, Actualité du processus de formation des contrats*, op. cit., p.17 et s.

de l'obligation de négocier le contrat de bonne foi, qui vient d'être expressément reconnue par le code civil français, et qui est reconnue par le droit tunisien malgré le silence des textes⁽¹⁰⁹⁾. On citera parmi ces règles de conduite le devoir de coopérer, le devoir de renseigner, le devoir de se renseigner, le devoir de confidentialité etc.

La contractualisation de ces devoirs et leur énonciation dans des clauses claires permet de leur donner plus de certitude quant à leur existence et à leur étendue⁽¹¹⁰⁾. Ce faisant, on garantit que la période précontractuelle n'obéisse pas à la seule «loi de la jungle»⁽¹¹¹⁾. Le devoir d'exclusivité, par exemple, nécessite la signature d'un protocole de confiance et d'exclusivité⁽¹¹²⁾, qui permettra de déterminer les termes pratiques de ce devoir. La promotion du devoir de renseigner se fait, quant à elle, grâce aux clauses de secret⁽¹¹³⁾. En ingénierie contractuelle, la contractualisation de ces obligations constitue une nécessité inhérente aux nouvelles formes contractuelles. Outre la certitude qu'elle confère aux futurs contractants, l'énonciation de ces devoirs permet d'interpeller le régime de la responsabilité contractuelle pour sanctionner leur méconnaissance⁽¹¹⁴⁾ et offre aux parties la possibilité d'aménager la responsabilité qui découle de leur méconnaissance.

(109) انظر بخصوص المسألة فوزية طاهر، «مشروع العقد»، مجموعة دراسات مهداة إلى روح الأستاذ محمد بقبقي، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2021، 367 وما بعدها.

(110) V. MZID (N.), art. préc., p.339 et s.

(111) SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), «La négociation du contrat international», in *Droit et pratique du commerce international*, 1983, n° 9, p.251.

(112) Versailles 5 mars 1992, *RTD civ.*, 1992, p.752, obs. MESTRE (J.) ; Bordeaux 4 juin 1996, *JCP éd. E.*, 1997, I, 617, obs. MOUSSERON (P.).

(113) Pour une étude détaillée de ces clauses V. MANOUR (F.), *Les clauses de secret*, Beyrouth, 1996.

(114) V. STANCU (R.), *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle: comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, Thèse, Université de Strasbourg, 2015, p.302 et s. ; SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), «La période précontractuelle en droit français», *RIDC*, 1990-2, p.545 et s. ; BARRY (S.), *op. cit.*, p.227 et s. ;

B. L'ingénierie contractuelle comme garde-fou contre les clauses excessives⁽¹¹⁵⁾.

12. Ingénierie contractuelle, technique d'«audit»⁽¹¹⁶⁾ des clauses. En raison de l'autonomie de plus en plus affirmée des clauses contractuelles, qui représentent bien plus que de simples «division(s) syntaxique(s) du contrat»⁽¹¹⁷⁾, le rédacteur est tenu de les analyser une par une, pour assurer leur «filtrage» des excès⁽¹¹⁸⁾.

Si les excès interpellent le juriste ingénieur, c'est parce qu'ils représentent des risques réels pour les contrats qu'il produit puisqu'ils peuvent conduire à délimiter ou à moduler la force même du lien contractuel⁽¹¹⁹⁾. «L'excès tue la sécurité», nous énonce un auteur⁽¹²⁰⁾. Ce sera, en fait, la porte par laquelle le juge s'introduirait dans la relation contractuelle. Chassé par la porte de la clause à travers laquelle les parties entendent autoréguler leur relation, le juge se réintroduira dans la sphère contractuelle par la fenêtre de l'excès. Et ce n'est pas rare, ni en droit en tunisien ni en droit comparé de voir le juge intervenir pour amputer le contrat de ses excès, que ce soit au

187

(115) Dans les dictionnaires de langue française, le terme garde-fou est défini comme une barrière empêchant de tomber dans le vide. Le garde-fou est aussi ce qui empêche de faire des folies et de commettre des imprudences. On emprunte ce mot pour son double sens, l'ingénieur du contrat constitue une parade qui empêche les parties de tomber dans l'excès et de commettre des folies et des imprudences dans leur organisation des clauses du contrat.

(116) V. MEKKI (M.), «Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2^{ème} partie) : l'efficacité des clauses contractuelles», *RDC*, 2007, p.239 et s.

(117) FRISON-ROCHE (M-A.), «Le contrat et la responsabilité: consentements, pouvoirs et régulation économique», *RTD civ.*, 1998, p.43 et s., spéc. p.49.

(118) MEKKI (M.), *loc. cit.*

(119) STOFFEL-MUNCK (PH.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, *op. cit.*, p.291 et s.

(120) BÉHAR-TOUCHAIS (M.), «Libres propos sur la période de formation du contrat», *LPA*, 6 mai 1998, n°54, p.22.

nom de la justice contractuelle⁽¹²¹⁾, au nom de la proportionnalité⁽¹²²⁾, ou au nom de la bonne foi⁽¹²³⁾.

Soumettre les clauses à un audit multidisciplinaire⁽¹²⁴⁾ qui anticipera l'audit qui aura lieu au stade de leur mise en œuvre représente, donc, une composante essentielle du travail de l'ingénieur du contrat qui est appelé à se lancer dans une véritable mission de «chasse aux excès»⁽¹²⁵⁾. Pour réussir l'exercice, l'ingénieur du contrat doit se comporter comme un véritable «hygiéniste»⁽¹²⁶⁾. Mieux vaut prévenir que guérir. La véritable lutte contre les clauses excessives ne consiste, ainsi, pas à les amputer, mais plutôt à ne pas les écrire du tout. Pour ce faire, les rédacteurs «doivent être informés du faisceau d'indices que le juge utilise pour qualifier une clause d'abusives»⁽¹²⁷⁾. «À l'image d'un chimiste»⁽¹²⁸⁾, l'ingénieur du contrat doit analyser les clauses, doser l'excès, le qualifier, le quantifier et l'éradiquer.

13. Stratégie de contrôle des clauses «suspectes»⁽¹²⁹⁾. Certes, toutes les clauses du contrat ne revêtent pas la même importance⁽¹³⁰⁾. L'attention de l'ingénieur doit donc porter sur les clauses qui ont

(121) BEN SLIMA (H.), «La théorie de la cause et la justice contractuelle», art. préc., p.9.

(122) REBAI (A.), art. préc., p.969 et s. ; NAFTI (L.), art. préc., p.3 et s.

(123) ABID-MNIF (S.), «Le consommateur entre le droit des contrats et le droit de la consommation : concours de normes et une protection toujours insuffisante», art. préc., p.94-95.

(124) C'est dire juridique, économique et politique. V. MEKKI (M.), «Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2^{ème} partie)», art. préc., p.239 et s.

(125) BÉHAR-TOUCHAIS (M.), art. préc., p.22.

(126) MOUSSERON (J-M.), *Technique contractuelle*, op. cit., p.17.

(127) MEKKI (M.), «Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés: rupture ou continuité? Les clauses», *Revue des sociétés*, Octobre 2016, p.562.

(128) FILIBERTI (E.), «La gestion de crise peut-elle être l'avenir des juristes?», *LPA*, 1 déc. 2005, p.4.

(129) BRUN (PH.), «La clause pénale en droit français», *Études juridiques*, 2000, p.92.

(130) V. MEKKI (M.), «Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{ère} partie)», *RDC*, 2006-4, p.1051 et s.

plus de susceptibilité d'être porteuses d'excès. Ceci interpelle une maîtrise du droit des clauses abusives⁽¹³¹⁾ dont la caractérisation se fait par le critère du déséquilibre significatif⁽¹³²⁾.

Certes les clauses abusives qui ont fait l'objet d'une intervention ponctuelle de la part du législateur ne pose pas de problème⁽¹³³⁾. Le contrôle sera ici un simple contrôle de licéité, puisque le rôle de l'ingénieur du contrat se limite à appliquer la loi⁽¹³⁴⁾. Ce sont plutôt les clauses suspectes ou sensibles qui requièrent un effort considérable de la part de l'ingénieur du contrat. Cet effort, se fait dans une perspective interdisciplinaire qui combine entre des données juridiques et d'autres économiques et nécessite une mise en œuvre de

(131) L'expression clause abusive est prise ici dans son acception extensive qui dépasse la connotation consumériste. V. KARIMI (A.), *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, thèse, Strasbourg III, 1995, n° 473 et s. ; KARIMI (A.), «L'application du droit commun en matière de clauses abusives après la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995», *JCP*, 1996, I, 3918, n° 14 et s. ; STOFFEL-MUNCK (PH.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., p.295 ; SINAY-CYTERMANN (A.), «Clauses pénales et clauses abusives : vers un rapprochement», in *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, Actes de la table ronde du 12 décembre 1990, LGDJ, 1991, p.169 et s. ; BORGHETTI (J-S.), «Le juge et les clauses abusives: la vision du droit français», in *Le juge et l'équilibre du contrat*, LPA, 30 mars 2018, n° 65, p.6 et s. ; GRATTON (L.), «Les clauses abusives en droit commun des contrats», *D.*, 2016-1, p.22 et s.

وقد دافع عن هذا الموقف الأستاذ سامي الجري الذي اعتبر أن الفصل 531 م إ ع يمكن أن يمثل أساسا عاما لتوسيع مراقبة البنود المجحفة. يراجع سامي الجري، تفسير العقد، مركز النشر الجامعي، تونس، 1999، ص. 555 و ما بعدها.

(132) PEGLION-ZIKA (C-M.), op. cit., p.229 et s.

(133) Plusieurs exemples peuvent être donnés à cet égard. Dans le COC : la clause prévue en matière de contrat de prêt par laquelle le débiteur consent à des intérêts ou autres avantages qui excèdent notablement le taux normal de l'intérêt (art. 1103 COC), ou encore les clauses léonines en contrat de société qui sont sanctionnées par les art. 1301 et 1302 COC (V. pour plus de détails sur cette question KHALED (S.), «La clause léonine», in *droit et droiture*, Mélanges en l'honneur du professeur Mohamed Zine, CPU, Tunis, 2018, p.459 et s.). Dans les textes spéciaux notamment ceux consuméristes, les exemples sont abondants. V. REKIK (N.), «Les clauses abusives et la protection du consommateur», art. préc., p.115 et s.

يراجع أيضا سامي الجري، المرجع السابق، ص. 555 وما بعدها.

(134) V. MEKKI (M.), «Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2^{ème} partie)», art. préc., p.239 et s.

dons divers : anticipation des risques, pesage des effets des clauses, évaluation de la relation dans son contexte contractuel et dans les circonstances futures etc.

L'ingénieur du contrat se trouve, de la sorte, devant un défi véritable: si les clauses sont minutieusement négociées, bien pensées, correctement pesées et proportionnelles aux engagements pris, elles seront efficaces car en harmonie avec l'économie contractuelle voulue. Si elles ne le sont pas, elles subiront la sanction judiciaire et l'échec de l'ingénieur du contrat sera dès lors annoncé. Pour mesurer la hardiesse de cette tâche, on analysera, dans les propos qui suivront, deux exemples de clauses qui recommandent une vigilance très accrue de la part de l'ingénieur de l'acte, à savoir les clauses pénales, et les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité.

14. Contrôle des clauses pénales. À travers l'insertion d'une clause pénale, les parties du contrat «fixent forfaitairement et par avances des dommages et intérêts qui seront dus en cas d'inexécution»⁽¹³⁵⁾. Une telle clause traduit une volonté réelle des contractants de tout aménager, y compris les conséquences du non-respect des obligations contractuelles, évitant de la sorte les lenteurs et difficultés que peuvent susciter la fixation des dommages-intérêts par le juge⁽¹³⁶⁾. Cependant, alors que la clause est censée épargner aux parties le recours au juge, elle fait l'objet d'un contentieux abondant surtout quand la peine stipulée s'avère excessive.

Cette excessivité représente un risque réel pour les parties puisque le juge peut anéantir les effets de l'aménagement désiré par elles ; et ce en diminuant le montant, en l'augmentant ou en considérant la clause simplement inexistante⁽¹³⁷⁾, revenant ainsi au régime légal de la réparation⁽¹³⁸⁾.

(135) BRUN (PH.), art. préc., p.91.

(136) BRUN (PH.), art. préc., p.93.

(137) BEN SLIMA (H.), «La clause pénale et le pouvoir modérateur du juge», *RJL*, Fév. 1998, p.7 et s.

(138) En effet, depuis l'arrêt des chambres réunies du 28 avril 1994, la ré-visibilité de la clause pénale est de plus en plus admise en droit tunisien (V. pour une

Pour cette raison, l'ingénieur du contrat doit s'abstenir d'insérer une clause pénale manifestement excessive. Il se trouve appelé à apprécier le montant de la future réparation et la comparer aux dommages probables que l'inexécution est supposée provoquer. Certes, l'ingénieur du contrat n'est pas appelé à trouver un rapport d'égalité exacte puisque de toutes les manières «l'indemnité conventionnelle, en tant que réparation forfaitaire déterminée préalablement à la réalisation du préjudice peut difficilement être parfaitement égale au dommage effectif du créancier»⁽¹³⁹⁾. Mais, il doit tout de même détecter l'excessivité déraisonnable dans l'indemnité compromise.

Cette excessivité peut prendre deux formes : l'indemnité peut être déraisonnablement élevée ou au contraire elle peut être complètement dérisoire. Dans les deux cas, l'ingénieur du contrat ne pouvant rester inerte, doit déployer tous ses efforts pour conseiller les parties de s'abstenir d'insérer de telles clauses. Ceci permet de mettre l'accent, encore une fois sur l'importance du devoir de conseil en matière d'ingénierie contractuelle⁽¹⁴⁰⁾.

15. Contrôle des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité se caractérisent par leur effet dangereux puisqu'elles affectent directement ou indirectement le droit à réparation de la victime de l'inexécution du contrat⁽¹⁴¹⁾. Leur insertion dans un contrat est, donc,

analyse détaillée du passage de la jurisprudence tunisienne du refus de la révision des clauses pénales à son admission FRIKHA AJMI (S.), *op. cit.*, p.307 et s. et les arrêts annexés). En droit comparé, la règle de révisibilité est prévue par la plupart des codes civils. Entre autres on peut citer le code de la Lybie (art.226 et 227), le code de l'Algérie (184), le code de la Syrie (art. 224 et 225), le code de l'Irak (art. 180). Le code du Québec (article 1623). En droit français, la règle était prévue par l'ancien art. 1152 C.civ.fr. avant d'être reprise par les termes du nouvel art. 1231-5. (139) ABID-MNIF (S.), «Le principe de la réparation intégrale en matière contractuelle en droit interne», *in droit et droiture*, *op. cit.*, p.35.

(140) V. *supra*, n°5.

(141) V. pour un encadrement général de la notion LEVENEUR-AZÉMAR (M.), *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, Thèse, Université Panthéon-Assas, Paris II, 2016 ; JOURDAIN (P.), «Les clauses relatives à la res-

une opération qui requiert une circonspection avérée de la part des parties⁽¹⁴²⁾ comme de la part du rédacteur de l'acte qui est appelé à déployer un effort double. Il doit, tout d'abord, veiller à ce que la clause ne soit pas porteuse d'incohérence, c'est-à-dire s'assurer qu'elle ne vienne pas priver le contrat de tout intérêt⁽¹⁴³⁾. Il doit, ensuite, montrer une grande rigueur au niveau de la forme pour parvenir à une rédaction minutieuse de la clause en question⁽¹⁴⁴⁾. Et ce n'est qu'en respectant ces consignes que l'ingénieur peut faire face à la «susceptibilité du droit positif»⁽¹⁴⁵⁾ et des juges à l'égard de ces

ponsabilité contractuelle en droit français», *Études juridiques*, 2000, p.144. Et pour la distinction entre ces clauses et les clauses voisines V. STARCK (B.), «Observations sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité», *D.S.*, Chr. XX, 1974, p.32 et s.

(142) Pour les parties, la vigilance se traduit, généralement, par de longs débats à la phase de négociation, et ce afin d'arriver à bien doser les avantages et les inconvénients de telles clauses et leurs impacts sur leurs intérêts respectifs, d'une part et parvenir aux «concessions réciproques» nécessaires pour s'entendre sur le contenu de la clause qui figurera dans le contrat, d'une autre. V. STARCK (B.), *loc. cit.* ; MAZEAUD (D.), «Les clauses limitatives de réparation», in *Les obligations en droit français et en droit belge – convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p.155 et s.; MAZEAUD (D.), «Clauses limitatives de réparation: les quatre saisons», *JCP éd. G*, 2008, I, p.125 ; MAZEAUD (D.), «Vices et vertus du régime des clauses de responsabilité en droit positif», *RDC*, 2008, p.979 et s. ; MATHIEU (M-E.) et GLASER (PH.), «Le réveil des clauses limitatives de responsabilité ou l'équilibre contractuel (enfin !) respecté», *Gaz. Pal.*, 2010, n°245, p.11 et s.

(143) V. MEKKI (M.), «Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2^{ème} partie)» art. préc., p.239 et s.

(144) MATHIEU (M-E.) et GLASER (PH.), *loc. cit.*

(145) ABID-MNIF (S.), «Le principe de la réparation intégrale en matière contractuelle en droit interne», art. préc., p.38. Il convient de rappeler que malgré cette susceptibilité, le principe demeure la validité de ces clauses.

L'affirmation de cette validité découle en droit tunisien des deux art. 242 et 550 COC. Il convient, cependant de rappeler que ce principe de validité est assorti de plusieurs dérogations parmi lesquelles figure l'art. 244 COC selon lequel «on ne peut stipuler d'avance qu'on ne sera pas tenu de sa faute lourde ou de son dol». Aux dérogations législatives, il convient d'ajouter une exclusion prétorienne relative aux clauses qui limitent ou excluent la réparation du dommage corporel. V. l'arrêt de la cour d'appel de Tunis du 28 avril 1999, cité par ABID-MNIF (S.), *loc.*

clauses⁽¹⁴⁶⁾. Une forte analyse de l'économie du contrat, une évaluation des coûts/avantages apportés par la clause en fonction des risques de l'inexécution du contrat et «une pratique conventionnelle accrue»⁽¹⁴⁷⁾ sont ainsi indispensables pour réussir cet exercice.

La clé de voûte de cet exercice est la notion d'obligation essentielle ou fondamentale du contrat⁽¹⁴⁸⁾ qui se définit comme étant l'obligation irréductible, que l'on ne peut réduire à néant ou ne pas exécuter parce qu'elle représente la prestation caractéristique du contrat⁽¹⁴⁹⁾.

cit. et pour l'hésitation de la jurisprudence française à propos de ces clauses V. les références citées à la note n°80.

يراجع أيضا الحبيب بالحاج، «حماية الطرف الضعيف وبنود الإعفاء من المسؤولية»، مجلة بحوث ودراسات قانونية، العدد 11 لسنة 2015، ص. 23 وما بعدها. ومن أجل المراقبة القضائية لهذه البنود انظر الص. 33 وما بعدها.

Pour la validité de ces clauses en droit français V. JOURDAIN (P.), art. préc., p.146 à 148.

(146) V. ALJONDI (M.), *Les juges et les clauses exonératoires et limitatives de responsabilité contractuelle*, thèse, Paris II, 1979 ; MUSUAGHI (A-S.), *Les déclin des clauses d'exonération de responsabilité sous l'influence de l'ordre public nouveau*, LGDJ, 1981 ; DELEBECQUE (PH.), «Les clauses de responsabilité», in *les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Aix, 1990, p.177 et s. ; MAZEAUD (D.), «Les clauses limitatives de réparation», art. préc., p.155.

(147) MATHIEU (M-E) et GLASER (PH.), *loc. cit.*

(148) V. DESLAURIERS-GOULET (CH.), «L'obligation essentielle dans le contrat», *Les Cahiers de droit*, Vol. 55, numéro 4, décembre 2014, p.944 et s. ; GHOZLAN (S.), «La notion d'obligation essentielle dans le cadre du contrôle des clauses abusives: Étude des systèmes juridique français et québécois», *RJTUM*, 2015, n° 49, p.407 ; BURGARD (M.), «L'avènement de la notion d'obligation essentielle dans le contrat», in *métamorphoses de l'acte juridique*, LGDJ et Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 2011, p.37 et s. ; CARVAL (S.), «Clause limitative de responsabilité et manquement à l'obligation essentielle», *RDC*, 2007-4, p.1144.

(149) Le retour à la doctrine permet de relever l'existence de plusieurs manières pour définir cette notion. Un auteur nous a déjà fait un petit répertoire des expressions employées pour décrire l'obligation essentielle : c'est «le noyau dur du contrat, le socle obligationnel, l'essence du contrat, l'obligation contractuelle minimale, la prestation principale du contrat, l'obligation principale, le cœur du contrat, l'obligation fondamentale, l'obligation élémentaire, la prestation essentielle

Représentant «le minimum contractuel obligatoire qui s'impose en dehors de la volonté des parties»⁽¹⁵⁰⁾, cette obligation ne doit pas être anéantie par la clause exonératoire ou limitative de responsabilité⁽¹⁵¹⁾. Sur le plan technique, il serait opportun de suivre la recommandation de la doctrine majoritaire qui plaide pour l'adoption d'une démarche «casuistique»⁽¹⁵²⁾ due à la fois objective et subjective⁽¹⁵³⁾. Ceci permet de mesurer l'aspect fondamentale en revenant à la nature du contrat et à la volonté des parties⁽¹⁵⁴⁾.

Quoi qu'il en soit, l'ingénieur du contrat est appelé à avertir les parties que leur liberté «s'arrête là où commence l'essence du

au cœur de l'entente, la véritable considération, l'objet principal du contrat, la prestation caractéristique», V. DESLAURIERS-GOULET (CH.), art. préc., p.931-932 et les références citées.

(150) JOURDAIN (P.) et VINEY (G.), *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 2001, p.360.

(151) La notion a intégré plusieurs codes civils. L'article 1437 du Code civil du Québec prévoit qu'«est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci» ; En droit français, la notion a intégré le code civil par le nouvel art. 1170 qui prévoit que «Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite». V. pour le rapport entre cette règle et l'équilibre contractuel CHÉNEDÉ (F.), «L'équilibre contractuel dans le projet de réforme», *RDC*, 2015-03, p.655 et s.

(152) THUNIS (X.), «Une notion fuyante: l'obligation essentielle du contrat», in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p.539.

(153) JESTAZ (PH.), «L'obligation et la sanction. À la recherche de l'obligation fondamentale», in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, p.289 ; *contra* V. CARDOSO-ROULOT (N.), *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, éd. L'Harmattan, Paris, 2008, p.33 et s.

(154) «Concernant la première catégorie, il y aurait dans chaque contrat, de par son économie propre, une obligation qui en constitue, par nature, la pièce essentielle, la pièce maîtresse... L'obligation fondamentale par la volonté des parties, quant à elle, est une obligation qui est devenue fondamentale par le prisme des cocontractants qui ont souhaité hisser une obligation annexe au premier rang du contrat en en faisant l'accessoire indispensable de l'obligation fondamentale» ; V. JESTAZ (PH.), art. préc., p. 273 et s.

contrat»⁽¹⁵⁵⁾, sinon toute la réalisation économique du contrat sera atteinte⁽¹⁵⁶⁾. En agissant de la sorte, l'ingénieur réalise deux objectifs à savoir garantir la rationalité du contrat⁽¹⁵⁷⁾, d'une part et préserver son équilibre contractuel⁽¹⁵⁸⁾, d'une autre.

II. ingénierie contractuelle et sauvegarde de l'équilibre économique

16. Un double apport. On est là dans l'hypothèse d'un contrat qui, suite au changement de circonstances perd son équilibre initial parce que son exécution devient excessivement onéreuse pour l'une des parties. Grâce à ses atouts multiples, l'ingénierie contractuelle joue un grand rôle dans la réadaptation des contrats déséquilibrés pour imprévision⁽¹⁵⁹⁾. Et ce en remplissant une double fonction: elle permet, d'abord, d'optimiser le choix de la technique contractuelle à insérer dans le contrat (I), comme elle permet, une fois ce choix effectué de définir le mode le plus efficace de régler la technique choisie (II).

(155) DELEBECQUE (PH.) et MAZEAUD (D.), «Les clauses de responsabilité: clauses de non responsabilité, clauses limitatives de réparation, clauses pénales», in *La sanction de l'inexécution des obligations contractuelles*, L.G.D.J., Paris, 2001, p.378- 379.

(156) JOURDAIN (P.) et VINEY (G.), *op. cit.*, p.360.

(157) On effet, «on ne peut pas à la fois s'engager et ne pas s'engager» (TERRÉ (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil: Les obligations*, 11^{ème} éd., Précis Dalloz, Paris, 2013, p. 660). En d'autres termes, «on ne peut à la fois s'engager à exécuter une obligation essentielle et s'exonérer des conséquences de son inexécution, sans créer une contradiction avec l'engagement et ainsi le priver de cohérence interne MAZEAUD (D.), «Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel», *LPA*, 2004, n°47, n°19.

(158) SEFTON-GREEN (R.), *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*, L.G.D.J., Paris, 2000, p.273 et s. ; dans le même sens V. GHOZLAN (S.), art. préc., p. 422 ; CHÉNEDÉ (F.), *loc. cit.*

(159) On rappelle que la théorie de l'imprévision est caractérisée lorsqu' «une partie confrontée à des circonstances extérieures imprévisibles lors de la conclusion d'un contrat et qui, sans la mettre dans l'impossibilité absolue d'exécuter ses prestations, rendent celles-ci tellement onéreuses, qu'à défaut d'un rééquilibrage des obligations contractuelles, la réalisation de l'objet du contrat se trouverait sérieusement compromise», DELVOLVÉ (J-L.), *Imprévision*, *Rép. civ. Dalloz*, n°1.

A. Optimisation du choix de la méthode d'adaptation du contrat

17. L'utilité avérée des clauses d'adaptation. Avant d'entrée dans les détails du choix de la méthode d'adaptation que l'ingénieur est appelé à mettre en place, on commencera par poser une question préalable à toute discussion en la matière: pourquoi faut-il choisir un système conventionnel d'adaptation des contrats?

En droit tunisien, la réponse est, semble-t-il, plus simple qu'elle ne l'est en droit comparé: c'est parce que notre code ne consacre pas la révision du contrat pour imprévision et que nos juges n'ont pas, jusqu'à présent, pu casser le carcan du sacro-saint principe de la force obligatoire du contrat⁽¹⁶⁰⁾. Le choix d'un système conventionnel de rééquilibrage représente donc l'ultime roue de sauvetage qui empêchera la noyade des contractants dans les chambardements provoqués par des circonstances imprévisibles. En droit comparé, où la théorie de l'imprévision est consacrée par la quasi-totalité des codes civils⁽¹⁶¹⁾, les clauses d'adaptation perdent-elles leurs importances?

(160) Et ce malgré les cris doctrinaux qui ne cessent de s'élever pour franchir le pas et permettre au juge de réviser le contrat que ce soit en réclamant une intervention législative dans ce sens, ou en considérant qu'on n'a nul besoin de cette intervention puisque le dispositif juridique actuel parvient à légitimer une telle révision. V. pour comprendre les termes du débat BEN AICHA (N.), «La révision du contrat pour exorbitance: développements récents», in *La passion du droit, Mélanges en l'honneur du professeur Mohamed Larbi Hachem*, Tunis, 2006, p.187 ; MEZGHANI (A.), *Le cadre juridique des relations commerciales internationales de la Tunisie*, Centre d'études de recherches et de publication, col. Bibliothèque de droit de sciences politiques et économiques, t. VI, 1981, p. 339 ; MELLOULI (S.), «Le juge et l'équité, réflexion sur le recours à l'équité par le juge en droit privé interne», *RTD*, 1983, p.511 et s.

محمد محفوظ، دروس في العقد، دروس في العقد، أحكامه العامة، الطبعة الثانية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2021، ص. 414 و ما بعدها، سامي الجربي، المرجع السابق، ص. 591؛ كريم بولعابي، حسن النية في المادة التعاقدية، مجمع الأثرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص. 255.

(161) Entre autres, on peut citer les articles 1467 et 1468 du code civil italien ; 313 du BGB ; article 6.5.3.11 du nouveau code néerlandais (N.B.W) ; art. 388 code de la Grèce ; art. 437 code Portugais ; art. 269 code polonais ; Art 147 C. civ. égyptien ; Art. 107 code algérien ; art. 147 code libyen ; art. 148 code Syrien ; art. 146 code de l'Irak ; art. 205 code jordanien ; art. 249 code des obligations Émiratis ;

La réponse à cette question nous paraît bien négative. En effet, le retour aux différentes expériences législatives, permet de relever l'ampleur des controverses théoriques et des difficultés pratiques suscitées par les dispositions qui consacrent la théorie de l'imprévision⁽¹⁶²⁾. Ces controverses ont incité certains à considérer que la non consécration de la théorie «est préférable en ce qu'elle est une puissante incitation à l'adoption de clauses qui apportent une réponse sur mesure aux difficultés nées de l'instabilité économique et monétaire»⁽¹⁶³⁾.

18. Petit bilan des zones d'ombres des solutions législatives.

Sans aucune prétention à l'exhaustivité, on essaiera de relever, dans les propos qui suivent, les embarras qui ont le plus irrité la doctrine lors de l'analyse des solutions législatives en matière d'imprévision. Certains de ces embarras concernent les conditions de mise en œuvre de la théorie de l'imprévision qui ont suscité plusieurs interrogations à cause de la brièveté des textes en les traitant⁽¹⁶⁴⁾. Entre autres, on

art. 146 code de commerce Koweïtien ; art. 137 code Soudanien ; et dernièrement le législateur français s'est ajouté à la liste après la consécration de la théorie dans le nouvel art. 1195 C.civ.fr.

(162) ALMEIDA PRADO (M.), «Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe». *RIDC*, Vol. 62, n°4, 2010, p.872 et s.

(163) V. FAUVARQUE-COSSON (B.), «Le changement de circonstances», *RDC*, 2004 -1, n° 27 et s.

En dépit de la légitimité des craintes doctrinales à l'égard de la consécration législative de la révision judiciaire des contrats pour imprévision, nous pensons que l'existence de telles dispositions législatives reste préférable à leur absence. En effet, l'intervention des juges pour corriger les déséquilibres survenus représente l'ultime roue de sauvetage de l'équilibre contractuel en cas d'absence de clauses de réadaptation du contrat. Bien évidemment, la meilleure solution en la matière est d'énoncer des clauses par lesquelles les parties aménagent par elles-mêmes l'imprévision, mais si ces clauses font défaut, mieux vaut réadapter le contrat par le juge (avec tous les inconvénients que présente une telle réadaptation) que se trouver contraint d'exécuter un contrat économiquement ruineux.

(164) Pour une étude comparative plus fournie sur la question V. SEIFELNASR (S.), *Regards croisés sur la théorie de l'imprévision en droit des pays arabes et en droit français*, thèse, Université Montpellier, 2020, p.112 et s.

peut citer le doute relatif au domaine d'application de la théorie de l'imprévision⁽¹⁶⁵⁾, le débat concernant la nature et les caractéristiques de l'évènement qui justifie le recours à cette théorie⁽¹⁶⁶⁾ et les incertitudes à propos de l'évaluation de l'onérosité excessive⁽¹⁶⁷⁾.

Ceci étant, les embarras relatifs aux effets de l'imprévision sont encore plus irritants. En effet, la plupart des textes prévoit la révision du contrat ou sa résiliation par le juge, et ne dit aucun mot à propos de sa renégociation et sa réadaptation par les parties⁽¹⁶⁸⁾. Le

(165) La question se résume comme suit : la théorie s'applique-t-elle aux contrats à exécution successive seulement ou bien elle doit s'étendre aux contrats à exécution instantanée qui s'inscrivent dans le temps ? Il convient de préciser que le législateur italien a pris la peine de déterminer le domaine d'application de la théorie contrairement à la plupart des législations comparées (art. 1467 du Code civil italien). V. DEBERNARDI (G.), «Imprévision: de l'expérience italienne à l'innovation française», *LPA*, 23 mars 2018, n°060, p.7 et s. spéc. n° 8 et s. ; MEKKI (M.), «De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ?», *AJ contrat*, avril 2020, p.172-173 ; du même auteur «Réforme des contrats et des obligations: l'imprévision», *JCP éd. N*, 2017, n°3, p.5- 8 ; CATILLON (V.), «L'article 1195 du code civil à l'épreuve des instruments dérivés», *RTD com*, 2018, p.254 ; MOURY (J.) et FRANÇOIS (B.), «De quelques incidences majeures de la réforme du droit des contrats sur les cessions de droits sociaux», *D.*, 2016-n°38, p.2232 et s.

(166) En effet, la plupart des textes emploie des mots très généraux qui ouvrent les voies aux interprétations judiciaires. V. SEIFELNASR (S.), *op. cit.*, p.114 et s. ; DEBERNARDI (G.), art. préc., n°14 et s. ; ALMEIDA PRADO (M.), art. préc., p.872 et s.

(167) L'excès étant «une notion élastique», pour l'évaluer, faut-il adopter une approche objective qui ne prend en considération que le degré de déséquilibre des prestations, ou bien faut-il procéder par une analyse subjective qui évaluera le préjudice subi par le débiteur en fonction de sa situation financière personnelle ? Pour une présentation très complète des termes de ce débat V. DESHAYES (O.), GENICON (T.) et LAITHIER (Y- M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Commentaire article par article, LexisNexis, p.396 ; AYNES (L.) et BÉNABENT (A.), «Force majeure et révision pour imprévision», *RDC*, 2021-1, p.157 et s. ; GRYNBAUM (L.), *Le contrat contingent, l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, LGDJ, 2004, p.28 et s.

(168) Par exemple, l'art. 147 code civil égyptien et les dispositions qu'il a inspirées prévoient que «le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue

législateur français⁽¹⁶⁹⁾ a pour sa part mis en place tout un processus composé de plusieurs étapes parmi lesquelles figure la renégociation du contrat par les parties⁽¹⁷⁰⁾. Mais, en cas d'échec de ces renégociations, on revient à la même issue du juge qui va *in fine* décider du sort du contrat et de son contenu⁽¹⁷¹⁾. Finalement l'entreprise peut déboucher sur un contrat en forme de jugement, ou un «contrat imposé»⁽¹⁷²⁾ créant «une situation légale» très différente de celle à laquelle les parties ont consenti⁽¹⁷³⁾.

Plusieurs auteurs tirent la sonnette d'alarme à ce propos: le juge «converti en expert économique»⁽¹⁷⁴⁾, «a-t-il la culture de métier lui permettant d'apprécier l'opportunité de ce qui ressemblera à une décision de gestion?»⁽¹⁷⁵⁾. Et puis, est-il vraiment «armé»⁽¹⁷⁶⁾ pour le faire? La doctrine répond à cette question négativement: «le juge, explique-t-on, n'est pas dans son élément, spécialement dans les sec-

excessive». L'art. 1467 code civil Italien prévoit que la partie qui est débitrice de cette prestation peut demander la résolution du contrat, et que la partie à l'encontre de laquelle est demandée la résolution du contrat peut l'éviter en offrant de modifier selon l'équité les termes du contrat. L'art. 205 code civil jordanien prévoit que le tribunal peut selon les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire l'obligation excessive dans une mesure raisonnable, en fonction de l'équité.

(169) V. pour une comparaison entre la solution française et celle italienne DEBERNARDI (G.), art. préc., p.7 et s.

(170) V. art. 1195 C.civ.fr.

(171) Comme l'a très bien exprimé la doctrine, l'inventaire des possibilités offertes au juge, «fait frissonner»: le juge peut tout modifier: il peut redéfinir l'objet des prestations, modérer leur *quantum*, agir sur les modalités d'exécution, etc. V. STOFFEL-MUNCK (PH.), «L'imprévision et la réforme des effets du contrat», RDC, 2016, n° hors-série, 01/04/2016, p.30 et s.

(172) V. MOREL (R.), «Le contrat imposé», in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, Études offertes à Georges Ripert, T.2, LGDJ, 1950, p.116 et s.

(173) V. GRYNBAUM (L.), *op. cit.*, p.273 et s.

(174) GIJSBERS (CH.), «La révision du prix», RDC, 2017- n°3, p. 564 et s., spéc. n° 11.

(175) STOFFEL-MUNCK (PH.), «L'imprévision et la réforme des effets du contrat», *loc. cit.*

(176) GIJSBERS (CH.), art. préc., n°11.

teurs dont la compréhension nécessite une culture technique qu'il n'a pas»⁽¹⁷⁷⁾. Ce serait «une mission fantastiquement plus ambitieuse (et vertigineuse) pour nos magistrats qui, intellectuellement formés à dire le droit, n'auront pas nécessairement la compétence ni même le goût de porter un tel fardeau»⁽¹⁷⁸⁾.

19. Les vertus promises par l'ingénierie contractuelle. Le problème de l'adaptation du contrat en cas d'imprévision est, donc, un problème d'ordre économique, auquel «ni la meilleure des dispositions législatives», ni le plus talentueux des juges ne sauraient apporter une solution parfaitement satisfaisante⁽¹⁷⁹⁾. L'énonciation d'un système conventionnel d'adaptation se présente, ainsi, comme un exercice nécessaire d'ingénierie contractuelle, que ce soit dans les droits qui ne consacrent pas la théorie de l'imprévision ou dans ceux qui, ont laissé une certaine marge à la liberté des parties en rendant les dispositions relatives à l'imprévision supplétives⁽¹⁸⁰⁾.

Dans les deux cas, ce que promet l'ingénierie contractuelle ici c'est de mettre en œuvre un système de réadaptation qui allie entre sécurité et respect de la volonté des contractants⁽¹⁸¹⁾ ; c'est à dire un système qui assure «la poursuite harmonieuse de la relation contractuelle»⁽¹⁸²⁾, tout en préservant le contrat comme la chose des parties⁽¹⁸³⁾.

(177) STOFFEL-MUNCK (PH.), «La réforme en pratique, la résiliation pour imprévision», *AJCA*, juin 2015, p.263.

(178) GIJSBERS (CH.), *loc. cit.*

(179) MAGAR (F.), «Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et renégociation», *D.*, 2010, n°30, chr., p.1965.

(180) Selon certains, la règle supplétive assure, ici, une fonction «répulsive», afin d'inciter les parties à prendre en main leur destin contractuel ; et ce, «dans un souci d'apaisement des conflits et de poursuite des relations contractuelles, mieux vaut que les parties prévoient elles-mêmes la révision du contrat, sans le secours d'un juge». V. FAUVARQUE-COSSON (B.), *loc. cit.*

(181) V. STOFFEL-MUNCK (PH.), «Les répliques contractuelles», *RDC*, 2010-1, p. 430 et s.

(182) MATRAY (D.) et VIDTS (F.), art. préc., p.102.

(183) STOFFEL-MUNCK (PH.), «Les répliques contractuelles», art. préc., n°1.

Pour réussir cette mission, l'ingénieur du contrat est appelé à adopter un raisonnement factuel et casuistique mené dans une approche globale qui considère la relation contractuelle dans sa totalité et non pas seulement le contrat juridique dans lequel figurera la clause de rééquilibrage. Une analyse des rapports de force, des taux de dépendance, des autres contrats en cours entre les parties et même des affaires à venir s'impose pour optimiser le choix du mécanisme d'adaptation⁽¹⁸⁴⁾. Bien évidemment le choix du mécanisme contractuel d'adaptation dépend, aussi, de la prise en compte des données propres au secteur concerné⁽¹⁸⁵⁾.

Force est de préciser qu'aucune limite, si ce n'est celles découlant des règles d'ordre public, ne peut limiter l'ingéniosité du rédacteur qui est, ainsi, appelé à exploiter au maximum les zones de liberté afin de concevoir une procédure de réadaptation sur mesure. Le praticien peut décider «de ne pas entrer dans une catégorie de clauses prédéterminées»⁽¹⁸⁶⁾, et d'inventer un mécanisme de réadaptation inédit. On peut même, pour ne rien laisser au hasard, apporter des solutions aux hypothèses les plus rarissimes, telle que celle du déséquilibre survenu par des gains imprévus réalisés suite aux changements des circonstances⁽¹⁸⁷⁾.

20. La palette de choix. Les techniques contractuelles offrent une très large palette de choix de mécanismes permettant aux parties de «prendre en main leur destin contractuel»⁽¹⁸⁸⁾. Pour pouvoir choisir le mode d'adaptation qui s'accorde le mieux avec la volonté des contractants, un premier choix est à faire entre les clauses qui opèrent d'une façon passive, c'est-à-dire automatiquement, et celles

(184) MAGAR (F.), art. préc., p.1961.

(185) MATRAY (D.) et VIDTS (F.), art. préc., p.111.

(186) MEKKI (M.), «Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{ère} partie)», *loc. cit.*

(187) V. pour comprendre ce cas particulier BOUTONNET (M.), «L'obligation de renégocier le contrat au nom de la lutte contre les gaz à effet de serre», notes sous Cour d'appel de Nancy, 26 septembre 2007, *D.*, 2008-n°16, p.1120 et s. ; *JCP*, 2008, II, p.10091 notes LAMOUREUX (M.) ; *RTD civ.*, 2008, p. 295, obs. FAGES (B.).

(188) FAUVARQUE-COSSON (B.), art. préc., n° 27.

qui fonctionnent d'une manière active ou par une rencontre des parties⁽¹⁸⁹⁾. Une fois ce choix effectué, un deuxième choix s'impose. Il s'agit de choisir dans la palette des clauses passives, ou celles actives la ou les clauses convenables. Bien évidemment, ce choix doit prendre en considération la licéité de la clause choisie selon la matière contractuelle d'une part⁽¹⁹⁰⁾, et le types des crises contre lesquelles les parties veulent se prémunir, d'une autre⁽¹⁹¹⁾. Dans la première classe on trouve les clauses d'indexation, les clauses d'échelle mobile, les clauses d'offre concurrente et les clauses du client le plus favorisé. Dans la deuxième figurent les clauses de renégociation, de sauvegarde, de force majeure, de substitution etc.

Avec l'évolution de plus en plus remarquable des techniques contractuelles, la marge du choix s'est beaucoup élargie et il devient de plus en plus possible de conceptualiser un régime d'adaptation optimal en terme d'adéquation avec le contrat en cause comme en terme d'efficacité.

202

B. Maximisation de l'efficacité de la méthode de rééquilibrage

21. Consignes de l'exercice. Malgré toutes les vertus promises par les clauses de rééquilibrage du contrat, elles ne réussissent pas toujours à donner une solution satisfaisante au problème de l'imprévision, et ce soit parce qu'elles souffrent d'un défaut au niveau de leur rédaction, soit parce qu'elles auraient omis d'aménager les

(189) Pour certains, la classification est plutôt tripartite puisqu'il faut distinguer entre les clauses non automatiques, celles semi-automatiques et celles automatiques. V. BARBIERI (J.), *Vers un nouvel équilibre contractuel ? Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat*, thèse, Toulouse, 1981, p.401 et s.

(190) Pour un encadrement de la question en droit tunisien V. FRIKHA AJMI (S.), *op. cit.*, p.257 et s.

(191) On pense là particulièrement au critère de la normalité de l'évolution. Les clauses automatiques sont destinées à régir les événements plutôt normaux et modestes. Les évolutions plus brutales et brusques méritent des mesures plus sophistiquées qui n'opèrent pas automatiquement. STOFFEL-MUNCK (PH.), «Les répliques contractuelles», art. préc., n°4.

détails de la réadaptation du contrat⁽¹⁹²⁾. Le problème devient donc un problème d'efficacité.

Pour un auteur, pour maximiser l'efficacité des clauses d'adaptation des contrats, il faut faire preuve «de modestie juridique et d'intelligence économique»⁽¹⁹³⁾. On objectera à cette position que la réussite exige un maximum d'intelligence juridique comme économique. «La santé économique passe (certes) par la santé contractuelle»⁽¹⁹⁴⁾ ; mais on a aussi besoin de beaucoup d'économie pour garantir la santé contractuelle. Et c'est justement cette approche globale qui constitue l'apport majeur de l'ingénierie contractuelle en matière des clauses de hardship.

Loin de constituer «un simple exercice de style»⁽¹⁹⁵⁾, la rédaction de ces clauses est un exercice très délicat⁽¹⁹⁶⁾ d'ingénierie. On dira même que c'est l'exercice le plus pointu d'ingénierie contractuelle. Pour le réussir, une première règle s'impose : oublier les «clauses de style, si peu remaniées, si souvent imitées et reproduites à l'infini»⁽¹⁹⁷⁾. Ceci permettra de couper les ponts avec la démarche classique bâtie autour de l'abstrait et standardisé pour migrer vers un raisonnement qui prône le concret, le sur mesure, le bien dosé et le plus clairement exprimé⁽¹⁹⁸⁾.

La deuxième règle à appliquer est de garder en esprit que l'efficacité d'une clause de réadaptation ne dépend pas seulement de sa qualité rédactionnelle. En effet, la rédaction n'est que le point d'arrivée de tout un cheminement réflexif qui nécessite la capacité de stratégie, la créativité du juriste, le sens d'analyse économique, une

(192) سامي الجريبي، المرجع السابق، ص. 584.

(193) MAGAR (F.), art. préc., p.1960.

(194) BARTHEZ (A-S.), «Crise économique et contrat: les remèdes», *RDC*, 2010-n°1, p. 467.

(195) KLEIN (J.), «Les clauses relatives aux événements imprévus: validité? Efficacité? Interprétation?», *RDC*, mars 2021, n°2.

(196) V. MATRAY (D.) et VIDTS (F.), art. préc., p.136.

(197) MATHIEU (M-E.) et GLASER (PH.), *loc. cit.*

(198) KLEIN (J.), art. préc., n°11.

bonne connaissance du contexte de l'opération globale⁽¹⁹⁹⁾, une forte capacité d'anticipation des scénarios et stratagèmes que les parties peuvent mettre en œuvre pour faire supporter la grande part de l'impact de l'imprévision à autrui, une considération de l'importance du temps dans le monde économique, etc.

Dans les propos qui suivront, on essaiera, en se servant des clauses *hardship* comme modèle, d'insister sur les règles que le rédacteur est appelé à suivre pour parvenir à éviter les multiples «zones d'ombre» qui peuvent réduire voire anéantir l'efficacité de ces clauses très répandues en pratique⁽²⁰⁰⁾. En effet, la conception et la rédaction de d'une clause *hardship* nécessitent une grande attention de la part du praticien pour parvenir à bien déterminer ses deux éléments à savoir l'élément déclencheur, d'une part et les conséquences qui y sont attachées, d'une autre⁽²⁰¹⁾.

22. Bien concevoir l'élément déclencheur. Pour définir l'élément déclencheur de la clause, les parties peuvent soit choisir d'étendre sa conception ou plutôt de le concevoir d'une façon stricte⁽²⁰²⁾, ou opter pour une acception modérée. Sur le plan de la technique contractuelle, le rédacteur peut, selon le choix des parties, soit opter pour une définition conçue en des termes généraux et abstraits, soit identifier les situations de *hardship* dans une liste exhaustive; soit combiner entre les deux méthodes en définissant la situation tout en lui ajoutant une liste non exhaustive d'exemples⁽²⁰³⁾. Chacune de ces méthodes présente des avantages et des inconvénients. Par exemple, «une rédaction trop ouverte peut laisser la place à des demandes de mises en œuvre trop fantaisistes ou trop fréquentes. Une rédaction

(199) MAGAR (F.), *loc. cit.*

(200) FAUVARQUE-COSSON (B.), art. préc., n°33 et s.

(201) V. MATRAY (D.) et VIDTS (F.), art. préc., p.112.

(202) Ici, les parties vont circonscrire les causes de *hardship* dans des limites très strictes et ce en énonçant les événements dont la réalisation constituerait à leur estime une situation de *hardship*, V. MATRAY (D.) et VIDTS (F.), art. préc., p.119 et s.

(203) V. MATRAY (D.) et VIDTS (F.), art. préc., p.112.

trop fermée pourra ne pas appréhender une situation qui n'aura pas été envisagée»⁽²⁰⁴⁾. Certes, avec la crise sanitaire et les limites de la pratique contractuelle qu'elle a révélées, les praticiens vont changer leur manière de concevoir les éléments déclencheurs puisqu'il est désormais clair que «les circonstances exceptionnelles ne tiennent pas seulement à une crise économique ou géopolitique, (et que) les difficultés d'exécution ne résultent pas uniquement d'un coût majoré par l'inflation ou la hausse du prix des matières premières. L'imprévu, c'est aussi une pandémie mondiale à l'ampleur inenvisageable qui bouleverse radicalement l'exécution de l'ensemble des contrats dans tous les secteurs, dans tous les pays et pour tous les contractants»⁽²⁰⁵⁾.

Dorénavant, il serait donc plus judicieux de déterminer l'évènement déclencheur en focalisant non pas sur la nature des circonstances mais plutôt sur leurs implications sur les relations contractuelles⁽²⁰⁶⁾. Pour ce faire, l'ingénieur du contrat peut fait recours aux critères qualitatifs ou quantitatifs. En les combinant, il confère à la clause un domaine d'intervention bien précis. À travers les critères qualitatifs, on peut choisir de déclencher la clause lorsque l'une des parties subit un dommage ou même recueille un avantage imprévu ; ou aussi lorsque les charges et les coûts supportés par l'une des parties augmentent de façon substantielle, ou encore lorsque le contrat cesse de procurer les avantages escomptés⁽²⁰⁷⁾. Par les critères quantitatifs, les parties peuvent déterminer l'ampleur du bouleversement qui justifierait la mise en œuvre de la clause. Au lieu de recourir aux expressions trop intuitives de bouleversement considérables, ou fondamentaux ou substantiels, ou aux critères trop mous qui renvoient à l'équité et la loyauté, les indices chiffrés servent à donner plus de détails et donc à conférer plus de sécurité aux parties⁽²⁰⁸⁾. La ques-

(204) MAGAR (F.), art. préc., p.1962.

(205) KLEIN (J.), art. préc., spéc. n°3.

(206) MATRAY (D.) et VIDTS (F.), art. préc., p.116.

(207) MATRAY (D.) et VIDTS (F.), art. préc., p.117.

(208) LIBCHABER (R.), *op. cit.*, p.77.

tion de la preuve de l'existence de l'élément déclencheur mérite elle aussi d'être bien aménagée et ce à travers la distribution de la charge de la preuve, la détermination du type de la documentation requise, la fixation de la manière avec laquelle les documents doivent être échangés, etc.⁽²⁰⁹⁾.

23. Un code de conduite pour la renégociation. Pour ce qui est des conséquences attachées à la situation de *hardship*, la précision est également de mise pour ne pas mettre en place un mécanisme d'adaptation dépourvu de toute utilité⁽²¹⁰⁾. Le fonctionnement du mécanisme d'adaptation doit, donc, être circonscrit au détail près. Par exemple, dans les clauses invitant les parties à renégocier les termes du contrat pour rétablir l'équilibre rompu par la situation de *hardship*, il est vital de s'entendre sur les détails de cette renégociation. L'ingénieur du contrat est, donc appelé à mettre en place un code de conduite bien architecturé qui fixera les actes et les attitudes⁽²¹¹⁾ compris dans cette obligation de renégociation. Il s'agit, entre autres, d'organiser la manière avec laquelle les propositions entre les parties doivent s'échanger, de fixer un certain seuil en deçà duquel les propositions perdraient leur sérieux, de choisir la manière avec laquelle les parties feront connaître leur proposition, de préciser les délais pour faire des propositions comme pour faire connaître sa réaction par rapport aux propositions émises par l'autre partie⁽²¹²⁾. On peut même, pour se prémunir contre les refus systématiques, exiger une explication à tout refus. En outre, pour rendre la négociation constructive, on peut exiger que chaque refus soit suivi d'une contre-proposition de la partie qui l'aurait refusée.

(209) MAGAR (F.), art. préc., p.1962.

(210) MATRAY (D.) et VIDTS (F.), art. préc., p.123.

(211) V. AYNES (L.), «Le devoir de renégocier», *RJcom*, 1999, p.18.

(212) Cette durée ne doit pas être «ni trop longue pour ne pas mettre en péril le contrat, ni trop courte pour ne pas priver les parties des chances d'aboutir», MAGAR (F.), art. préc., p.1963.

Ce code de conduite ne permet pas seulement de promouvoir le succès de la renégociation, mais empêche de tomber dans l'absurde. Qu'il y a-t-il de plus absurde que de penser qu'il suffit à un contractant «pour remplir ses obligations de rencontrer son partenaire et de répondre par la négative à toutes ses propositions seraient-elles parfaitement raisonnables, sans qu'il soit même tenu de faire suivre ce refus d'une contre-proposition ?», s'interroge un auteur⁽²¹³⁾.

Il importe, par ailleurs, de décider de la suspension ou de continuité de l'exécution du contrat durant la période de renégociation⁽²¹⁴⁾. L'implication de cette question étant très importante sur le plan économique, l'ingénieur du contrat ne peut la laisser à l'interprétation risquée des parties.

Finalement, en cas d'échec de la renégociation, la solution doit être déterminée avec précision. Deux sorts sont généralement prévus par les clauses à savoir la résiliation à un terme défini ou le recours à un arbitre. Dans le cas où les parties décident de recourir à un arbitre, la mission de ce dernier doit être déterminée avec précision. En plus, il faudra régler la question du partage des coûts de l'expertise entre les parties⁽²¹⁵⁾. Il sera tout aussi important de donner un caractère exécutoire à sa décision⁽²¹⁶⁾.

207

(213) LEQUETTE (Y.), «De l'efficacité des clauses *hardship*», in *Liber amicorum C. Larroumet*, Economica, 2010, p.274.

(214) D'ailleurs, cette question a partagé la doctrine. Plusieurs auteurs se prononcent dans le sens de la continuité de l'exécution (OPPETIT (B.), «L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: La Clause de *Hardship*», *JDI*, 1974, p.807 ; FAUVARQUE-COSSON (B.), art. préc., n°40 ; LEQUETTE (Y.), «De l'efficacité des clauses *hardship*», in *Liber amicorum C. Larroumet*, Economica, 2010, p.274 ; AYNES (L.), «Le devoir de renégocier», *RJ COM*, 1999, p.19) ; alors que d'autres se prononcent dans le sens de la suspension du contrat. V. par exemple GHESTIN (J.) et BILLIAU (M.), *Le prix dans les contrats de longue durée*, LGDJ, Paris, 1990, p.138.

(215) MAGAR (F.), art. préc., p.1963.

(216) HAERI (K.) et RAZAVI (M.), «La prévision dans le contrat, la prévision dans le procès», *Gaz. Pal.*, 30 déc. 2010, p.14.

24. Conclusion. L'ingénierie contractuelle est, somme toute, une approche qui promet beaucoup en matière de justice contractuelle. Dans son administration de l'équilibre économique, l'ingénieur du contrat se présente comme un chef d'orchestre qui est appelé, à travers des gestes très subtils, à guider des instruments très différents, à gérer des voix discordantes, et à imposer le respect de la rythmique et des nuances aux contractants. La vocation est certes, grandiose : le contrat peut, s'il réussit sa mission, être la mélodie joyeuse des parties ; s'il échoue, non pas seulement il fera du contrat cacophonique une sorte d'opération portes ouvertes, mais aussi, les parties se perdront à vouloir suivre le rythme chaotique d'un contrat déséquilibré.

À la fin de cette analyse, une question s'impose, pour ne pas être trop emporté par la beauté de l'allégorie: notre contexte actuel des professions juridiques est-il capable d'accueillir cette approche et de la transformer en concept juridique véritable? Malheureusement, la réponse nous paraît bien négative. La formation des juristes est, jusqu'à aujourd'hui, conçue d'une manière très centrée sur les problèmes d'ordre juridique. L'aspect économique demeure complètement dans l'ombre dans le cursus universitaire comme dans les formations professionnelles des avocats ou des notaires.

Si on espère réaliser des évolutions véritables, il est, donc, impératif de lancer les grands chantiers: les formations des juristes doivent être repensées, les règles de déontologie doivent se renforcer⁽²¹⁷⁾, la question de la responsabilité du rédacteur doit être mieux réglementée, etc. En attendant, les praticiens sont appelés à moderniser leurs stratégies et leurs approches. En d'autres termes, ils doivent se réinventer pour ne pas disparaître dans ce monde juridique plein de mouvements⁽²¹⁸⁾.

(217) Surtout à travers le renforcement du devoir de conseil et la consolidation de l'impartialité du rédacteur.

(218) SCILLATO DE RIBALSKY (L.), *L'avocat face à la justice du 21^{ème} siècle*, thèse, Aix-Marseille, 2020, p.16 et s.