

§ 5. *Conclusion*

- 3.166 Depuis son avènement par le Code Napoléon en 1804, le principe de la convention-loi a connu bien des évolutions.
- 3.167 Son apogée se situe à l'époque de gloire de la pensée et du système libéral. Au vu de l'incapacité de ce régime politique et économique à créer et maintenir une égalité réelle entre les citoyens, le postulat de la convention-loi a, petit à petit, fait l'objet de nombreuses dérogations et aménagements.
- 3.168 Les conditions des exceptions ou limites ne sont cependant pas toutes bien définies, certains fondements font encore l'objet de discussions, etc.
- 3.169 La matière est donc loin d'être épuisée et il appartient aux praticiens d'être vigilants, inventifs, audacieux afin de poursuivre l'évolution de ces règles au regard de l'évolution des mentalités et des nécessités de la société.

SECTION 4. LA FORCE MAJEURE

par STÉPHANIE MICHAUX¹ et DENIS PHILIPPE²

Bibliographie

- ANTONMATTEI, P.H., *Contribution à l'étude de la force majeure*, Paris, L.G.D.J., 1992.
- COIPEL, M., *Eléments de théorie générale des contrats*, 1999, p. 137.
- DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil*, 1964, p. 602.
- FONTAINE, M., in *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 186.

§ 1^{er}. *Source – Notion*

- 4.1 Définition. – L'on peut, en guise d'introduction et sous réserve des développements ultérieurs, définir la force majeure comme suit.
- La force majeure exonère le débiteur de sa responsabilité lorsque surviennent postérieurement à la conclusion du contrat des circonstances présentant les caractéristiques suivantes:
- non-imputabilité;

1. Avocate au Barreau de Bruxelles et assistante à l'Université catholique de Louvain.

2. Avocat au Barreau de Bruxelles et de Luxembourg, professeur à l'Université catholique de Louvain et chargé de cours à l'Université de Paris Nanterre.

II.1. LE CONTRAT

- imprévisibilité;
- irrésistibilité.

Le cocontractant est lui aussi dispensé de l'exécution de son obligation en application de la théorie des risques.

La force majeure est un concept qui s'applique dans la responsabilité contractuelle comme dans la responsabilité quasi délictuelle. Nous nous limiterons ici à l'analyse de la force majeure en matière contractuelle.

- 4.2 Sources. – La force majeure fait l'objet d'une réglementation légale; le Code civil dispose en effet: «*Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part*» (art. 1147).

«*Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé ou a fait ce qui lui était interdit*» (art. 1148).

Le Code civil prévoit ainsi une exception au principe de la responsabilité contractuelle, mais n'élabore pas un principe de la force libératoire de la cause étrangère.

On en déduit que la force majeure, le cas fortuit, la cause étrangère sont libératoires, c'est-à-dire exonérateurs de responsabilité. Ils agissent au niveau de la causalité, en supprimant l'imputabilité¹.

Ces dispositions, si elles ont le mérite d'exister, ne sont toutefois pas très explicites. Elles formulent très vaguement un principe général, articulé autour de trois notions (force majeure, cas fortuit, cause étrangère) qu'elles citent sans définir.

Le caractère laconique des articles 1147 et 1148 du Code civil a suscité et suscite encore de nombreuses hésitations et controverses quand il s'agit de déterminer en quoi exactement consistent la cause étrangère, la force majeure et le cas fortuit. Nous aborderons quelques-unes de ces difficultés lorsque nous tenterons de mettre au point les conditions requises pour qu'il y ait force majeure.

Nous pouvons toutefois, dès à présent, éclaircir deux points qui, s'ils ont donné lieu à moult discussions, sont aujourd'hui fort heureusement résolus.

Une première difficulté s'est présentée d'emblée concernant le lien à établir entre la cause étrangère, d'une part (C. civ., art. 1147), et force majeure/cas fortuit, d'autre part (C. civ., art. 1148).

A ce propos, on a compris très tôt que la «cause étrangère» constitue une expression plus large que force majeure et cas fortuit. Sous le couvert de cause étrangère, l'on pourra aussi inclure une notion générique dont la force majeure et le cas fortuit sont des espèces. Ce qui permet d'envisager, à côté de ces dernières, l'existence d'autres causes étrangères exonératoires, qui sont traditionnellement le fait du tiers, le fait du prince et le fait ou la faute du créancier.

1. Cf. *infra*, § 5 de cette section.

Dans cette optique, l'article 1147 formule le véritable principe général, tandis que l'article 1148 envisage le(s) cas particulier(s) de force majeure/cas fortuit.

Cette relation cause étrangère/force majeure/cas fortuit n'a jamais été remise en question par la suite.

S'est posée ensuite la question de la nécessité d'établir une distinction entre la force majeure et le cas fortuit. Certains auteurs, en effet, ont déduit du libellé de l'article 1148 du Code civil («... *par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit* ...») que ces deux concepts ne recouvraient pas la même réalité. Le cas fortuit serait l'événement «interne», se rattachant à l'activité du débiteur ou de son entreprise (incendie, avarie de matériel, déraillement, ...); la force majeure viserait l'événement externe, s'imposant du dehors (inondation, foudre, ouragan, ...). Une telle distinction reçoit, il est vrai, une consécration en matière d'accidents du travail, où l'on considère que les cas fortuits internes (tel l'éclatement d'une chaudière) ne peuvent être considérés comme des causes étrangères exonératoires.

Il a été avancé aussi que le cas fortuit désigne plutôt l'événement imprévu et la force majeure l'événement insurmontable.

Ces théories n'ont toutefois reçu aucun écho dans la jurisprudence et toute tentative de différenciation des notions de force majeure et de cas fortuit a été définitivement abandonnée. Il suffit du reste d'examiner le Code civil, qui, à divers endroits, évoque le cas fortuit ou la force majeure en utilisant ces termes indifféremment, pour se convaincre du bien-fondé de l'attitude actuelle de la doctrine et de la jurisprudence.

Les parties peuvent néanmoins, cela va de soi, créer contractuellement la distinction force majeure/cas fortuit, auquel cas celle-ci s'applique conformément au principe de la convention-loi (C. civ., art. 1134).

La distinction caractère interne ou externe de l'événement, par ailleurs, si elle ne permet pas de différencier la force majeure du cas fortuit, intervient ultérieurement – à tout le moins selon l'opinion d'une certaine doctrine – lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a cas de force majeure.

§ 2. Conditions – *Eléments constitutifs*

- 4.3 Introduction. – Vu le caractère assez obscur du Code civil, la doctrine et la jurisprudence se sont attachées à façonner cette notion au fil des ans, ce qui ne s'est pas fait sans difficultés et nombreuses contradictions, comme nous allons le constater.

Deux voies s'ouvraient à elles. La première consistait à établir la liste des circonstances ayant la qualité de force majeure. La seconde visait à déterminer les caractéristiques requises pour qu'un événement soit qualifié de force majeure. C'est la seconde optique qui a été choisie: la circonstance de force majeure se reconnaît en ce qu'elle présente les caractères requis. Aucun événement, par voie de conséquence, ne constitue en soi, d'office, un cas fortuit.

La pratique hésite beaucoup entre ces deux approches: certaines clauses de contrats définissent la force majeure à l'aide de caractères précis, d'autres

II.1. LE CONTRAT

procèdent par énumération. De nombreuses clauses cumulent même les deux procédés. Ces dernières, malheureusement, articulent souvent mal définition et énumération, incohérence qui aboutit fréquemment à des hésitations et des problèmes d'interprétation.

Après avoir procédé à un examen aussi complet que possible des sources doctrinales et jurisprudentielles belges et françaises, nous avons dégagé les principales définitions qui ont cours. Nous n'avons certes pas la prétention d'être exhaustifs; nous nous sommes efforcés néanmoins de relever les textes qui nous ont paru les plus instructifs.

Nous examinerons dans un premier temps la conception traditionnelle. Nous analyserons ensuite d'autres définitions proposées par une certaine doctrine, dont certaines connaissent des prolongements dans la jurisprudence et nous paraissent dès lors occuper une place de moins en moins marginale.

Nous évoquerons aussi, à diverses reprises, les pratiques contractuelles en cours; elles s'avèrent instructives en ce qu'elles s'efforcent bien souvent de faire œuvre d'imagination, afin de pallier aux inconvénients des techniques nationales.

I. DÉFINITION TRADITIONNELLE

- 4.4 Doctrine. – Quand il s'agit de définir les éléments constitutifs de la force majeure, la doctrine belge utilise des expressions diverses.

DE PAGE, en 1964, considère que la cause étrangère (qui, rappelons-le, comprend la force majeure), pour être libératoire, doit revêtir deux caractères: elle doit créer une impossibilité absolue d'exécution, d'une part – autrement dit, l'obstacle à l'exécution doit être insurmontable –; son intervention, d'autre part, doit être exclusive, exempte de toute idée de faute du débiteur, c'est-à-dire inévitable et imprévisible¹.

Dans un article de 1984 sur le principe de la convention-loi, le professeur FONTAINE cite trois conditions nécessairement présentes pour que l'on puisse parler de force majeure: l'impossibilité d'exécution, l'imprévisibilité et l'inévitabilité².

Trois caractères, toujours, mais avec une terminologie légèrement différente, se retrouvent chez certains auteurs: imprévisibilité, irrésistibilité et extériorité.

Récemment, enfin, le professeur COIPEL, tout en rappelant que «*ces conditions sont généralement mises en avant à propos de la force majeure, mais valent pour toute cause étrangère libératoire*», subordonne l'existence de la force majeure à la présence «*d'un événement insurmontable, rendant impossible l'exécution de l'obligation, et imprévisible*»³.

- 4.5 Jurisprudence. – La jurisprudence retient fréquemment la formule suivante: «*La force majeure ne peut résulter que d'un événement indépendant de la volonté humaine, que cette volonté n'a pu ni prévoir, ni conjurer*»; certaines décisions ajoutent: «*qui a rendu impossible l'exécution de l'obligation*», ou encore, dans

1. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, 1964, p. 602.

2. M. FONTAINE, in *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 186.

3. M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, 1999, p. 137.

une variante très proche, « *et qui est dès lors inconciliable avec une négligence ou un défaut de précaution* ».

Fréquemment aussi, des décisions de nos cours et tribunaux rappellent qu'« *en matière d'exécution de conventions, la force majeure qui libère le débiteur de l'obligation de payer des dommages-intérêts suppose un événement créant un obstacle insurmontable à l'exécution par celui-ci de ses obligations et non imputable, quant à sa cause, à une faute quelconque du débiteur* ».

Cette formulation ne fait rien d'autre que consacrer la définition énoncée par DE PAGE.

Pour terminer, citons en vrac quelques autres définitions de la force majeure que nous avons pu rencontrer dans des décisions et arrêts et qui nous paraissent non dépourvues d'intérêt :

– attendu qu'il faut rappeler que la force majeure libératoire suppose un obstacle imprévisible, étranger au fait du débiteur, qui soit insurmontable et qui rende l'exécution de l'obligation complètement impossible¹.

Événement soudain, imprévu et totalement indépendant de la volonté de la partie qui s'en prévaut et qui rend totalement impossible l'exécution d'une obligation².

La force majeure peut être définie comme étant un événement soudain et irrésistible qui met une des parties au contrat (...) dans l'impossibilité (...) d'exécuter ce à quoi elle s'est engagée sans qu'à l'origine de cet événement, se trouve une faute qu'elle aurait commise³;

– pour que la force majeure puisse être acceptée, trois critères doivent être retenus, le caractère irrésistible, non prévisible et non imputable⁴;

– « *tout événement imprévisible et irrésistible, qui est indépendant de la volonté de la personne* », est reconnu comme la signification commune de la notion de force majeure⁵.

Ces nombreuses définitions, nous le constatons, se recoupent. Nous croyons pouvoir dire qu'elles articulent le concept de force majeure exonératoire autour des trois caractéristiques suivantes :

- l'irrésistibilité;
- l'imprévisibilité;
- l'extériorité.

Soulignons, avant d'examiner ces caractéristiques, que l'événement doit, pour se voir qualifier de force majeure, être survenu *après la conclusion du contrat*. Cette expression ne vise donc pas les circonstances qui existaient déjà au moment de la formation du contrat, mais que les parties ignoraient et dont elles ne pouvaient avoir connaissance.

1. Cass., 23 février 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 782; Liège, 28 juin 1989, *Res jur. imm.*, 1989, n° 284, p. 183.

2. C. trav. Bruxelles (3^e ch.), 14 mars 1989, *Chron. D.S.*, 1990, pp. 20 à 23.

3. C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 21 avril 1993, *J.T.T.*, 1993, n° 565, p. 364.

4. Gand (17^e ch.), 7 septembre 1993, *T.G.R.*, 1994, p. 45.

5. Civ. Louvain (5^e ch.), 25 mars 1994, *Rev. T.V.A.*, 1995, p. 244.

II. CONDITIONS D'APPLICATION

A. Irrésistibilité

- 4.6 Irrésistibilité de l'événement. – Le cas de force majeure est nécessairement un événement irrésistible quant à sa survenance et quant à ses conséquences. En d'autres termes, la force majeure entraîne une impossibilité d'exécution du contrat.

L'irrésistibilité quant à la *survenance* de l'événement, tout d'abord, vise la condition d'inévitabilité inhérente à cette cause d'exonération. L'événement constitutif de cas fortuit n'aurait pu être évité par le débiteur; autrement dit, celui-ci n'a pu empêcher la survenance de cet obstacle et n'est pas en mesure de le lever.

- 4.7 Irrésistibilité et faute. – Bien que le terme d'irrésistibilité de l'événement évoque la nature de l'événement lui-même, elle est à mettre aussi en relation avec le comportement du débiteur: toute *faute* du débiteur (doit être) exclue dans les événements qui l' (=cause étrangère) ont précédée, préparée ou accompagnée.

Ainsi, la jurisprudence rejettera l'application de la force majeure dans l'hypothèse où un homme raisonnable aurait pu «y obvier», éviter l'événement¹.

- 4.8 Conséquences de l'irrésistibilité. – Le caractère d'irrésistibilité se rapporte également aux *conséquences* de l'événement en cause. Le fait de force majeure doit créer une impossibilité absolue d'exécuter l'obligation contractuelle. On parle souvent à ce propos d'«*obstacle insurmontable*». De nombreuses décisions appliquent ce principe².

La question de la nature de cette impossibilité mérite que nous nous y attardions quelque peu. L'impossibilité d'exécution peut se présenter en effet sous de multiples formes: généralement, il s'agira d'une impossibilité matérielle, par exemple la grève des transports en commun m'empêche de me rendre à mon travail, mais la jurisprudence admet d'autres formes d'impossibilité ...

L'on peut citer les décisions suivantes.

Un vieil arrêt français a admis qu'une grave épidémie, dans une ville où un artiste doit donner une représentation, dégage celui-ci de son obligation³. L'impossibilité ici, qui résulte d'un danger de mort, est sans aucun doute morale.

Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 14 mars 1990⁴ a estimé que la crainte d'un attentat représentait un cas de force majeure permettant au propriétaire d'une salle de cinéma à Paris de ne pas donner suite au contrat d'occupation précaire qu'il a consenti à une association pour organiser un festival de cinéma juif. Ce festival devait s'ouvrir en septembre 1986, période où une vague d'attentats terroristes ensanglantait la capitale. La cour a considéré que

1. L'on mettra plus loin en relation irrésistibilité et inévitabilité.

2. Voir notamment Cass., 5 décembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 64, *A.J.T.*, 1997-1998, p. 487 et note K. VAN RAEMDONCK.

3. Civ. Seine, 17 avril 1869, *D.P.*, 1869, 5, 221.

4. Paris (8^e ch. B), 14 mars 1990, inédit, *Rev. trim. dr. civ.*, 1990, juill.-sept., p. 490 et oct.-déc., p. 659.

toutes les conditions de la force majeure étaient bien remplies: imprévisibilité au moment de la conclusion du contrat (le propriétaire ne pouvait imaginer ces attentats au moment où il a contracté), extériorité et véritablement impossibilité: «*Confronté à des éléments qui lui étaient totalement extérieurs et créant une situation incontrôlable qui lui est apparue insurmontable, ce propriétaire s'est trouvé dans l'impossibilité de tenir ses engagements, à moins d'attacher peu de valeur à la vie humaine et d'accepter de faire courir à son personnel et au public des risques d'insécurité dont seul l'écoulement du temps est propre à atténuer l'ampleur*».

Mentionnons également l'annulation, par la commune de Sainte-Geneviève-des-Bois, d'un carnaval prévu pour le mois de juin et, par là même, d'un ensemble de contrats de fournitures et de prestations diverses. La particularité de ce cas d'espèce réside en ce que l'annulation s'est faite au mois de février dans la crainte que s'il survenait des troubles, des attentats (la guerre du Golfe était intervenue entre-temps), la commune ne puisse y faire face et assurer correctement la sécurité. La cour ici a examiné si l'on pouvait parler de force majeure (elle ne rejette donc pas *a priori* cette hypothèse!). Le problème se pose quant au caractère suffisamment lourd, rendant l'exécution impossible, de la crainte alors qu'elle survient quatre mois auparavant. La cour d'appel va tenir le raisonnement suivant, qui n'est pas remis en cause par la Cour de cassation: elle fait une analyse abstraite de la situation par comparaison avec d'autres communes: «*D'autres manifestations analogues avaient, certes, été annulées, mais elles se situaient à une époque proche des opérations militaires (en janvier et en février)...., d'autres avaient été reportées...., le carnaval d'Aix-en-Provence, prévu pour le 17 mars, n'avait pas été reporté. L'ensemble de ces constatations permettait donc d'élaborer un type de conduite abstrait, un modèle de comparaison. Il en résultait que la décision d'annulation, prise au début du mois de février, d'un carnaval prévu au mois de juin était manifestement isolée, dictée, sans doute, par des considérations d'opportunité*»¹.

- 4.9 Impossibilité économique. – La Cour de cassation n'a pas censuré un arrêt de la cour d'appel qui avait admis que la vente forcée d'un débit de boisson par un des créanciers de l'exploitant constituait dans le chef de celui-ci un cas de force majeure l'exonérant du non-respect de l'obligation d'approvisionnement à l'égard de la brasserie².
- 4.10 Impossibilité et moyens d'exécution alternatifs. – Au nom de la nécessité de l'insurmontabilité de l'obstacle, l'on peut considérer que le débiteur ne sera pas libéré s'il existait un moyen de remplacement pour exécuter une prestation aussi proche que possible de celle prévue au contrat.
- 4.11 Exécution plus difficile. – De cette condition d'impossibilité d'exécution sont traditionnellement déduites les conséquences suivantes.

On considère, tout d'abord, que «*le débiteur est tenu de s'exécuter et fautif de ne point le faire si, en raison de diverses circonstances survenues depuis la conclusion du contrat, l'exécution en est rendue plus difficile ou plus onéreuse,*

1. Cass. fr. (civ.) (1^{re} ch.), 14 janvier 1997, *Droit et Patrimoine*, juill.-août 1997, n° 51, p. 83, obs. P. CHAUVEL.

2. Cass., 9 décembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 408.

II.1. LE CONTRAT

mais non radicalement impossible»; ce qui fonde, soulignons-le au passage, la position traditionnellement adoptée par nos deux systèmes juridiques à l'égard de l'imprévision¹.

4.12 Perte d'intérêt. – Dans le même ordre d'idées, il semblerait que la force majeure ne puisse pas non plus être retenue lorsque le contrat peut encore matériellement être exécuté, même s'il ne présente *plus d'intérêt* pour une partie. Par exemple, celui qui achète un fonds de commerce reste tenu d'en payer le prix, même si la maladie ou un accident l'empêche de l'exploiter. Ni le droit belge, ni le droit français en effet ne reconnaissent, en principe, la perte d'utilité économique comme une raison de se libérer de son obligation. Le débat a toutefois été relancé récemment, dans la mesure où un arrêt de la Cour de cassation française du 10 février 1998 cité ci-après paraît aller en sens contraire².

4.13 Choses de genre. – L'adage bien connu *Genera non pereunt* se rattache incontestablement au critère de l'impossibilité absolue.

Rappelons, à ce sujet, que le débiteur ne peut invoquer la force majeure libératoire qu'à la suite de la perte d'un corps certain. La destruction ou la disparition d'une chose de genre en effet, chose non identifiée et parfaitement interchangeable, ne rend pas «impossible» l'exécution de l'obligation contractuelle dans la mesure où il est en principe toujours possible pour le débiteur de s'en procurer une autre «*de même qualité et de même quantité*». Il va de soi, bien sûr, que, dans l'hypothèse, par ailleurs assez rare, de perte absolue d'une chose de genre, la cause d'exonération jouera pleinement.

Cette règle est d'application plus particulièrement pour les obligations portant sur une somme d'argent. C'est d'ailleurs principalement à propos d'obligations de cette sorte que les cours et tribunaux belges et français ont, à plusieurs reprises, réaffirmé le principe *Genera non pereunt*³.

Une somme d'argent est sans conteste une chose de genre: le débiteur qui ne paye pas est par conséquent toujours fautif, même s'il est victime d'une «cause étrangère». Il en est de même du débiteur qui ne restitue pas une somme d'argent, par exemple une banque dépositaire d'une somme d'argent. Quelques hésitations, certes, se sont manifestées au sein de la jurisprudence, mais dans le contexte particulier de la seconde guerre mondiale. Elles nous semblent dès lors dictées par des préoccupations d'humanité, bien plus que par une véritable remise en cause du principe.

Notoires, également, sont deux arrêts récents de la Cour de cassation, un arrêt belge du 13 mai 1996 et un arrêt français du 10 février 1998.

L'arrêt du 13 mai 1996 décide que «*l'ordre du prince, qui commande de faire ou de ne pas faire certains actes, peut porter sur une obligation ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent et constituer une cause étrangère libératoire*»⁴.

1. Voir *infra*.

2. Voir, sur la perte d'intérêt, P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, spéc. pp. 96 et s.; D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1986.

3. Liège, 27 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 110; Cass., 13 mars 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 108 et concl. HAYOIT DE TERMICOURT.

4. *Pas.*, 1996, I, 170.

Le fait du prince constituait en l'espèce le blocage par l'Etat zaïrois des rémunérations en francs belges des agents expatriés.

Le second arrêt à poser de nombreuses questions, français cette fois, est celui du 10 février 1998¹.

L'hypothèse est la suivante. Madame Bonjour, après avoir conclu en 1992 avec l'école Saint-Louis un contrat de formation à temps plein aux fins de préparer un certificat d'aptitude professionnelle de coiffure pendant deux années pour le prix de 3.200 FF, a informé celle-ci que, pour des raisons de santé, elle ne pouvait plus suivre la formation prévue. Madame Bonjour cesse alors de régler les frais de scolarité. Elle se voit assignée en paiement du solde par l'établissement d'enseignement. La cour d'appel va considérer que cette maladie constitue un cas de force majeure. La Cour de cassation confirme cet arrêt: «*Mais attendu qu'ayant constaté qu'en raison de sa maladie, Madame Bonjour n'avait pu suivre l'enseignement donné par l'école, la cour d'appel a justement considéré que cette maladie, irrésistible, constituait un événement de force majeure, bien que n'étant pas extérieure à celle-ci (...)*».

On ne peut s'empêcher de souligner la particularité apparente de cette décision: la maladie semble libérer Madame Bonjour d'une obligation de payer une somme d'argent. La Cour, en décidant de la sorte, va-t-elle à l'encontre du principe? Ce qui, notons-le au passage, constituait l'argument de Saint-Louis: «*(...) la maladie (...) ne l'empêchait pas de payer le prix de l'inscription*». La position des juges nous paraît devoir être comprise autrement: la Cour, en réalité, va considérer que la maladie de Madame Bonjour l'empêche d'assister aux cours, prestation de service en contrepartie de laquelle elle s'était engagée à verser de l'argent. Madame Bonjour elle-même d'ailleurs n'invoquait pas son impécuniosité, mais l'impossibilité dans laquelle elle se trouvait de suivre les cours dispensés par l'école Saint-Louis. «*C'est l'impossibilité de profiter de cette prestation, et non celle d'en payer le prix qui, finalement, exonère le débiteur du paiement. Ce n'est donc que par voie de conséquence que la force majeure produit ici son effet libérateur*»². En fin de compte, l'impossibilité se rapproche davantage en l'espèce d'une perte d'intérêt économique, telle que vue précédemment. Cette décision étonnante trouve très probablement sa justification dans le souhait des juges de rendre justice à la malade, ce que nous ne pouvons que féliciter. Il n'y a cependant là, selon nous, pas de véritable exception au principe *Genera non pereunt*.

- 4.14 Pratique. – Celle-ci ne nous éclaire pas beaucoup à ce sujet. Très peu de clauses de force majeure, en effet, organisent le régime des obligations portant sur une somme d'argent.

Et pourtant, ce type d'obligations est très courant dans les conventions internationales. Qui plus est, elles posent souvent de délicats problèmes dans le contexte du commerce international. Ainsi, un transfert de fonds peut se voir empêcher par une intervention étatique, un problème politique; certaines devises peuvent être indisponibles au moment du paiement (or, si le contrat prévoit un paiement en dollars, le débiteur ne remplit pas ses obligations s'il

1. Cass. fr. (civ.) (1^{re} ch.), 10 février 1998, *J.C.P.*, 1998, 10124, note G. PAISANT, *D.*, 1998, n° 38, *J.P.C.E.*, pp. 539 à 543, note D. MAZEAUD.

2. Voir note MAZEAUD sous l'arrêt.

II.1. LE CONTRAT

paye en marks ...), circonstances constitutives de force majeure à l'égard du débiteur, qui l'empêchent d'exécuter son obligation de payer.

On a pu toutefois découvrir dans certains contrats une clause rencontrant cette question bien particulière.

Tantôt, ces clauses se contentent de reproduire le principe *Genera non pereunt*: «*If a force majeure event occurs, the obligations of the parties are suspended, except for payment of money due*».

Tantôt, les clauses de force majeure organisent un régime réellement intéressant, admettant qu'une obligation portant sur une somme d'argent peut être devenue impossible: «*If, by reason of the non-availability to the Bank of eurodollars in the London interbank eurocurrency market, it becomes impossible for the Bank to make or continue to make the Commitment available on the basis contemplated by this agreement, the Bank shall promptly so notify the Borrower whereupon the Bank and the Borrower shall search for an alternative basis for continuing the Commitment whether by making the Commitment available from some source other than the London interbank eurocurrency market or from other branch or branches of the Bank. If such alternative is not available or is not acceptable to the Borrower the Bank shall make available in the New York market to an American subsidiary of Borrower, under the guarantee of the Borrower, dollars at a rate equal to the rate at which the Bank would make an Advance to a major United States domestic company in similar amounts and maturities*».

Cette clause porte cependant plus sur la non-mise à disposition d'une certaine espèce de monnaie.

Par ailleurs, nous l'avons dit, de nombreuses clauses de force majeure atténuent l'exigence d'impossibilité absolue; ainsi en est-il de la clause suivante: «*On entend, par force majeure, pour l'exécution du contrat, tout acte ou événement imprévisible, irrésistible, hors du contrôle des parties et qui ne pourra être empêché par ces dernières malgré des efforts raisonnablement possibles*»¹.

Le terme «humainement possible» est parfois utilisé. Le terme «humainement» vient, à tout le moins sur le plan psychologique, atténuer l'obligation, mais n'est pas assorti d'une valeur sémantique particulière; en effet, ne sommes-nous pas tous des humains?

- 4.15 Irrésistibilité de l'événement perturbateur et irrésistibilité des effets de cet événement. – Les deux aspects de l'irrésistibilité ne doivent pas être confondus. A titre d'illustration, si la survenance d'une guerre constitue souvent un événement contre lequel le débiteur ne peut rien, il n'en va pas nécessairement de même en ce qui concerne les conséquences de la guerre. Celle-ci, en effet, peut rendre plus difficile l'exécution de l'obligation sans que cette exécution soit pour autant impossible (auquel cas, comme nous le verrons, l'on ne peut parler de force majeure libératoire). C'est ce qui explique que, dans la jurisprudence, la guerre ne constitue pas toujours un cas de force majeure.

Posons-nous à présent la question de savoir comment s'apprécie cette condition d'irrésistibilité entendue dans sa double dimension.

1. Clause citée par M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux*, 1989, Feduci, p. 214.

De l'avis de la doctrine dominante, l'irrésistibilité doit être appréciée de façon humaine et raisonnable: il ne peut être exigé du débiteur qu'il se ruine ou se place dans une situation intolérable afin d'assurer l'exécution de ses obligations contractuelles. En toutes choses, il y a une mesure à tenir. Cette mesure est l'impossibilité réelle normale d'exécution et non l'impossibilité théorique absolue.

Pour l'exprimer autrement, il faut mais il suffit, que l'exécution soit normalement impossible eu égard aux circonstances de l'espèce et aux conditions de vie, par référence à la diligence normalement due par le débiteur. On l'a compris, le critère est celui de l'homme normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances du bon père de famille, et non celui de l'homme le plus fort et le plus diligent. L'appréciation, si elle est raisonnable, est donc objective, *in abstracto*. Ce qui exclut en principe toute prise en considération des forces personnelles du débiteur (appréciation objective, *in concreto*): l'impossibilité doit exister à l'égard de tous et non vis-à-vis du seul débiteur. C'est en ce sens aussi que doit être entendue l'exigence d'impossibilité absolue d'exécution (par opposition à l'impossibilité relative).

Plusieurs décisions des cours et tribunaux procèdent expressément à cette appréciation *in abstracto*, lorsqu'elles recherchent s'il y a lieu de parler de force majeure exonératoire:

- «*Que l'impossibilité d'exécution doit résulter non pas des circonstances particulières où se trouve le débiteur, mais bien de l'événement lui-même; que l'impossibilité et l'irrésistibilité doivent s'apprécier in abstracto*»¹;
- «*Attendu qu'il faut souligner qu'en plein mois de janvier, dans nos régions, il faut s'attendre à rencontrer les conditions climatiques défavorables qui régnaient le jour des faits; que l'on doit supposer d'un conducteur professionnel qu'il dispose de la maîtrise et du sang-froid nécessaires pour éviter le déplacement de son véhicule vers un fossé, même si la chaussée est recouverte d'une neige abondante*»²;
- «*(...) qu'en effet, la nécessité de présenter une requête en concordat ou de faire aveu de faillite est très généralement précédée de signes avant-coureurs qui ne peuvent tromper des administrateurs avisés (...)*»³;
- «*Que cette attitude eût été celle de tout homme avisé placé dans des circonstances identiques*»⁴;
- «*Attendu qu'il faut considérer que les événements survenus en Chine populaire et rappelés en plaidoirie par les conseils des parties ont constitué en l'espèce un événement soudain et perturbateur, pouvant inquiéter grandement un voyageur potentiel quant à sa sécurité personnelle sur place à l'occasion du voyage commandé et donc justifier l'annulation de pareil voyage, par toute personne raisonnablement prudente*»⁵;
- «*Ainsi, il ne répond pas d'un vol commis en dépit des mesures de précaution raisonnables qu'il aurait prises, en apportant à l'objet déposé le même soin que celui qu'il apporte à ses biens personnels*»⁶.

1. Cass. (1^{er} ch.), 23 février 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 784.

2. J.P. Arlon, 14 février 1986, *Dr. circ.*, 1990, p. 63.

3. Comm. Dinant, 26 mai 1987, *Rev. Banq.*, 1988, p. 33.

4. Bruxelles (3^e ch.), 12 mai 1987, *Rev. trim. dr. fam.*, 1989, p. 446.

5. Civ. Bruxelles (4^e ch.), 26 avril 1991, *J.T.*, 1991, p. 603.

6. Comm. Bruxelles, 18 décembre 1991, *R.G.A.R.*, 1994, 12.347.

II.1. LE CONTRAT

Contre-exemple cependant :

- « *Attendu que la force majeure, qu'il est impossible de définir et qui confine à l'équité et à la justice sociale, doit être appréciée subjectivement; que ce qui pour l'un n'est qu'un handicap peut constituer pour l'autre un obstacle insurmontable* »¹.

Il est intéressant de remarquer que de nombreuses décisions, animées du souci d'avoir égard aux circonstances concrètes, font en réalité état de particularités propres à l'agent pour déclarer que l'événement est ou n'est pas pour lui un cas de force majeure. Il semble de plus en plus, à vrai dire, qu'absolu soit pris dans le sens de total. Cela ne signifie pas qu'un type d'événement puisse être qualifié en soi de force majeure. Cependant, peut-être certains emportent-ils présomption de force majeure.

Notre jurisprudence se montre par contre nettement plus divisée quant au caractère nécessairement raisonnable de l'interprétation de l'irrésistibilité. Si de nombreuses décisions l'admettent, nos cours et tribunaux font parfois preuve d'une sévérité extrême et continuent à exiger une impossibilité absolue. A notre sens, ces contradictions s'expliquent au moins en partie par l'incertitude dont ce critère de l'homme raisonnable est la source. Il n'est en effet guère aisé de déterminer ce qu'il est raisonnable d'attendre du débiteur.

B. Imprévisibilité

- 4.16 Imprévisibilité de l'événement. – Une deuxième caractéristique traditionnellement attachée par la doctrine et la jurisprudence à l'événement constitutif de force majeure est son imprévisibilité : « *Le fait de force majeure ne doit avoir été ni prévu ni prévisible* »².

En 1951 déjà, la Cour de cassation belge affirmait ce principe : « *Attendu que les défendeurs seraient en faute et non fondés à invoquer la cause étrangère, notamment s'ils avaient pu ou dû prévoir la survenance des événements qui l'ont constituée et n'avaient pas pris les mesures qui s'imposaient pour en éviter les conséquences dommageables pour le créancier* »³.

L'imprévisibilité, tout comme l'irrésistibilité, s'apprécie de façon humaine, raisonnable, au vu des circonstances. Nous nous permettons, à ce sujet, de renvoyer le lecteur à ce qui a été exposé précédemment dans le titre sur l'irrésistibilité.

Il est évident, en effet, qu'avec des investigations poussées, aucun événement pratiquement n'est imprévisible. Dans le même ordre d'idées, il n'est pas nécessaire, pour que cette condition soit remplie, que l'événement ne se soit encore jamais produit. Sans doute la réalisation de tout événement qui n'est pas nouveau peut être prévue; mais il ne s'agit pas de cette prévisibilité générale et abstraite. La jurisprudence va prendre en considération plutôt la dimension d'anormalité, de rareté, de soudaineté de l'événement; l'on pense aux événe-

1. Corr. Namur (16^e ch.), 14 septembre 1992, *J.T.*, 1993, p. 151.

2. Cass., 15 février 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 388; exemples: Comm. Mons, 4 février 1949, *Pas.*, 1949, III, p. 58; Bruxelles, 5 mai 1951, *J.T.*, 1951, p. 516; Cass. fr. (civ.), 1^{er} décembre 1970, *J.C.P.*, 1971, IV, p. 13; Rennes (6^e ch. 1^{re} sect.), 7 septembre 1988, *Gaz. Pal.*, 1989, n^o 5, pp. 668-669; C. trav. Liège, 10 octobre 1969, *J.L.*, 1970, p. 155; Trib. trav. Bruxelles, 26 mars 1979, *J.T.T.*, 1980, p. 50; Soc., 4 février 1987, *Bull. civ.*, V, n^o 54, p. 35 et les références citées dans ce paragraphe.

3. Cass. (1^{re} ch.), 15 février 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 389.

ments atmosphériques; celui-ci sera considéré comme imprévisible du moment qu'il n'y avait aucune raison particulière de penser que cet événement se produirait. Ainsi, un tremblement de terre dans une région qui n'y est pas sujette.

Plusieurs arrêts belges et français procèdent expressément à un examen des circonstances et à une appréciation raisonnable et nuancée.

Ainsi, en France:

- «*L'annulation d'un vol régulier par une compagnie aérienne en raison d'une tension de flotte consécutive à la présence de brouillard sur l'aéroport de départ ou celui d'arrivée au mois de février constitue certes un événement extérieur s'imposant à l'organisateur du voyage, mais est cependant tout à fait prévisible pour lui (...)*»¹.

En Belgique:

- «*Attendu qu'on peut difficilement soutenir que la faillite de 'F' prononcée le 20 août 1980 et précédée, le 9 juillet 1980, d'une requête en concordat ait pu constituer pour les dirigeants de la défenderesse un événement qui, quelques mois plus tôt encore, était imprévisible; qu'en effet, la nécessité de présenter une requête en concordat ou de faire aveu de faillite est très généralement précédée de signes avant-coureurs qui ne peuvent tromper des administrateurs avisés; qu'en l'espèce, ces signes avant-coureurs étaient particulièrement alarmants depuis le 28 novembre 1979, avec le départ de 'A' et de 'B'*»²;
- «*Qu'en l'espèce, l'arrêt brusque du tram causé par la faute extra-contractuelle a constitué pour l'intimé un événement imprévisible, assimilable à la force majeure*»³.

Cette dimension raisonnable de l'imprévisibilité a joué un rôle important dans le sens d'une extension de la force majeure exonératoire à des événements, qui, au début, se voyaient systématiquement rejetés, faute notamment d'imprévisibilité. Ainsi en fut-il de la grève et de la maladie⁴.

4.17 Pratique. – Celle-ci opte, elle aussi, majoritairement pour une appréciation raisonnable de la qualité d'imprévisibilité.

On trouve en effet, dans les contrats internationaux, peu de clauses de force majeure qui, se référant à une définition traditionnelle de la force majeure, exigent l'imprévisibilité. Nous pouvons en citer deux exemples toutefois:

- «*Force majeure are contingencies caused by neither of the parties and which are unforeseeable at the time of concluding the contract uncontrollable and which render the further performance of the contractual obligations impossible ...*»;
- «*On entend par force majeure tous les événements indépendants de la volonté des parties, imprévisibles et inévitables, intervenus après l'entrée en vigueur du contrat et qui empêchent l'exécution intégrale ou partielle des obligations dérivant de ce contrat*».

Beaucoup d'entre elles font appel à la raison quand il s'agit d'appréhender l'imprévisibilité: «... tout événement, circonstance ou état de fait que le vendeur

1. Trib. inst. Toulouse, 15 janvier 1993; C.A., 5 février 1993, n° 801, p. 11.

2. Comm. Dinant, 26 mai 1987, *Rev. Banq.*, 1988, p. 33, *J.T.*, 1988, p. 393.

3. Bruxelles (17^e ch.), 30 mai 1994, *Dr. circ.*, 1994, p. 299.

4. Voir *infra*.

II.1. LE CONTRAT

ne pouvait raisonnablement ni prévoir, ni empêcher et auquel il lui a été impossible de porter remède de manière à pouvoir respecter les délais contractuels de livraison».

Dans d'autres clauses, c'est sous le couvert de la formulation un peu différente de «due diligence» qu'une appréciation plus souple est exigée (la «due diligence», comme nous le verrons, vise l'ensemble des critères et non la seule imprévisibilité): «*By force majeure are to be meant extraordinary events independent of the Parties' will that cannot be foreseen or averted by them even with due diligence, being beyond their control preventing the Contracting Party (or Parties) to come up his (their) obligation(s) undertaken in this contract*».

- 4.18 *Appréciation in abstracto.* – L'imprévisibilité inhérente à la force majeure s'apprécie, comme pour l'irrésistibilité, *in abstracto*, c'est-à-dire au regard du critère du bon père de famille, l'individu prudent et avisé placé dans les mêmes circonstances externes.

Ainsi, un arrêt français écarte-t-il l'argument tiré de l'appréciation de l'imprévisibilité «*dans l'esprit du bijoutier lui-même*»¹.

Une décision belge énonce: «*Par expérience acquise par de précédents modèles Ferrari que l'on pouvait également se procurer de manière limitée et pour lesquels la demande avait été également plus importante que l'offre, le vendeur professionnel savait ou aurait dû savoir, au moment de la conclusion du contrat, qu'il n'était pas certain qu'une F40 lui serait attribuée et que son faible chiffre de vente pouvait avoir pour conséquence qu'il ne recevrait pas une telle voiture. Etant donné qu'il a néanmoins vendu sans la moindre réserve à l'intimé et qu'en raison de son chiffre de vente insuffisant, il n'est pas en mesure d'exécuter l'obligation de livraison, il ne peut invoquer sa libération en raison d'une cause étrangère, d'un cas fortuit ou d'un cas de force majeure. Le fait qu'il ne puisse pas exécuter son obligation est en effet imputable à lui seul et à des circonstances qu'il devait normalement prévoir et qui faisaient donc jouer sa responsabilité contractuelle*»².

Cette réalité doit être gardée à l'esprit toutes les fois qu'est invoquée la maladie comme cause de force majeure. Celle-ci, en effet, à strictement parler, est toujours prévisible, même chez l'homme en bonne santé. Si l'on maintient la rigueur du principe, les solutions les plus injustes pourraient en résulter. Ainsi, par exemple, le débiteur frappé d'une attaque d'apoplexie le jour de l'échéance d'un paiement qu'il comptait effectuer lui-même ne pourrait s'appuyer sur le fait de force majeure pour obtenir une excuse à son inexécution.

- 4.19 C'est *au moment de la conclusion du contrat* que doit exister cette condition d'imprévisibilité: «*Informé de la probabilité de réalisation d'un événement perturbateur, le débiteur doit en informer son partenaire afin de gérer conventionnellement ce risque. A défaut, il l'assure*»³.

Cette condition d'application ne se retrouve naturellement pas dans la responsabilité quasi délictuelle, du moins avec la même définition.

1. Cass. fr. (com.), 22 novembre 1988, *R.G.A.T.*, 1989, pp. 130 et s., note J.K.

2. Gand, 24 février 1994, *Intern. Vervoerr.*, 1994, p. 338. Voir aussi Comm. Dinant, 26 mai 1987, *l.c.*

3. P.H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Paris, L.G.D.J., 1992, pp. 55-56, n° 73.

Si une des parties en informe son partenaire mais n'est pas en position de faire valoir sa volonté car son partenaire est en situation de monopole, l'on devra, selon nous, analyser si, selon les critères de la bonne foi, l'imprévisibilité doit encore être exigée comme condition d'application à part entière¹.

- 4.20 La condition d'imprévisibilité est-elle exigée en toutes circonstances? Il s'impose, pour répondre à cette question, de distinguer le droit belge du droit français.

En droit belge, ce critère n'a jamais été fondamentalement contesté. La doctrine actuelle le cite encore comme condition d'existence de la force majeure. Quant à la jurisprudence, elle exige encore et toujours que l'événement ait été imprévisible à la date de la conclusion du contrat pour admettre la force majeure; même si elle ne procède pas dans chaque cas à un examen systématique des conditions de la force majeure, elle ne les remet aucunement en cause.

En droit français, le caractère nécessairement imprévisible de la force majeure se voit beaucoup plus fréquemment remis en question.

Ainsi, ANTONMATTEI souligne que: « Refuser, par exemple, l'exonération de la responsabilité au seul motif que l'événement était prévisible peut conduire à un résultat inéquitable. L'exemple des cyclones, ouragans, typhons et autres événements de cette nature est à cet égard significatif. Grâce au développement des techniques météorologiques, ces événements sont prévus des jours à l'avance. Est-il décent au seul motif qu'ils étaient non seulement prévisibles mais prévus de refuser l'exonération alors que l'irrésistibilité est avérée? » Ou encore: « compte tenu des mœurs actuelles, le vol à main armée n'est pas un événement imprévisible (...) »².

On est encore loin cependant d'une quelconque unanimité tant dans la doctrine qu'au sein des cours et tribunaux français. Des auteurs continuent de placer l'imprévisibilité au sein des critères de qualification de la force majeure. Quant à la jurisprudence, elle est marquée de la confusion la plus totale. Ainsi, dans le sens d'une marginalisation de l'imprévisibilité, outre les arrêts déjà cités, on trouve un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 1^{er} octobre 1997 qui rejette clairement la théorie traditionnelle: en l'espèce, des marchandises transportées avaient fait l'objet d'un vol à main armée. La cour d'appel avait estimé qu'il n'y avait pas force majeure faute d'imprévisibilité, la fréquence des agressions rendant au contraire ce risque prévisible (elle cautionnait donc une conception traditionnelle). Cet arrêt est toutefois cassé, la chambre commerciale reprenant pour l'occasion la formule précitée. Elle ajoute: « Attendu que, pour décider que l'agression à main armée dont avait été victime le transporteur ne constituait pas un événement constitutif de la force majeure, l'arrêt retient que si le vol à main armée était irrésistible pour le chauffeur, les circonstances qui entourent un vol ne suffisent pas à le rendre imprévisible, qu'au contraire la fréquence des agressions à main armée rend ce risque prévisible;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si, eu égard aux circonstances de l'espèce, le transporteur avait pris toutes les mesures requises pour

1. Voir D. PHILIPPE, *Changement de circonstances*, précité, p. 632.

2. P.H. ANTONMATTEI, *o.c.*, n^{os} 64 et s.

II.1. LE CONTRAT

éviter que l'événement ne se réalise, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision»¹.

Le 10 février 1998 à nouveau, dans un arrêt cité précédemment, la première chambre civile de la Cour de cassation semble cautionner cette thèse en ne faisant référence, pour conclure à la force majeure, qu'à l'irrésistibilité: «*Mais attendu qu'ayant constaté qu'en raison de sa maladie, Madame Bonjour n'avait pu suivre l'enseignement donné par l'école, la cour d'appel a justement considéré que cette maladie, irrésistible, constituait un événement de force majeure, bien que n'étant pas extérieure à celle-ci (...)*».

Or, le 4 février 1997, cette même première chambre civile adopte une position radicalement opposée, puisqu'elle casse un arrêt de la cour d'appel, qui avait retenu, dans le cas d'un vol à main armée, la force majeure sur base de la seule irrésistibilité, au motif «*que, pour être constitutif d'un cas de force majeure exonératoire de la responsabilité contractuelle, l'événement doit aussi ne pas avoir été prévisible au moment de la conclusion du contrat (...)*». P. CHAUVEL fait observer, dans sa note consécutive à cet arrêt étonnant, qu'«*à force de répéter que l'irrésistibilité est l'élément majeur de la force majeure*», on a un peu perdu de vue que «majeur» ne signifie pas «exclusif».

- 4.21 Il n'est pas rare que les *contrats internationaux* abandonnent, dans leur clause de force majeure, l'exigence d'imprévisibilité de l'événement en cause.

Certaines clauses omettent de citer cette condition lorsqu'elles qualifient la circonstance de force majeure:

- «*In the Contract 'force majeure' shall mean any occurrence outside the control of the parties preventing or delaying their performance of the contract ...*»;
- «*En cas de survenance d'événements indépendants de la volonté des parties et d'impossibilité d'exécution totale ou partielle par une des parties engagées par la présente convention ...*»;
- «*... in case of force majeure of for any reason beyond its control making it impossible for producer to manufacture or to deliver ...*» (II int., p. 213).

De telles stipulations posent toutefois la question de savoir si l'exigence d'imprévisibilité a été délibérément omise ou si elle a été oubliée.

D'autres clauses réfutent expressément l'imprévisibilité comme caractéristique de la force majeure: «*Constitue une cause d'exonération de la responsabilité d'une partie tout événement, prévisible ou non, qui se trouve raisonnablement en dehors du contrôle de cette partie, dont elle ne pouvait empêcher ou prévenir les effets, et qui est de nature à l'empêcher, temporairement ou définitivement, d'accomplir, en tout ou en partie, ses obligations contractuelles compte tenu de la diligence que l'on peut raisonnablement requérir d'elle (...)*».

C. Extériorité?

1. EN DROIT FRANÇAIS

- 4.22 L'extériorité comme caractéristique de la force majeure est née dans la mouvance de l'objectivation de la responsabilité civile, dont elle participe en

1. *Dalloz*, aff., 1997, 1217.

partie: il s'agit en effet de limiter objectivement les causes d'exonération de la responsabilité. La paternité de ce concept est habituellement rapportée à un professeur autrichien, A. EXNER. Celui-ci, se plaçant dans le cadre du contrat de transport, estime que, pour pouvoir parler de force majeure, il s'impose, entre autres, que l'accident ait une provenance extérieure au cercle d'action de l'entreprise. Cette réflexion est liée à la faute: l'intériorité de l'événement prouverait de manière irréfutable le comportement fautif.

Pour comprendre en quoi consiste ce critère d'extériorité, citons la formule générique suivante, qui était celle de la Cour de cassation civile française dans un arrêt du 29 octobre 1985: «*La force majeure ou le cas fortuit suppose nécessairement un événement extérieur à l'activité du débiteur de l'obligation*». Pour le dire autrement, il s'agit «*d'une extériorité par rapport à l'entreprise du débiteur, c'est-à-dire par rapport à tous les moyens aussi bien matériels qu'humains qu'il met en œuvre pour exécuter son obligation*».

L'extériorité comme condition de la force majeure est remise en question par l'unanimité des auteurs et des juges. De tous les éléments constitutifs de la cause étrangère, c'est incontestablement elle qui s'est vue la plus controversée.

La pierre d'achoppement réside dans la constatation que le test de l'extériorité ne permet pas de déceler tous les cas de force majeure existants. Ainsi, principalement, la maladie et les faits de grève.

2. EN DROIT BELGE

- 4.23 L'extériorité ne constitue pas en principe en droit belge un critère de qualification de la force majeure. C'est d'ailleurs ce que les comparatistes soulignent habituellement comme constituant la seule véritable différence entre les droits belge et français dans la matière de la force majeure.

L'extériorité *matérielle*, pour commencer, ne semble jamais avoir été considérée comme une condition générale de la force majeure, ni par la doctrine belge, ni par nos cours et tribunaux. Si des cas comme la maladie ou la grève ont pu susciter des questions quant à leur admissibilité comme causes étrangères, ce n'était certainement pas en raison d'un éventuel «défaut d'extériorité»¹.

L'extériorité *psychologique*, rappelons-le, s'apprécie au regard de la volonté du débiteur et renvoie par conséquent à la non-imputabilité de l'événement à ce dernier.

A s'en tenir à cette acception de l'extériorité, force est de constater que cette caractéristique est requise en droit belge lorsqu'il s'agit de conclure à la présence d'un cas fortuit. Celui-ci, en effet, ne doit en aucun cas être imputable au débiteur: toute faute doit être exclue «*dans les événements qui l'ont précédée, préparée ou accompagnée*», absence de faute qui s'apprécie au niveau des conditions d'irrésistibilité et d'imprévisibilité. Nous avons déjà exposé tout ceci. Certes, en général, le terme d'extériorité n'est guère utilisé. On trouve plutôt, que ce soit dans la doctrine ou dans la jurisprudence, des formules telles «*événement indépendant (ou étranger) de la volonté du débiteur concerné*», parfois complétées de «*que cette volonté n'a pu ni prévoir, ni conjurer*». A

1. Voir *infra* les cas particuliers.

II.1. LE CONTRAT

l'une ou l'autre occasion, cependant, le terme «extériorité» est expressément cité, appréhendé dans sa dimension psychologique.

La Cour de cassation énonce que: «*La force majeure ne peut résulter que d'un événement indépendant de la volonté humaine, et que cette volonté n'a pu ni prévoir, ni conjurer*»¹.

Le terme «événement» fait référence à une circonstance extérieure; les termes «indépendant de la volonté humaine» font référence au critère de non-imputabilité de l'événement.

Deux décisions de jurisprudence nous ont aussi paru instructives dans cette optique. L'une où le juge de paix d'Arlon, alors que des circonstances atmosphériques étaient invoquées comme cas fortuit dans le cadre d'un contrat de transport, a répondu qu'«*attendu que (...) cette force majeure ne peut être invoquée si l'événement, générateur du dommage, n'est pas totalement extérieur ou indépendant à celui qui en fait état, c'est-à-dire s'il n'exclut pas une faute; qu'en l'espèce, cette faute existe*»². La seconde, émanant de la section administration du Conseil d'Etat, différencie les deux concepts d'équité impérieuse et de force majeure sur ce point de l'extériorité: «*Les raisons impérieuses d'équité sont justifiées en partant de la prémisse que la non-exécution des obligations est le fait du débiteur, alors que la force majeure est parfaitement étrangère à la personne du débiteur et, dès lors, indépendante de sa volonté*».

La restructuration d'une entreprise ne constitue pas une cause étrangère³.

Le fait d'un mandataire ne constitue pas un cas de force majeure puisque les actes du mandataire sont imputables au mandat⁴. Il en est de même du fait d'un sous-contractant tel un sous-locataire. Ainsi, la Cour de cassation a énoncé que le locataire principal «*ne peut, à défaut de force majeure, se prévaloir en droit à l'égard de sa bailleuse des manquements de ses propres locataires*»⁵.

3. COMPARAISON ET CRITIQUE

4.24 L'extériorité matérielle comme caractéristique générale de la force majeure a été contestée en France, et à juste titre selon nous.

La dimension psychologique de l'extériorité existe, par contre, dans chacun des deux droits exposés, au-delà des différences terminologiques. Rien d'étonnant au succès de cette notion, puisqu'elle «*est inhérente au concept de force majeure dès lors qu'elle participe de la démonstration de la non-imputabilité de l'événement*». C'est elle, d'ailleurs, qui, on le verra, a inspiré l'article 79 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 qui impose expressément que l'empêchement exonératoire soit indépendant de la volonté du débiteur.

1. Cass., 17 janvier 1990, *Pas.*, 1990, I, 584.

2. *L.c.*

3. Gand, 30 mai 1997, *A.J.T.*, 1997-1998, p. 199, obs. PASCARELLO (il s'agissait de la restructuration de l'Opéra de Flandre décidée par l'Exécutif flamand; cette restructuration ne constituait pas un cas de force majeure autorisant l'inexécution d'un contrat de prestations de services souscrit avec une cantatrice).

4. Ainsi, la négligence du fils de l'avocat qui n'a pas posté dans les délais la lettre d'instruction à l'huissier de justice en vue d'interjeter appel ne constitue pas un événement imprévisible, insurmontable ou indépendant de la volonté humaine. Bruxelles, 12 mai 1987, *Rev. trim. dr. fam.*, 1989, p. 444. Voir aussi Cass., 8 novembre 1985, *Pas.*, 1986, I, 279; Cass., 28 novembre 1984, *Pas.*, 1985, I, 390; Cass., 10 janvier 1986, *J.T.*, 1987, p. 467.

5. Cass., 8 janvier 1981, *Pas.*, 1981, p. 492.

On peut se demander toutefois dans quelle mesure ce critère présente encore une utilité. Si l'on admet, en effet, qu'il se limite à une non-imputabilité, c'est-à-dire qu'il n'a d'autre vertu que de «traquer la faute», n'est-il pas réductible aux deux autres critères, imprévisibilité et irrésistibilité? Nous pensons pouvoir répondre par l'affirmative, l'extériorité psychologique (étant admis que l'extériorité matérielle est inexacte) n'apportant rien de plus à la caractérisation de la force majeure. S'engager dans cette voie couperait cours à des controverses somme toute inutiles, selon nous, et simplifierait d'autant la tâche du juge.

D. Force majeure et absence de faute

4.25 Certains auteurs considèrent que le débiteur est déchargé de toute responsabilité lorsqu'il n'a pas commis de faute. Ils se réfèrent à cet égard à l'article 1137 du Code civil qui dispose: «*L'obligation de veiller à la conservation de la chose soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité d'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent*».

L'on a pu en déduire que la responsabilité du débiteur ne sera engagée que s'il ne s'est pas comporté en bon père de famille¹.

Sans entrer ici dans les détails de cette thèse et dans les controverses qu'elle a suscitées en doctrine, l'on peut énoncer que la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle suscite deux questions:

- quels sont le contenu et l'étendue de l'obligation? Par exemple, le débiteur était-il tenu de telle ou telle obligation accessoire dans telle ou telle circonstance (ainsi, le banquier était-il tenu d'une obligation d'information dans telles circonstances?); Si aucune obligation n'existait à charge du débiteur, sa responsabilité ne pourra être engagée;
- une fois le contenu et l'étendue de l'obligation déterminés, il conviendra de vérifier si le débiteur peut s'exonérer en établissant l'existence de la force majeure.

Il s'agit à notre sens de deux questions distinctes.

Les controverses existantes témoignent cependant de la complexité de la problématique. Fort souvent, les questions s'enchevêtrent. Ainsi, le garagiste, dépositaire d'un véhicule, est tenu d'une obligation de restitution de celui-ci qui est une obligation de résultat (détermination du contenu de l'obligation). S'il ne restitue pas le véhicule, il est donc responsable. Il invoque la force majeure, en l'occurrence le vol de ce véhicule. Il devra établir qu'il a pris toutes les mesures nécessaires pour empêcher ce vol (irrésistibilité de la force majeure). La jurisprudence détermine alors le contenu de cette obligation de prendre les

1. Voir, sur cette théorie, A. TUNC, «La force majeure dans ses rapports avec le contenu de l'obligation contractuelle», *J.T.*, 1946, p. 313; R. KRUIHOF, «Schuld, risico en overmacht bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen – Een rechtsvergelijkende benadering», in *Hommage à R. Dekkers*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 281 et s., spéc. pp. 296 à 298.

II.1. LE CONTRAT

mesures nécessaires et considère généralement que cette obligation doit s'apprécier de manière raisonnable (critère du bon père de famille)¹.

La notion de force majeure garde donc toute sa raison d'être, mais son application est intimement liée aux autres éléments de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle.

§ 3. Cas d'application

- 4.26 Nous renvoyons aux cas d'application cités ci-dessus à propos de l'étude des conditions d'application. Nous pouvons également distinguer les hypothèses les plus fréquentes de force majeure.

I. ÉVÉNEMENTS ATMOSPHÉRIQUES (VENT, ORAGE, ...)

- 4.27 Des conditions atmosphériques défavorables ne constituent pas en soi un événement défavorable, par exemple des congères de neige². Les tempêtes constituent également des cas de force majeure, mais la plupart des hypothèses se vérifient en matière quasi délictuelle³.

II. ÉVÉNEMENTS HUMAINS, FAITS DE L'HOMME

- 4.28 Ainsi, le vol avec effraction a exonéré le carrossier, dépositaire du véhicule de son client, de son obligation de restitution⁴.

III. INCENDIE

- 4.29 L'incendie dont la cause reste indéterminée n'exonère pas le garagiste, dépositaire d'un véhicule, de son obligation de restitution⁵.

Le fait que, après un incendie constitutif de force majeure, l'exploitant ait perçu une indemnité de la compagnie d'assurance ne doit pas être pris en considération pour l'application de la force majeure; il pouvait donc être valablement mis fin à un contrat d'emploi en suite de cet incendie.

1. Voir, outre les hypothèses précitées, Liège, 5 mars 1991, *Bull. ass.*, 1992, p. 103: bien que le carrossier, dépositaire, eût laissé les clés sur le véhicule, la cour admit la force majeure car les voleurs du véhicule s'étaient introduit par effraction alors que le véhicule était soigneusement fermé.

2. J.P. Arlon, 14 février 1986, *l.c.*

3. Voir, par exemple, Civ. Nivelles, 25 avril 1989, *R.G.D.C.*, 1990, p. 170; Liège, 30 juin 1988, *R.G.A.R.*, 1992, 12.010. Mons, 12 décembre 1988, *Bull. ass.*, 1989, p. 345; Bruxelles, 16 janvier 1989, *ibid.*, p. 351. Les vents violents ne seront retenus qu'exceptionnellement comme cas de force majeure.

4. Liège, 5 mars 1991, *l.c.*

5. Liège, 17 novembre 1992, *R.G.A.R.*, 1995, n° 12.489.

IV. LA MALADIE¹

V. ÉVÉNEMENTS SOCIAUX (GUERRE, BLOCUS, BOMBARDEMENT ET AUTRES AGITATIONS POLITIQUES, GRÈVE, FAILLITE, ...)

A. Guerre

- 4.30 La guerre a été reconnue à de nombreuses reprises comme une hypothèse de force majeure. L'on peut cependant convenir par dérogation au droit commun qu'une convention peut trouver application même lorsque survient une guerre².

Le paiement de loyers effectué en temps de guerre à un administrateur allemand n'a pas été considéré comme libératoire. En l'espèce, la Cour suprême casse un arrêt d'une cour d'appel qui avait considéré que le paiement avait été effectué sous la contrainte ou force majeure; selon la Cour de cassation, les conditions d'application de ce concept n'étaient pas réunies; l'impossibilité n'existe point, énonce la Cour, lorsque l'obligation a pour objet une somme d'argent³.

B. Grève

- 4.31 La grève ne sera pas en principe un cas de force majeure lorsqu'elle survient dans l'entreprise du débiteur; en effet, elle sera généralement considérée comme imputable à l'entreprise. Ceci étant, l'on ne peut en déduire que la grève survenue dans l'entreprise débitrice ne pourra en aucun cas être constitutive de force majeure car n'étant pas extérieure à l'entreprise. Il conviendra de vérifier si la grève revêtait pour l'entreprise débitrice le caractère d'irrésistibilité, d'imprévisibilité et de non-imputabilité⁴.

Il en va différemment des grèves nationales ou des grèves qui affectent des entreprises étrangères au débiteur mais auxquelles le débiteur doit recourir (par exemple, la grève des chemins de fer ou autres modes de transport). De telles grèves doivent cependant remplir les différentes conditions requises pour l'application de la force majeure notamment l'impossibilité d'exécution. Ainsi, la grève postale qui a empêché l'arrivée d'un acte d'appel chez un huissier liégeois n'a pas été considérée comme un cas de force majeure car, au moment du dépôt du pli à la poste, l'appelant ou son agent d'exécution devait connaître ou aurait dû connaître l'existence de la grève⁵. La grève chez le sous-traitant ne doit pas être considérée comme un cas de force majeure.

Certaines grèves ont été considérées comme cas de force majeure même lorsqu'elles ne rendent pas impossible l'exécution du contrat⁶.

1. Voir, sur les réclamations fiscales tardives dues à une maladie, Anvers, 26 juin 1995, *R.G.F.*, 1995, p. 389 et note J. VAN BESIEN.

2. Cass., 11 janvier 1883, *Pas.*, 1883, I, p. 239.

3. Cass., 13 mars 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 108 et concl. HAYOIT DE TERMICOURT.

4. Cass. fr. (ch. mixte), 4 février 1983, *Bull. civ.*, 1 et 2; TEYSSIE, « La grève », *D.*, 1993, p. 59.

5. Liège, 16 novembre 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 808.

6. Comm. Anvers, 14 novembre 1961, *R.W.*, 1961-1962, p. 715.

II.1. LE CONTRAT

VI. DÉCISIONS DE LA PUISSANCE PUBLIQUE (FAIT DU PRINCE)

4.32 De nombreux cas de force majeure ont trait aux décisions de la puissance publique.

Même si l'on admet que le contrat administratif puisse être rompu pour cause d'intérêt général, l'administration devra payer des dommages et intérêts à son cocontractant.

Le fait du prince n'exonérera le débiteur que si les conditions d'application de la force majeure sont réunies¹.

S'agissant des opérations internationales, les règlements d'ordre monétaire constituent également un fait du prince susceptible d'exonérer le débiteur², tout comme un embargo³.

Les décisions de fermeture des divisions d'un charbonnage ne constituent pas des cas de force majeure autorisant la résiliation d'un contrat d'emploi car elles rendent l'exécution du contrat plus onéreuse, mais non insurmontable⁴.

Un jugement peut aussi être constitutif du fait du prince⁵⁻⁶.

VII. LES CLAUSES

4.33 Beaucoup de clauses se limitent à énumérer un certain nombre de cas de force majeure, de manière non exhaustive, sans énoncer nécessairement les conditions d'application de la force majeure (imprévisibilité, irrésistibilité, etc.)⁷.

L'on peut à titre d'exemple citer la clause suivante qui est assez complète: «*Sont notamment considérés comme cause d'exonération, les cas de force majeure, s'ils interviennent après la conclusion du marché, tels que:*

- *la guerre, déclarée ou non déclarée, la guerre civile, les émeutes et les révolutions, les actes de piraterie, d'attentat ou de terrorisme, les sabotages;*
- *les cataclysmes naturels tels que violentes tempêtes, cyclones, tremblements de terre, raz de marée, inondations, destructions par la foudre, etc.;*
- *les explosions, les incendies, les destructions de machines, d'usines et d'installations quelles qu'elles soient;*
- *le fait du prince;*
- *le refus par les autorités publiques ou organismes officiels d'accorder les autorisations nécessaires à l'exécution du marché, pour autant que ce refus ne soit pas imputable aux parties.*

Sont, en outre, considérés également comme cause d'exonération:

1. Liège, 27 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 101. La réduction significative de l'intervention de l'I.N.A.M.I. ne peut être qualifiée de force majeure car elle ne réunit pas les conditions d'application de celle-ci.
 2. Voir arrêt du 13 mai 1996, précité.
 3. Comm. Anvers, 28 avril 1989, *R.D.C.*, 1990, p. 413 et note H. VAN HOUTTE et la jurisprudence internationale citée par ce dernier.
 4. Cass., 23 février 1967, *Pas.*, I, p. 782.
 5. Cass., 15 février 1951, *Pas.*, 1951, p. 388.
 6. Plusieurs communes avaient convenu d'un accord de répartition des frais de construction et d'exploitation d'un bassin de natation en fonction du nombre d'habitants de chaque commune. La fusion ultérieure de ces communes avec une commune qui n'était pas partie au contrat n'a pas été considérée comme un cas de force majeure. Anvers, 6 mai 1987, *R.G.D.C.*, 1990, p. 299 et note D. PHILIPPE.
 7. Voir D. PHILIPPE, « Les clauses de force majeure, d'imprévision et de transfert des risques », in P. WERY (dir.), *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, La Chartre, 2001, pp. 1 et s.

- les boycotts, les grèves et le lock-out sous quelque forme que ce soit, les grèves perlées, les occupations d'usines et de locaux, les arrêts de travail se produisant dans les établissements de la partie qui demande le dégagement de sa responsabilité;
- le retard d'une partie d'ouvrage (par exemple : fondations devant supporter les équipements ou ouvrages, zones d'accès, ...) dont la réalisation doit se situer chronologiquement avant la prestation du contractant, si ce retard a une influence directe sur cette dernière prestation et si ce retard ne résulte en rien de la faute du contractant ou de ses fournisseurs ou sous-traitants».

§ 4. Force majeure et dispositions particulières

4.34 La force majeure fait l'objet de certaines dispositions particulières. Sans souci d'exhaustivité¹, l'on peut citer l'article 1722 du Code civil qui prévoit que le bail prend fin en cas de destruction du bien loué.

En outre, la loi du 14 juillet 1991 sanctionne dans ces articles 31 et 32 les clauses abusives qui sont insérées dans les contrats liant un vendeur de produits ou services au consommateur.

L'article 32 dresse une liste des clauses qui doivent en tous les cas être considérées comme abusives et nulles de nullité absolue. Ainsi, sont prohibées les clauses qui autorisent le vendeur à rompre ou à modifier le contrat unilatéralement sans dédommagement pour le consommateur, hormis le cas de force majeure.

Cette clause ne restreint donc pas le droit du vendeur de modifier ou résilier le contrat en cas de force majeure; cette clause ne limite donc pas les droits des parties à modaliser le régime de la force majeure.

Par contre, l'article 32.10 interdit de faire supporter des dommages et intérêts par le consommateur s'il vient à mettre fin au contrat en cas de force majeure.

L'inverse créerait effectivement un déséquilibre. La clause reste muette sur la suspension du contrat par le consommateur, même si les mêmes principes devraient y être appliqués.

I. LE DROIT DE LA VENTE INTERNATIONALE: LA CONVENTION DE VIENNE

4.35 L'article 79 de la Convention de Vienne relative à la vente internationale de marchandises exonère le débiteur lorsqu'il prouve que l'inexécution est due à:

- un empêchement;
- qu'il ne pouvait raisonnablement prendre en considération;
- dont il ne pouvait empêcher ou surmonter la survenance ou les effets.

Cette définition se rapproche de la force majeure en droit belge.

1. L'on pense par exemple à la matière du contrat de travail que nous n'aborderons pas ici.

II.1. LE CONTRAT

A. Empêchement

- 4.36 La Convention de Vienne parle d'empêchement alors que la convention régissant auparavant la vente internationale de marchandises, la Convention de La Haye, énonçait le terme «circonstance».

Ces termes appellent-ils des explications différentes? Doit-on considérer par exemple que l'exonération ne trouvera pas application à l'hypothèse de non-conformité des biens?

Certains auteurs pensent en effet que l'exonération de l'obligation de non-conformité qui serait justifiée par le soin apporté par le fabricant dans le processus de production n'est pas praticable¹.

D'autres estiment, à juste titre selon nous, que l'empêchement peut au contraire toucher la production du bien et avoir pour effet sa non-conformité².

B. Imprévisibilité

- 4.37 A la notion d'imprévisibilité qui constitue une condition d'application de la force majeure est substituée la notion de circonstances dont on ne pouvait raisonnablement pas attendre qu'elles soient prises en considération: les deux notions sont proches, la seconde insistant plus spécifiquement sur les critères objectifs (on ne pouvait raisonnablement attendre).

Les termes «irrésistible» et «insurmontable» se retrouvent sous d'autres formes.

II. LES PRINCIPES UNIDROIT ET LES PRINCIPES DE DROIT EUROPÉEN DES CONTRATS

- 4.38 L'institut Unidroit établi à Rome a élaboré des principes de droit qui peuvent servir de modèle notamment dans la vie du contrat international.

De même, des principes d'harmonisation du droit européen des contrats ont été élaborés à l'initiative des institutions européennes.

Les deux textes ont été élaborés par d'éminents comparatistes et peuvent servir de base à la rédaction de clauses plus élaborées, notamment au niveau national.

La force majeure y est bien sûr organisée. Arrêtons-nous sur les principes de droit européen³ qui prévoient, en l'article 8.108, l'exonération de responsabilité en cas d'empêchement imprévisible et inévitable. Le retard dû à la force majeure en principe suspend l'exécution de l'obligation; il y mettra cependant fin lorsqu'il touche à l'essence même du contrat. L'obligation d'informer le cocontractant de l'événement perturbateur est expressément prévue; sa non-observation est sanctionnée par des dommages et intérêts.

1. Voir, sur ce problème, B. NICHOLAS, «Impracticability and impossibility in the U.N. Convention or Contracts for the international sales of goods», in *International Sales*, pp. 5-10 et s.

2. *Rabels Z.*, 413, 165 (1979).

3. Disponible sur de nombreux sites sur internet, à partir du verbe *Principles of European Contract Law*.

§ 5. Effets

- 4.39 La question des effets de la force majeure a fait l'objet d'une très maigre littérature: traditionnellement, c'est aux éléments constitutifs de cette cause exonératoire bien plus qu'à ses effets que s'intéresse la majorité des auteurs. Depuis quelques années, cependant, on assiste à des tentatives, tant de la pratique des contrats internationaux que de la jurisprudence et de la doctrine, d'approfondir et de systématiser la matière. Ils semblent avoir pris conscience des multiples ressources de ce mécanisme pour le moins original. Outre qu'ils ont davantage étudié l'exonération occasionnée par la force majeure, ils ont affiné la notion en prenant en considération l'étendue et la durée de l'impossibilité. Ils ont alors dégagé, à côté de la force majeure totale et définitive, les forces majeures temporaires et partielles. L'intérêt de cette démarche est qu'elle a permis d'adapter le sort du contrat à la force majeure qui l'affecte et, dans plusieurs cas, d'envisager une survie du contrat. Ce qui, comme nous le verrons, coïncide totalement avec le souci croissant de souplesse et de protection qui se manifeste dans la pratique des contrats.

Notre analyse des effets de la force majeure sera articulée autour de ce classement tripartite dégagé:

- la force majeure totale et définitive (dissolution du contrat);
- la force majeure temporaire (suspension du contrat);
- la force majeure partielle (réduction du contrat).

I. FORCE MAJEURE TOTALE ET DÉFINITIVE

- 4.40 Lorsque survient un cas de force majeure empêchant définitivement le débiteur de remplir son obligation, il est libéré et exonéré de toute responsabilité à l'égard de son créancier. La formule est connue et ne semble engendrer aucune difficulté. L'effet libératoire de la force majeure, cependant, s'avère à l'examen beaucoup plus complexe qu'il ne peut sembler *a priori*. De nombreuses controverses surgissent en effet dès que l'on tente de comprendre le fondement de l'exonération de responsabilité (1). Par ailleurs, le fonctionnement exact de la force majeure (2), ainsi que le rôle que le juge doit ou peut y tenir (3), restent baignés d'un flou des plus artistiques!

A. Exonération de responsabilité

1. PRINCIPE

- 4.41 Lorsque c'est un événement de force majeure qui empêche le débiteur d'exécuter son obligation contractuelle, celui-ci est exonéré de toute responsabilité. Tel est le sens des articles 1147 et 1148 du Code civil. Ces articles ne font, il est vrai, référence qu'aux dommages et intérêts, mais il est admis que le débiteur ne peut se voir soumis à aucune autre sanction de la part du créancier, comme l'exécution en nature ou la résolution du contrat. Cet effet exonératoire est appliqué de manière régulière par la jurisprudence.

II.1. LE CONTRAT

La pratique internationale elle-même semble, pour une fois, être en accord avec la solution nationale.

2. FONDEMENT DE L'EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ

4.42 La doctrine et la jurisprudence restent divisées sur ce point.

Certains situent la force majeure sur le terrain de la faute: elle ne ferait que mettre en évidence l'absence de faute du débiteur et, en détruisant cette condition, supprimerait sa responsabilité. Certains, plus nombreux, insistent sur la rupture du lien causal, la force majeure constituant la cause du dommage; l'inexécution en soi fautive devient non fautive par la présence d'un événement insurmontable.

En fait, l'exonération du débiteur s'explique sans doute par une combinaison des deux approches: la présence d'un événement qui rompt le lien causal, mais aussi la non-imputabilité qui suppose que le débiteur ne peut se voir reprocher la survenance de la force majeure et ses effets sur le contrat.

Prenons à nouveau l'exemple du vol de voiture chez un garagiste; le garagiste doit remettre le véhicule à son propriétaire (obligation de résultat); il doit donc prouver la cause étrangère pour être exonéré (en l'occurrence, le vol) mais s'il n'a pas pris toutes les mesures adéquates contre le vol, la force majeure ne sera pas admise.

B. Effet extinctif

4.43 La force majeure totale et définitive entraîne une extinction des obligations et du rapport contractuel. Il importe de bien distinguer ces deux dimensions de l'effet extinctif de la force majeure. Ce que nous ferons en les examinant séparément aux n^{os} 1 et 2. Nous étudierons ensuite plus précisément les conséquences de cet effet d'extinction de la force majeure (3).

1. EXTINCTION DES OBLIGATIONS

4.44 L'événement de force majeure exonère le débiteur de toute responsabilité, nous l'avons dit¹, et entraîne l'extinction de(s) l'obligation(s) rendue(s) définitivement impossible(s). Selon DE PAGE, «l'article 1147 ne parle que de dommages et intérêts, parce que c'est le cas normal. Mais il ne faut pas oublier que les dommages et intérêts constituent un mode d'exécution et que c'est l'exécution elle-même de l'obligation qui est (...) éteinte»².

Cet effet de la force majeure sur l'obligation qu'elle rend impossible est invariablement fondé en droit belge et en droit français sur les articles 1234, 1302 et 1303 du Code civil. L'article 1234 énumère les causes d'extinction propres aux obligations, parmi lesquelles figure la perte de la chose. Celle-ci est plus particulièrement abordée aux articles 1302 et 1303.

Le choix de ces dispositions comme fondement juridique de l'extinction de(s) l'obligation(s) rendue(s) impossible(s) par la force majeure présente avantages et inconvénients.

1. *J.T.*, 1996, n^o 108, arrêts cités.

2. *Traité*, précité, p.m.

L'inconvénient majeur réside dans le caractère restrictif de la «perte de la chose». Celle-ci, en effet, ne vise rien de plus que l'impossibilité d'exécution lorsque la prestation a pour objet la livraison d'un objet déterminé (obligation de *dare* un corps certain; *cf.* art. 1302). Or, il n'a fait aucun doute que le principe de la force libératoire de la cause étrangère concerne aussi bien les obligations de donner que celles de faire ou de ne pas faire (*cf.* C. civ., art. 1148).

Ces dispositions présentent pourtant un intérêt indubitable en ce qu'elles règlent pratiquement les effets de l'extinction (*cf.* C. civ., art. 1303), en plus de constituer un fondement juridique certain à l'effet extinctif de la force majeure. On s'accorde par conséquent à induire de ces trois articles du Code civil un principe général d'extinction de l'obligation conventionnelle en présence d'une impossibilité d'exécution, que l'on pourrait formuler par l'adage bien connu *A l'impossible nul n'est tenu*. L'extinction s'explique par la disparition de l'objet de l'obligation.

A partir du moment où cette généralisation du principe extinctif des articles 1234, 1302 et 1303 du Code civil est admise, il n'y a aucune raison de ne pas apporter à l'effet extinctif de la force majeure le tempérament de l'article 1303 qui stipule que «*lorsque la chose est périe, mise hors du commerce ou perdue, sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier*». Ce texte, emprunté à POTHIER, fonde un cas de subrogation réelle absolument incontournable du droit civil. La technique, tout comme le principe de l'effet extinctif, est généralisable, selon nous, parce qu'elle ne fait qu'exprimer une des nombreuses facettes de l'exigence de bonne foi qui sous-tend le droit des contrats. Tel est également l'avis de DEMOGUE, qui affirmait que «*si la force majeure donne à une partie un droit à réparation, elle doit en faire profiter l'autre. L'article 1303 le dit à propos des droits et actions en indemnité ayant un rapport avec la chose*»¹. La jurisprudence semble, elle aussi, avoir emprunté cette voie. Ainsi, la cour d'appel de Nîmes² a estimé que l'entrepreneur qui façonne des marchandises pour le compte d'une société est tenu, en cas de perte fortuite de celles-ci, de céder au créancier de leur restitution l'indemnité d'assurance des fournitures qui lui ont été confiées.

Le sort des obligations rendues impossibles par la force majeure est clair à présent. Mais qu'en est-il des obligations dont l'exécution est épargnée par la cause étrangère? La force majeure n'affecte en effet que rarement la totalité des obligations du contrat. Certaines d'entre elles resteront viables et exécutoires sous diverses conditions. Il est toutefois des obligations du contractant victime de la force majeure qui, bien que non affectées directement par la force majeure, disparaîtront «*par le jeu d'une réaction en chaîne*».

Ainsi, les obligations dont l'exigibilité est subordonnée à une inexécution fautive de l'obligation principale. En cas de clause pénale, par exemple, la force majeure libère logiquement le débiteur de l'obligation essentielle inexécutée du paiement de la peine.

1. R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. VI, n° 621bis.

2. 21 mars 1985, *Juris-Data*, doc. n° 0300.

II.1. LE CONTRAT

S'éteignent également, faute d'objet, les obligations dépendantes de l'exécution de l'obligation éteinte (obligation de mise au point, d'installation, d'assistance, de garantie, de maintenance ou de service après-vente).

Il convient en outre de s'interroger sur le sort des obligations du contractant victime de l'inexécution (c'est-à-dire le créancier de l'obligation empêchée), dans l'hypothèse d'un contrat synallagmatique. Ce type de contrat se fondant sur l'interdépendance des obligations réciproques, la force majeure ne peut manquer d'affecter le cocontractant.

2. EXTINCTION DU RAPPORT CONTRACTUEL

- 4.45 Intéressons-nous dès à présent à l'effet de la force majeure sur le rapport contractuel proprement dit. Par son champ d'action, l'effet de la force majeure déborde largement la responsabilité et concerne directement le contrat lui-même, notamment sa survie au-delà de certaines vicissitudes d'exécution. Il importe de distinguer contrat et obligation. Or, nous le savons, le Code civil opère à différentes reprises une confusion entre ces deux notions. Il ne met pas en évidence ce qui constitue l'essence de la distinction, à savoir que le contrat n'est pas une obligation mais une source d'obligations. Une telle confusion se perpétue malheureusement dans les esprits lorsqu'il s'agit d'envisager l'effet extinctif de la force majeure, les deux étant rarement distingués. Il faut pourtant admettre qu'ils ont des causes spécifiques d'extinction. Ce qui ne signifie pas qu'une séparation imperméable existe entre contrat et obligation lorsqu'ils sont affectés par un cas de force majeure. Ainsi, l'on conçoit bien que le contrat puisse disparaître parce que toutes les obligations qui en sont issues sont éteintes, pour des causes qui leur sont propres, ou qu'inversement, la force majeure agisse sur le rapport contractuel dans son effet créateur d'obligations et que les obligations tombent par conséquent. Pour reprendre DE PAGE, «*les contrats peuvent, d'une part, se dissoudre par voie de conséquence, lorsque la ou les obligations qui forment la convention disparaissent, comme telles, par suite d'un mode d'extinction propre aux obligations, mais qu'il existe également, à côté de ces modes d'extinction, des causes spécifiques de dissolution, propres aux contrats et non aux obligations qui les constituent. Ce sont, dans ce dernier cas, les obligations qui tombent par voie de conséquence, parce que le contrat lui-même est frappé, comme tel*»¹. En matière d'effets de la force majeure, cette distinction se retrouve, comme nous allons le constater, entre les contrats unilatéraux et les contrats synallagmatiques. Nous allons nous demander: comment la force majeure affecte-t-elle le rapport contractuel jusqu'à l'éteindre?

a. Contrats unilatéraux

- 4.46 Lorsqu'un cas de force majeure survient, empêchant l'exécution par un débiteur de son obligation issue d'un contrat unilatéral, l'obligation est éteinte par un mode d'extinction propre aux obligations (C. civ., art. 1234 et 1302; cf.

1. O.c., p. 724, n° 753.

supra). Comme il n'y a d'obligation qu'*uno latere*, le contrat tombe par voie de conséquence, sans qu'aucune formalité ne doive être respectée.

b. Contrats synallagmatiques

- 4.47 La situation est plus complexe en cas de contrat synallagmatique: l'obligation éteinte par force majeure laisse en principe subsister l'obligation corrélatrice du cocontractant. Le débiteur de l'obligation empêchée par cas fortuit pourra-t-il dans ces conditions exiger l'exécution de cette obligation toujours «en vie»?

Un arrêt de la Cour de cassation belge du 27 juin 1946 répond à cette question, fondant la dissolution du contrat sur la «théorie des risques»: «Attendu, en effet, que, dans les contrats synallagmatiques, l'extinction par la force majeure des obligations d'une partie entraîne l'extinction de ces obligations corrélatives de l'autre partie et justifie, dès lors, la dissolution du contrat;

Que, si cette règle de droit n'est pas formulée en termes exprès par une disposition générale du Code civil, elle est néanmoins consacrée par celui-ci, puisqu'il en fait application dans diverses dispositions particulières, notamment dans les articles 1790 et 1867, et, spécialement en cas de destruction ou de perte de choses immobilières louées, dans les articles 1722 et 1741; (...) qu'en toute hypothèse, le bail ayant été résilié, non pour inexécution fautive, mais par application de la théorie des risques (...)»¹.

Il est très généralement admis aujourd'hui que la dissolution du contrat synallagmatique se justifie par la théorie des risques, cause d'extinction propre au rapport contractuel. A strictement parler, en effet, les obligations de l'autre partie subsistent. Mais le *mécanisme même* du contrat synallagmatique, où les obligations corrélatives sont si étroitement liées, si étroitement interdépendantes qu'elles jouent, mutuellement et l'une à l'égard de l'autre, le rôle de «cause», s'oppose à pareille solution et justifie la dissolution du contrat tout entier. Pour le dire autrement, les obligations réciproques *se conditionnent* l'une l'autre. Si l'une disparaît, l'autre n'a plus de soutien, plus de raison d'être, plus de justification. Elle doit disparaître également. Elle tombe en même temps. C'est ce qu'on formule en droit par la théorie des risques.

Nous n'approfondirons pas davantage la question de la théorie des risques. Notons seulement, avant de passer à autre chose, que, dans les esprits, subsiste parfois une certaine confusion entre théorie des risques, résolution et résiliation. Sans doute pourra-t-on préférer, avec DE PAGE², le terme de dissolution du contrat par la théorie des risques.

3. LES EFFETS DE L'EXTINCTION DANS LE TEMPS

- 4.48 La disparition du contrat a-t-elle lieu *ex nunc*, c'est-à-dire pour l'avenir seulement, ou *ex tunc*, c'est-à-dire avec effet rétroactif? Si l'extinction du contrat trouve sa justification dans la théorie des risques, elle opère *ex nunc*, c'est-à-dire au moment où survient l'obstacle qui rend l'exécution de l'une des obligations impossible. Selon DE PAGE, «*c'est d'ailleurs chose logique et on ne voit pas pourquoi le passé serait rétroactivement effacé. Le contrat a reçu son*

1. Cass. (1^{re} ch.), 27 juin 1946, *Pas.*, I, pp. 270 à 275.

2. *O.c.*, p. 736, n^o 766.

II.1. LE CONTRAT

exécution normale jusqu'au moment où un fait indépendant de la volonté des parties l'a frappé à mort»¹. Le contrat subsistant pour le passé, les comptes devront être arrêtés entre les parties à la date de la dissolution et il pourrait y avoir lieu à restitution (par exemple lorsque des provisions ont été versées en vue de l'exécution future du contrat). Citons, à ce propos, un exemple belge très intéressant: «*Si les clients d'une agence de voyage ont, en principe, droit au remboursement de ce qu'ils ont payé pour un voyage annulé en raison de faits extérieurs constitutifs de force majeure, l'agence de voyage peut, en ce qui la concerne, revendiquer le remboursement des frais – dûment justifiés – qu'elle a engagés pour assurer la prestation faisant l'objet du contrat et qu'elle ne peut ni récupérer, ni reporter sur d'autres contrats*»².

II. FORCE MAJEURE TEMPORAIRE

A. Conditions

1. UN ÉVÉNEMENT DE FORCE MAJEURE

4.49 L'impossibilité temporaire d'exécution doit émaner d'un obstacle de force majeure, à tout le moins par hypothèse, dans l'étude que nous menons.

L'événement doit, bien entendu, présenter les caractéristiques requises pour toute force majeure. Il n'est pas question de faire varier les critères de qualification de celle-ci en fonction de son effet. C'est ce que souligne sans conteste l'arrêt de la cour du travail de Liège (4^e ch.) du 11 septembre 1991, lorsqu'il affirme: «*Qu'elle empêche momentanément ou définitivement la poursuite de l'exécution du contrat, la force majeure doit être indépendante de la volonté de la partie qui l'invoque et constituer pour elle un obstacle insurmontable. En l'occurrence, la patronne du restaurant affirme que son état de santé l'a contrainte à fermer temporairement son établissement pour se reposer, mais ne démontre pas pourquoi elle ne pouvait se faire remplacer par un préposé*».

Rien n'empêche cependant les parties d'aménager une suspension du lien contractuel pour des événements ne présentant pas toutes les caractéristiques de la force majeure.

2. CARACTÈRES TEMPORELS DE L'IMPOSSIBILITÉ D'EXÉCUTER

a. Simultanéité de l'impossibilité et de l'exigibilité

4.50 La suspension ne se conçoit que d'une obligation exigible. Ce qui implique que l'impossibilité doit survenir à un moment où l'obligation est exigible pour que le jeu de la suspension puisse être envisagé. Il se peut en effet que les parties aient différé la date d'exécution de l'obligation. Celle-ci ne devient exigible qu'au jour prévu pour son exécution; un cas de force majeure survenu auparavant mais disparu lorsque l'obligation devient exigible devient logiquement sans influence. Par ailleurs, il se produit souvent que les contractants

1. *Ibid.*

2. Civ. Bruxelles (4^e ch.), 26 avril 1991, *J.T.*, 1991, p. 603.

stipulent un délai pour l'exécution de l'obligation (exigible dès le départ jusqu'à la fin du délai). Qu'advient-il si un événement perturbateur intervient au cours de ce délai? Il va sans dire que, dans l'hypothèse où le délai est expiré lorsque le cas fortuit disparaît, délai qui, dans l'esprit des parties, était de rigueur, l'obligation sera éteinte, ne présentant plus d'intérêt pour les parties¹. Si, au contraire, l'obstacle a totalement disparu avant l'expiration du délai, la suspension de l'obligation s'est-elle produite? Certains répondent par l'affirmative et avancent, pour justifier cette position, la prolongation du délai parfois accordée. D'autres, au contraire, trouvent prématuré de confier à un tel cas de force majeure quelque effet, alors qu'il n'y a pas eu de véritable impossibilité d'exécuter. Ils voient dans l'éventuelle prolongation un délai de grâce qui ne se confond nullement avec la suspension pour force majeure.

b. Impossibilité temporaire d'exécuter

- 4.51 Outre ses caractéristiques habituelles, la force majeure doit entraîner une impossibilité temporaire d'exécution pour que l'on puisse envisager la suspension du contrat. Il importe de s'arrêter quelques instants à cette notion de *temporaire*. De l'acception qui lui est reconnue dépend en effet la délimitation de l'effet suspensif de la force majeure.

Ce caractère momentané peut être entendu au premier degré, dans le seul sens d'un obstacle passager à l'exécution de l'obligation; l'appréciation se fait au regard de la seule durée de l'empêchement. La suspension est alors liée à la certitude d'une cessation de l'impossibilité dans l'avenir. Dans une telle optique, l'événement de force majeure temporaire suspend le contrat instantané ainsi que le contrat à exécution successive de durée déterminée, à condition qu'il disparaisse avant l'expiration de l'échéance fixée; tandis que le contrat à exécution successive de durée indéterminée reprendra son cours sans difficulté une fois l'obstacle levé, dans la mesure où aucune limite de temps ne conditionne sa vie.

Certains auteurs semblent s'arrêter à cette première analyse du caractère momentané de l'événement, avançant une formule comme: «*Le contrat n'est que suspendu si son exécution est encore possible lorsque l'événement de force majeure a disparu*». A moins que ce genre de formule ne reflète en réalité plus d'imprécision que d'inexactitude de leur part².

Les cours et tribunaux, quant à eux, se contentent parfois d'un examen de la durée de l'empêchement pour conclure à une force majeure temporaire engendrant la suspension de l'accord.

Tel l'arrêt de principe français du 5 février 1888, qui avance «*qu'il suit de là que si l'empêchement est momentané, le débiteur n'est pas libéré, que l'exécution de l'obligation est seulement suspendue jusqu'au moment où la force majeure vient à cesser*»³.

Ou encore, une décision de la Cour de cassation belge, soulignant qu'une distinction doit être faite entre, d'une part, les circonstances qui rendent momentanément impossible l'exécution du contrat de travail et qui ne font

1. Cf. *infra*, quant à cette condition d'utilité.

2. Voir P.H. ANTONMATTEI, *o.c.*, p. 215 et les auteurs cités.

3. Cité par P.H. ANTONMATTEI, *o.c.*, p. 214.

II.1. LE CONTRAT

que suspendre l'exécution du contrat pour la durée de la force majeure momentanée et, d'autre part, les faits rendant définitivement impossible l'exécution du contrat de travail et qui sont indépendants de la volonté des parties.

Dans ce dernier cas d'espèce, la Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel, au motif que l'arrêt attaqué décide qu'il y a force majeure définitive, alors que le contrat pouvait encore être utilement exécuté¹.

Cette méthode de détermination du caractère temporaire de la force majeure n'est pas satisfaisante. Elle ne prend pas suffisamment en compte l'économie contractuelle globale, laquelle peut se voir fortement perturbée par une paralysie temporaire. N'est-il pas plus adéquat d'examiner, au-delà de la durée de l'empêchement créé par la force majeure, l'utilité que présente le maintien du contrat après la disparition de la cause étrangère? De mettre en œuvre ce que d'aucuns appellent une «*méthode comparative d'appréciation du caractère momentané de l'impossibilité*», qui opère «*un certain rapport entre la durée pendant laquelle l'exécution est impossible et la durée pendant laquelle elle reste due*»? Cette conception se voit incontestablement cautionnée par une doctrine majoritaire, à juste titre selon nous².

Quelques vieux arrêts belges offrent un aperçu intéressant de la façon dont cette évaluation de la force majeure s'est peu à peu façonnée.

Une première affaire intéressante concerne l'interruption d'un contrat de fourniture de tôles du fait de la fermeture du port d'Anvers au cours de la première guerre mondiale. L'obstacle de force majeure (fermeture du port suite à la situation de guerre) n'est bien entendu pas définitif si l'on ne l'envisage que sous l'angle de sa durée et ne justifie pas, dans l'optique analysée ci-dessus, la dissolution du contrat. Sa suspension tout au plus pourra être décidée, éventuellement pour une longue période. La cour d'appel va pourtant décider que le contrat (à exécution successive de durée indéterminée) est éteint par suite d'une force majeure totale et définitive, arguant qu'«*il y a lieu, à raison de la prolongation de la guerre au-delà de toutes les conjectures et de la fermeture du port d'Anvers à la navigation, pour une période indéfinie, non pas simplement d'ajourner l'exécution du marché jusqu'après le rétablissement de la paix, mais d'en prononcer purement et simplement la résiliation*». La cour place manifestement son appréciation au-delà d'une simple évaluation de la durée de l'empêchement. Se fondant sur le caractère long et indéterminé de la durée des hostilités, elle estime que la perturbation du contrat serait trop grande, en cas de reprise de son exécution, pour que son maintien ne soit envisageable.

Dans le même sens, mais dans l'hypothèse d'un contrat à exécution unique et non fractionnée, la cour d'appel de Bruxelles déclare: «*Attendu que la partie intimée objecte que l'impossibilité d'opérer le règlement en francs français ne serait pas définitivement acquise, mais devrait être considérée comme temporaire, si bien que son seul effet serait de suspendre pendant sa durée l'exécution de la convention;*

(...)

Attendu que cette thèse doit être rejetée; que la suspension d'un contrat ne se conçoit que si l'obstacle apporté à l'exécution doit disparaître après une période

1. Cass., 13 janvier 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 460.

2. *Ibid.*

dont la fin peut être prévue pour une époque relativement proche; qu'en l'espèce, l'obstacle, c'est-à-dire l'absence de teneur en or légalement fixée pour le franc français, date déjà du 1^{er} octobre 1936 et continue à exister présentement sans que sa disparition apparaisse comme prévisible, ni même comme certaine, l'hypothèse de l'abandon définitif de l'étalon-or ne pouvant pas être exclue».

Des termes mêmes de G. VAN HECKE, qui signe une observation sous cet arrêt, « (...) si la force majeure s'oppose à l'exécution dans le délai convenu ou si sa durée ne peut pas être prévue, elle aura pour effet l'extinction de l'obligation (...)»¹.

Enfin, le 13 janvier 1956, un arrêt de la Cour de cassation, véritable aboutissement de cette évolution, formule le principe tel qu'on le connaît aujourd'hui: «*Attendu que la force majeure, qui empêche une partie de remplir ses obligations, suspend l'exécution de tous les engagements nés d'un contrat synallagmatique, lorsque cet empêchement n'est que temporaire et que le contrat peut encore être utilement exécuté après le délai convenu;*

Attendu, pourtant, que si la force majeure persiste, de sorte que cette dernière condition n'est plus remplie, le contrat est dissous de plein droit»².

Concrètement donc, cette méthode est axée sur deux évaluations temporelles: évaluation de la durée de l'empêchement et évaluation de la durée d'exécution utile de l'obligation en question. Si la première est moins longue que la seconde ou, en d'autres mots, si le contrat présente encore une utilité lorsque l'obstacle de force majeure vient à cesser, celui-ci sera considéré comme temporaire et n'entraînera qu'une suspension du contrat; dans le cas contraire, le cas fortuit, momentanément dans l'absolu, sera tenu pour définitif à l'égard de l'obligation en cause, laquelle se verra éteinte.

Pour évaluer la durée de l'empêchement, il s'impose – cela va de soi – de déterminer le point de départ et le moment de cessation de l'événement de force majeure. Concernant la première date, se pose la question suivante: la force majeure commence-t-elle dès que l'événement surgit ou au moment de la qualification (éventuellement au moment de l'appréciation par le juge)?

La détermination du moment précis de la cessation du cas fortuit n'est pas plus aisée, loin s'en faut; il paraît, dans bien des cas, extrêmement difficile, voire impossible, d'en acquérir la certitude. Deux attitudes sont concevables, dans un tel contexte, révélant chacune une prise de position tout à fait opposée. Soit on décide de la suspension, si et seulement si on a la garantie dès le départ que l'exécution de l'obligation pourra être reprise dans le futur. Auquel cas toute incertitude se traduit automatiquement par une extinction de l'obligation. Inversement, on peut estimer qu'« (...) un empêchement que sa nature révèle temporaire produira toujours un effet suspensif: il faut poser le principe sans réserves». N'y aurait-il «qu'une chance de cessation contre cent, cela suffirait pour opérer la suspension». Une telle perspective choisit de donner sa chance au contrat et «implique un pari car nul ne sait (...) quelle sera la durée de la force majeure et si l'exécution sera encore possible et utile lorsque l'obstacle aura cessé de paralyser le contrat». « (...) répugnant à l'idée d'anéantir l'institution juridique que représente le contrat, (on) préfère laisser les choses en l'état, confiant le soin de trancher le débat à la date de disparition de l'obstacle (...)»

1. R.C.J.B.

2. Pas., I, 460.

II.1. LE CONTRAT

qui aura «pour effet de rompre ou, au contraire, de reconforter le contrat, selon l'époque à laquelle elle intervient». Certains ont pu y voir une sorte de délai d'exécution laissé au contrat, semblable à celui qui peut être accordé au débiteur en faute en vertu de l'article 1184 du Code civil.

Ces deux conceptions nous semblent excessives et présentent dès lors l'insuffisance propre à toute position extrême. «Alors que la première réduit considérablement l'effectivité de la suspension, la seconde méconnaît l'objectif essentiel du mécanisme». Il est plus juste et plus nuancé d'entendre raisonnablement la date de cessation de l'impossibilité. Une évaluation en fonction des circonstances de l'espèce nous paraît une fois encore la technique la plus adéquate. Divers arrêts procédèrent de la sorte. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation belge du 10 janvier 1994, cassant un arrêt de la cour du travail d'Anvers qui avait décidé qu'il y avait force majeure définitive. Si elle ne suit pas la cour du travail, c'est entre autres au motif «(...) que l'arrêt admet ainsi qu'au moment où la défenderesse a invoqué la force majeure, la cessation définitive de ses activités était incertaine; qu'en se fondant sur cette décision, l'arrêt ne justifie pas légalement la décision que la force majeure rendait définitivement impossible l'exécution ultérieure du contrat de travail»¹.

Pour séduisante et satisfaisante qu'elle paraisse, cette méthode de détermination de la cessation de la force majeure «à l'aune du raisonnable» n'en reste pas moins impraticable dans certaines circonstances. Il est des événements, en effet, dont la durée résiste à toute prévision. Dans une telle hypothèse, on admettra qu'un obstacle dont la disparition est entourée d'une totale indétermination et ne peut être prévue pour une période relativement proche est définitif. C'est dans cette voie que la pratique internationale s'est résolument engagée. La plupart des clauses de force majeure, en effet, disposent que si, au-delà d'un certain délai, les circonstances de force majeure subsistent, le contrat sera dissous ou renégocié (et la force majeure par voie de conséquence considérée comme définitive). Nous rejoignons là cependant la question de la durée d'utilité du contrat, que nous allons tenter dès à présent d'approfondir.

Il faudra, dans un deuxième temps, définir la durée d'exécution utile de l'obligation ou, autrement dit, déterminer si, au moment de la disparition de l'événement de force majeure, l'exécution de l'obligation présente encore une utilité.

Le jeu de ce critère doit être correctement compris dans le cadre des structures particulières de contrat que sont le contrat instantané et le contrat à exécution successive de durée déterminée. Ces deux types de conventions ont en commun qu'un délai est prévu pour leur exécution. Dans cette sorte de schéma, l'utilité agit de façon intéressante et nuancée. Ce n'est pas, en effet, parce que le délai d'exécution n'est pas expiré au moment de la disparition de la force majeure que cette exécution du contrat présente encore l'utilité requise: la paralysie de la relation contractuelle, l'intérêt du contrat par la perturbation qu'elle a engendrée. Inversement, ce type de contrat est susceptible, malgré le cas fortuit, de conserver intact son intérêt, parfois même au-delà du délai fixé initialement: auquel cas une prolongation de la période d'exécution du contrat se conçoit, même lorsqu'il s'agit d'un contrat à exécution successive.

1. *Pas.*, 1994, I, pp. 13 à 17, spéc. p. 16.

4.52 Une dernière question intéressante se pose: le critère d'utilité s'apprécie-t-il au regard des intérêts du seul créancier de l'obligation ou des intérêts des deux parties? La première branche de l'alternative paraît souvent préférée: la perturbation créée par l'événement de force majeure se mesure par rapport au seul créancier de l'obligation. La pratique internationale nous révèle une prise de position relativement semblable: parmi les clauses qui envisagent l'éventualité d'une résiliation, au terme d'un délai déterminé, plusieurs octroient l'initiative de cette résiliation à une seule partie, qui sera dans la majorité des cas le créancier de l'obligation suspendue. Ce qui sous-entend, selon nous, une appréciation de la nécessité de maintenir l'accord au regard de ses seuls intérêts. Citons un exemple de clause allant en ce sens: «*Si ces circonstances se prolongeaient plus de six mois, l'autre partie serait en droit de refuser l'exécution ultérieure des obligations contractuelles*».

C'est beaucoup plus rarement le débiteur affecté par la force majeure qui pourra lui-même résilier: «*If, after 180 days from the date of the aforesaid notice to one party, the other party shall still be prevented, by the cause as to which it gave notice, from continuing with its performance of the work, then said party shall be entitled to terminate this contact ...*».

Certains contrats, toutefois, accordent le droit de résiliation aux deux parties: «*Dans le cas où la durée des circonstances de force majeure affectant tout ou partie des engagements dépasserait un an, chacune des parties aurait le droit de se dégager du contrat par simple notification écrite, sans devoir demander la résiliation à un tribunal*».

La dernière conception est, selon nous, à préférer. L'utilité doit être appréciée au regard des intérêts des deux parties: «*Tout comme on ne saurait imposer au créancier de l'obligation paralysée de recevoir une prestation qui ne présente plus pour lui d'intérêt, on ne saurait contraindre le débiteur, victime de la force majeure, à exécuter sans juste contrepartie*». Le rôle même de la suspension, qui est, comme nous l'avons dit, de préserver le contrat tout en assurant le maintien de l'équilibre contractuel initial, conduit à une telle conclusion.

B. Effets de la suspension (période pendant la suspension)

4.53 La suspension interviendra sans l'intervention du juge.

«Hibernation juridique», «léthargie provisoire», «mise en sommeil du contrat». Ces diverses expressions font remarquablement bien état de ce qui constitue la particularité de l'effet de la suspension: celle-ci relâche le contrat, le met entre parenthèses durant une période de temps passagère, sans pour autant affecter son existence.

Comment se présente la phase «pendant la suspension»? C'est ce que nous allons nous attacher à déterminer dans les paragraphes qui suivent. Il nous faut d'emblée souligner, pour bien comprendre le «fonctionnement» de ce moment de la suspension, que cette période est centrée autour d'un objectif, qui est de «*préparer l'exécution future du contrat, c'est-à-dire la reprise des relations normales dont l'accomplissement est momentanément différé par l'obstacle générateur de la suspension*». Ce qui va expliquer l'émergence en cours de suspension de «nouvelles» obligations incombant aux parties, concernant non le fond du contrat mais plutôt son entretien, sa conservation. «*La suspension est un pont entre le passé et l'avenir du contrat et tout l'effort de la jurisprudence*

II.1. LE CONTRAT

et du législateur a consisté à donner à sa construction une solidité maximale.»
C'est une période transitoire, qui prépare la reprise des relations contractuelles.

Nous examinerons, dans un premier temps, l'effet de la suspension sur les obligations du contrat proprement dit (ce que nous appellerons «obligations affectées du contrat»); nous nous attarderons ensuite sur l'effet de création ou, à tout le moins, du législateur d'éveil, d'obligations nouvelles de la suspension («obligations révélées»).

1. LES OBLIGATIONS AFFECTÉES

a. Obligations du débiteur

- 4.54 L'(es) obligation(s) du contrat rendue(s) temporairement impossible(s) par l'événement de force majeure se voit suspendue(s), mais continue(nt) d'exister. L'obligation est en fait privée de son exigibilité durant le temps que demeure la force majeure. Le débiteur est alors exonéré de toute responsabilité, toujours pendant cette période, et le créancier n'est pas en droit de demander la résolution du contrat¹.

La pratique internationale nous offre quelques exemples de clauses d'exonération de responsabilité en cas de suspension du contrat pour force majeure: «*(The seller) shall not be liable for failure to perform or delay in performing any work hereunder when such failure or delay is due to cause beyond the reasonable control of (the seller).*

Except as otherwise specifically provided herein, neither party shall be in default under this contract or responsible in damages or otherwise for any failure or delay in the performance of its obligation hereunder caused by an event of force majeure».

Dans certains cas de figure, l'impossibilité d'exécution ne concerne pas toutes les obligations du contrat. Les obligations non affectées subiront-elles par voie de conséquence la suspension? Cette question est controversée.

Il est intéressant de signaler que les contrats internationaux envisagent rarement une suspension totale des obligations en cas de force majeure temporaire. La suspension en principe ne joue qu'à l'égard des obligations affectées, les autres étant maintenues tout à fait normalement.

b. Obligations du créancier

- 4.55 Le créancier de(s) l'obligation(s) rendue(s) impossible(s) par cas fortuit se voit, lui aussi, temporairement libéré et exonéré, dans la même mesure que son cocontractant. La théorie des risques a tout lieu de s'appliquer en cas de force majeure temporaire également. Le doyen CARBONNIER présente même cela comme une «*réduction de la théorie des risques: tant que l'un des contractants ne peut exécuter ses obligations, l'autre est dispensé d'exécuter les siennes*».

Citons une clause P.R.C.I. (clause répertoriée dans l'inventaire de contrats du Programme de recherche sur les contrats internationaux et le droit civil du Québec), qui exprime très clairement le jeu de ce mécanisme: «*To the extent*

1. Voir J.F. ARTZ, «La suspension du contrat à exécution successive», *D.*, 1979, I, chron., p. 95.

that a Party is or has been delayed or prevented by force majeure from complying with its obligations under this Agreement, the other party may suspend the performance of its obligations».

Avant de passer à une autre section, une question mérite d'être posée: *quid* lorsque des sommes ont été versées par le créancier au débiteur en contrepartie de l'obligation suspendue par force majeure? Il va de soi que tant que l'obstacle subsiste, une répétition est exclue. Le paiement effectué n'est pas indu, tout au plus anticipé. Bien entendu, si le cas fortuit s'avérait définitif en fin de compte, le créancier aurait droit à restitution dans le cadre de la liquidation des relations contractuelles.

2. LES OBLIGATIONS RÉVÉLÉES

4.56 Nous l'avons dit, la suspension est censée préserver le contrat et préparer sa reprise. Cette réalité explique que les parties se voient investies d'une série d'obligations concernant le contrat lui-même. Citons l'obligation d'informer le cocontractant, d'une part, et l'*obligation de faire des efforts en vue de lever l'impossibilité* à laquelle nous allons nous attarder maintenant, d'autre part.

Le débiteur ne peut, par définition, ni prévoir, ni empêcher la survenance de l'événement de force majeure. Une fois celui-ci réalisé, toutefois, il lui incombe d'œuvrer dans la mesure de ses possibilités afin de lever l'obstacle. Cette obligation n'est pas à proprement parler nouvelle: elle découle du devoir de loyauté dans l'exécution des conventions qui pèse sur le débiteur tout au long de la période contractuelle¹. Elle s'apprécie une fois encore à l'aune du raisonnable: le débiteur n'est évidemment pas tenu de se ruiner ou de se placer dans une situation très difficile en vue de mener son action de résistance.

De nombreuses *clauses* de force majeure dans les contrats internationaux font état d'une telle obligation. Citons, à titre d'exemple: «*Dans tous les cas, la partie concernée devra prendre toutes dispositions utiles pour assurer, dans les plus brefs délais, la reprise normale de l'exécution des obligations affectées par le cas de force majeure et réduire au maximum le retard subi*».

Certaines de ces clauses ajoutent que le débiteur doit avertir son créancier des mesures qu'il prend à cet effet: «... (*La partie affectée par la circonstance de force majeure*) *prendra les mesures nécessaires et réalisera les efforts correspondant aux circonstances pour dominer cette situation, en donnant avis officiel de ses actions à l'autre partie aux fins pertinentes*».

Le créancier de l'obligation suspendue «*n'est pas non plus voué à l'attentisme*». Au nom de l'obligation de coopération qui lui impose notamment de faciliter à son débiteur l'exécution de ses obligations, il se voit contraint, lui aussi, d'agir en vue de faire cesser l'impossibilité. Il va de soi cependant que l'exigence à son égard est moins élevée qu'en ce qui concerne le débiteur. Si, certes, il est excessif d'exiger du créancier des efforts identiques à ceux déployés par le débiteur, une passivité favorisant le maintien de l'impossibilité n'est pas non plus admissible.

1. Cette obligation se rapproche de l'obligation de minimiser le dommage qui est, elle aussi, basée sur la bonne foi dans l'exécution du contrat; l'obligation de minimiser le dommage repose sur le créancier victime de l'inexécution de l'obligation par son débiteur; l'obligation de tout faire pour minimiser les conséquences de la force majeure repose, quant à elle, sur le débiteur.

II.1. LE CONTRAT

La pratique internationale met, elle aussi, fréquemment cette tâche à charge des deux parties.

Par ailleurs, la suspension préserve le contrat; les parties devront faire en sorte que l'exécution du contrat après la suspension soit toujours possible. Des obligations de surveillance et de maintenance peuvent être mises à charge des parties.

III. FORCE MAJEURE PARTIELLE

- 4.57 Il se peut que l'impossibilité d'exécution (définitive ou temporaire) engendrée par l'obstacle de force majeure ne concerne qu'une partie du contrat. S'impose-t-il dans ce cas de suspendre ou dissoudre l'accord en totalité? N'est-il pas concevable, au contraire, de donner à la force majeure un impact sur le contrat, proportionnel à l'étendue de l'impossibilité créée? C'est en tout cas ce que soutient la doctrine de la force majeure partielle. Cette théorie, bien que peu connue, mérite notre intérêt: elle permet en effet d'atténuer la rigueur de l'effet libératoire de la force majeure et d'ainsi œuvrer en faveur de la protection des contrats.

Relevons qu'elle est abordée de façon ponctuelle dans des dispositions éparses du Code civil¹.

Le régime de la force majeure partielle est peut-être très généralement synthétisé comme ceci: «(...) lorsqu'il n'existe qu'une impossibilité partielle d'exécuter, ne concernant que quelques obligations du débiteur, celui-ci n'est libéré que dans la mesure de l'impossibilité. Ses autres obligations subsistent. Dans ce cas, il y aura lieu de rechercher si les obligations qui demeurent exécutables présentent un intérêt suffisant pour le créancier et si l'intention des contractants a été de laisser subsister pour partie le contrat conclu»².

Comment va s'apprécier cette condition? Le contrat ne devra être maintenu que si, *réellement* et *normalement*, ce maintien est possible³. C'est en ce sens seulement qu'il est permis de dire qu'en principe, le contrat est maintenu. Il ne faut donc pas faire de la dissolution une mesure exceptionnelle. Comme nous l'avons dit, l'intention des parties contractantes guidera l'appréciation.

Lorsque le contrat ne peut plus procurer au créancier «aucune utilité ou, du moins, une utilité telle que s'il l'avait connue au moment de son engagement, il n'aurait pas contracté», la dissolution du contrat ne fera aucun doute. La cohérence et l'équité imposent, selon nous, que la condition d'utilité soit remplie dans le chef des deux parties.

A. Effets de la force majeure partielle: réduction temporaire ou définitive

- 4.58 Le contrat, s'il survit, va devoir être aménagé en fonction de la situation nouvelle.

L'événement de force majeure va agir à l'égard de la portion de l'accord atteinte comme un obstacle de force majeure totale agit sur un contrat: il la

1. Cf. C. civ., art. 1182, al. 3, et art. 1722.

2. ANTONMATTEI, *o.c.*, note 156, p. 233.

3. H. DE PAGE, *o.c.*, n° 849, p. 817.

dissout ou la suspend, selon qu'il est définitif ou temporaire. Les fractions du contrat non affectées subsistent et poursuivent une existence normale et autonome. Cela se fera aisément si chaque obligation dans le contrat a une contrepartie spécifique (par exemple, vente de différents objets où chacun a un prix fixé). Mais comment procéder lorsque la contrepartie n'est pas ventilée (par exemple, prix global)? La solution se trouve dans l'article 1722 du Code civil qui, comme nous l'avons dit, peut être considéré comme un cas d'application d'un principe général: «diminution de prix». Cette disposition se fait l'écho, selon nous, d'une logique de proportionnalité. Les obligations des cocontractants sont réciproquement et proportionnellement réduites: «*Le créancier, victime de l'inexécution partielle, requiert l'exécution du reliquat contractuel en offrant seulement une contrepartie réduite dans des proportions égales à l'amputation*». Le mécanisme est le même qu'en cas de nullité partielle.

Cette règle n'ira pas sans certaines difficultés d'exécution.

B. Conclusion

- 4.59 Ce mécanisme particulier génère toutefois certaines difficultés qui ont trait essentiellement aux modalités de la réduction du contrat: le juge doit-il et peut-il intervenir au cœur de l'accord contractuel pour le modifier? Le législateur a accordé récemment au juge un pouvoir de révision du contrat¹. Sans doute pourrait-il intervenir avec réserve dans la détermination des effets de la force majeure.

§ 6. Questions diverses

I. EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE L'EFFET LIBÉRATOIRE DE LA FORCE MAJEURE

- 4.60 La force majeure n'est pas libératoire, par exception:
- lorsque le débiteur est en demeure. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'un corps certain, le débiteur peut encore se libérer en prouvant que la chose eût également péri chez le créancier, si elle avait été livrée²;
 - lorsque le débiteur a, par convention spéciale, pris les cas fortuits à sa charge (clause d'aggravation de responsabilité);
 - lorsque le débiteur est tenu des cas fortuits en vertu de la loi.

II. CLAUSES DÉROGATOIRES

- 4.61 Les clauses peuvent valablement aménager la force majeure soit en maintenant une responsabilité du débiteur en cas de force majeure, soit, plus fréquemment,

1. Voir, sur ces dispositions, l'article de Madame Sophie HEREMANS, «Le bouleversement de l'économie contractuelle à la suite d'un changement de circonstances: quelques éclairages nouveaux», *R.G.D.C.*, 2000, pp. 477 et s.

2. H. DE PAGE, *o.c.*, n° 607, p. 609.

II.1. LE CONTRAT

en allégeant la mise en œuvre de la force majeure. Elles peuvent atténuer ou aggraver la responsabilité. Elles peuvent transformer des obligations de moyen en obligation de garantie où même la survenance de la force majeure n'exonérera pas le débiteur¹.

III. PREUVE

4.62 La preuve de ce que les conditions de la force majeure sont présentes repose sur le débiteur².

La preuve peut résulter indirectement d'un ensemble de circonstances excluant toute faute de sa part³.

Ainsi, le vol de la chose ne pourra exonérer le débiteur que si le débiteur prouve que le vol est survenu sans qu'aucune faute ne lui soit reprochée; le débiteur devra donc établir non seulement la preuve d'un événement étranger, mais aussi que cet événement est irrésistible⁴.

IV. CONTRÔLE DE LA COUR DE CASSATION

4.63 Des faits et circonstances souverainement constatés par le juge du fond, la Cour de cassation contrôle si l'existence de la force majeure peut légalement se déduire en droit⁵.

Le juge n'est pas tenu, en l'absence de conclusions sur ce point, de préciser si toutes les conditions de la force majeure sont réunies et pour quelles raisons il estime qu'un événement doit être considéré comme une hypothèse de force majeure⁶.

V. FORCE MAJEURE ET CONCEPTS VOISINS

4.64 Force majeure et imprévision. – La force majeure se distingue de l'imprévision.

L'imprévision permet la résiliation ou la révision du contrat lorsque surviennent postérieurement à la conclusion du contrat des circonstances présentant les caractéristiques suivantes:

- extériorité;
- imprévisibilité;
- bouleversement de l'économie contractuelle.

L'imprévision ne suppose pas, comme la force majeure, une impossibilité d'exécution, mais que l'équilibre contractuel originaire soit rompu.

1. Voir D. PHILIPPE, *Les clauses de force majeure*, précité.

2. Anvers, 16 septembre 1986, *L.R.L.*, 1997, p. 76.

3. Cass., 5 janvier 1995, *R.D.C.*, 1995, p. 228.

4. Liège, 4 juin 1993, *J.L.M.B.*, 1995, pp. 265 et s. Voir, sur ce principe et sur l'appréciation raisonnable des mesures de précaution à prendre pour éviter le vol, Comm. Bruxelles, 18 décembre 1991, *R.G.A.R.*, 1994, 12.347.

5. Cass., 28 novembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 390; Cass., 10 avril 1979, *Pas.*, I, p. 950. Voir aussi, pour une cassation due à une mauvaise application des conditions d'application de la force majeure au cas d'espèce, Cass., 9 octobre 1986, *Pas.*, I, p. 153, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1203.

6. Cass., 9 décembre 1976, *Pas.*, I, p. 409.

Ainsi, si une augmentation imprévisible et très substantielle des matières premières venait à rendre les coûts d'exécution de travaux beaucoup plus onéreuse pour l'entrepreneur, il y aurait lieu de parler d'imprévision.

L'imprévision n'est pas reconnue par la jurisprudence belge, le juge refusant de modifier le contrat en cas de changement de circonstances, contrairement à ce qui est admis en droit comparé; l'imprévision est admise par des lois particulières¹.

La jurisprudence a fréquemment énoncé qu'«une exécution plus difficile ou plus onéreuse de l'obligation n'est pas une exécution impossible»².

L'imprévision est parfois admise sous le couvert d'autres concepts, notamment la force majeure³.

La force majeure est un concept qui trouve à s'appliquer en matière contractuelle et quasi délictuelle, même si les conditions d'application diffèrent quelque peu. L'imprévision est un concept qui, intimement lié à l'économie du contrat, est propre à la responsabilité contractuelle.

- 4.65 Force majeure et exonération de responsabilité. – La force majeure, on l'a vu, exonère de responsabilité. Les clauses de force majeure qui définissent celle-ci de manière large constituent donc indirectement des clauses d'exonération de responsabilité.

SECTION 5. LA BONNE FOI

par PATRICK SAERENS

§ 1^{er}. Portée du principe

- 5.1 Le principe de bonne foi en matière contractuelle fait probablement partie des concepts les plus étudiés en droit des obligations.
Il a pourtant été quasiment ignoré durant le XIX^e siècle en France et en Belgique⁴.

1. Voir, dans ce même ouvrage collectif, notre contribution relative à l'imprévision.

2. Cass., 23 février 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 782; Liège, 27 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 100; voir aussi Comm. Dinant, 26 mai 1987, *l.c.* Une société mère s'était engagée à faire tout le nécessaire pour que la filiale dispose d'une trésorerie suffisante; la faillite d'une filiale qui rend très onéreuse l'exécution de l'obligation de la société mère n'est pas constitutive de force majeure. Voir aussi, pour un refus d'exonération si l'exécution est plus onéreuse, Liège, 16 novembre 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 808; Mons, 10 avril 1989, *Rev. not. belge*, 1989, p. 539.

3. Voir D. PHILIPPE, «Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle», *o.c.*, spéc. pp. 169 et s.

4. J.L. FAGNART, «L'exécution de bonne foi des conventions: un principe en expansion», *R.C.J.B.*, 1986, p. 288.