La force majeure en matière contractuelle: un concept unifié? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais

Jean VAN ZUYLEN

Chercheur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles¹

Le concept de force majeure est essentiellement façonné par deux courants: l'impossibilité d'exécution non imputable ('de ontoerekenbare onmogelijkheid') et la théorie de l'absence de faute ('de schuldleer'). Le premier est plutôt perçu comme objectif; le second apparaît davantage subjectif et relatif. Après les avoir présentés, et avoir revisité les auteurs – en droits belge, français et hollandais – cités traditionnellement à l'appui de la conception plus subjective, l'on constate que celle-ci ne s'est pas véritablement affranchie du schéma classique (objectif).

Sous un angle probatoire, il est possible de réconcilier les trois modes d'exonération, classés par ordre de difficulté croissante: établir un comportement prudent, démontrer l'absence de faute et prouver la force majeure. Dans cette optique, il faut admettre que la libération du débiteur réside dans la neutralisation du lien de causalité inhérent à la responsabilité contractuelle.

Enfin, l'auteur lance certaines pistes qui permettraient de fixer une compréhension plus souple de la condition d'impossibilité d'exécution. Une analyse de droit comparé enrichit la réflexion.

Het begrip overmacht is in hoofdzaak gevormd door twee stromingen: de ontoerekenbare onmogelijkheid en de schuldleer. De eerste wordt eerder gezien als objectief; de tweede lijkt meer subjectief en relatief. Na de twee stromingen te hebben uiteengezet, en de auteurs te hebben geraadpleegd – in Belgisch recht, Frans recht en Hollands recht – die traditioneel worden vermeld ter ondersteuning van de meer subjectieve bevattingswijze, stelt men vast dat deze zich niet echt heeft bevrijd van het klassieke schema (objectief).

Op het vlak van de bewijsvoering is het mogelijk om de drie wijzen van ontheffing, gerangschikt volgens hun moeilijkheidsgraad, te verzoenen: vaststelling van een voorzichtig gedrag, het aantonen dat er

geen sprake is van een fout en het bewijzen van de overmacht. In deze optiek moet men aanvaarden dat de vrijstelling van de schuldenaar bestaat in de neutralisering van het causaal verband eigen aan de contractuele aansprakelijkheid.

Ten slotte stelt de auteur sommige denkplaatjes voor die de mogelijkheid bieden om een soepeler begrip te bepalen van de voorwaarde van de onmogelijkheid tot uitvoering. Een rechtsvergelijkende analyse verrijkt de gedachte.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	406
I. Les théories 'objective' et 'subjective' de la force majeure en droits belge et hollandais	408
II. Force majeure et absence de faute. Retour sur les partisans de la schuldleer en droits belge et français	413
III. La preuve de la cause étrangère exonératoire: force majeure et absence de faute (ré)conciliées?	416
Conclusion	419

Introduction

1. Préambule. Un particulier confie sa voiture à un garagiste aux fins d'un entretien. Il apprend quelques jours plus tard que son véhicule a été volé par un tiers. Cet événement exonère-t-il le garagiste de son obligation de restituer le bien?

Que doit précisément démontrer le dépositaire de marchandises stockées dans un entrepôt qui a été le théâtre d'un incendie?

Une compagnie aérienne est contrainte d'annuler un vol en raison d'une grève massive des contrôleurs aériens, frappant onze pays de l'espace européen (dont ceux concernés par le vol). Cette circonstance rend-elle réellement impossible le transport des passagers? Ces diverses situations ont en commun de poser la question suivante: en quoi consiste la cause étrangère alléguée par le débiteur d'une obligation contractuelle

1. L'auteur remercie chaleureusement les Professeurs Catherine Delforge et Patrick Wéry pour leur relecture attentive et leurs précieux conseils.

afin d'éviter que soit retenue sa responsabilité en raison de l'inexécution de son engagement? Les développements qui suivent sont focalisés sur la force majeure en matière contractuelle.

2. L'exonération (de la responsabilité) du débiteur: une terminologie variée, un concept unique? Le débiteur qui voit sa responsabilité contractuelle mise en cause peut échapper à celle-ci en démontrant une cause étrangère libératoire. Le Code civil ne recourt pas à un vocable unique pour décharger le débiteur des sanctions de l'inexécution de son obligation. Les articles 1147 et 1148 du Code civil semblent, en effet, mettre sur le même plan les termes 'cas fortuit', 'force majeure' ou encore 'cause étrangère'.²

Même si la question de la distinction entre la force majeure et le cas fortuit fut tout un temps discutée³, les auteurs s'accordent aujourd'hui pour considérer qu'il s'agit de notions similaires.⁴ Elles constituent, toutes deux, des espèces "d'un genre plus large: celui de la cause étrangère libératoire, laquelle embrasse aussi le fait du créancier, celui d'un tiers dont le débiteur ne répond pas ainsi que le fait ou l'ordre du prince".⁵

Si l'on tente de définir la notion de force majeure – entreprise pour le moins complexe à laquelle ne s'est pas risqué le Code civil –, l'on retiendra, de manière sommaire et conformément aux énoncés 'traditionnels', les éléments suivants: il s'agit, en matière contractuelle, d'un événement survenu postérieurement à la conclusion de la convention, qui rend impossible – et non simplement plus onéreuse – l'exécution de l'obligation du débiteur, indépendamment de toute faute de ce dernier, étant entendu que l'on attend de lui une conduite raisonnablement diligente

dans la genèse, la survenance et la gestion des conséquences de cet événement.⁶ Les éléments constitutifs de la force majeure, classiquement énumérés dans l'œuvre prétorienne, peuvent se retrouver dans cette définition (inévitabilité, irrésistibilité, imprévisibilité, etc.). Le caractère 'irrésistible' ou 'insurmontable' de l'aléa traduit sans doute l'impossibilité d'exécution. Par ailleurs, le débiteur ne commet-il pas une faute en s'engageant alors qu'il est prévisible, au stade de la conclusion de la convention, que tel obstacle contrariera l'accomplissement de son obligation? A tout le moins, la probabilité de survenance de l'événement devrait inciter un contractant normalement prudent et diligent à prendre des précautions raisonnables pour conjurer l'émergence et les effets de cet empêchement, sauf à démontrer qu'ils sont inévitables.⁷ Certains auteurs soulignent que chacun des caractères du triptyque 'irrésistibilité, imprévisibilité et extériorité'⁸ correspondait, historiquement, à des concepts distincts: la force majeure était vue comme un événement irrésistible alors que le cas fortuit évoquait davantage l'obstacle imprévisible.⁹ Une recherche historique montre que si les concepts de cas fortuit et de force majeure doivent être unifiés, c'est dans leur exigence (minimale) commune, à savoir l'absence de faute.¹⁰ Il apparaît, toutefois, que la conception moderne, postérieure au Code civil, de la force majeure est plutôt le fruit d'une 'harmonisation par le haut' dès lors qu'elle cumule les différents qualificatifs précités (irrésistible, imprévisible, non imputable).

3. Deux conceptions de la force majeure. La doctrine contemporaine oppose essentiellement deux théories ou conceptions différentes de la force majeure. D'une part, celle-ci est perçue à travers l'expression '*de on-*

2. En vertu de l'article 1147 du Code civil, "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". Le législateur ajoute à l'article suivant: "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" (nous soulignons). Ces expressions figurent dans de nombreuses dispositions du Code civil, afférentes, cependant, à d'autres sections que celle consacrée "aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation". Voy., de manière non exhaustive, les art. 1302, 1348, 1379, 1722, 1754, 1755, 1784, 1881 à 1883, 1929, 1934 et 1954 du Code civil.

3. A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, t. II, refondu par L. Julliot de la Morandière, Paris, Dalloz, 1959, p. 471, n 848 (et les réf. citées).

4. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 595, n 598 et p. 599, n 600: après avoir rapporté certaines tentatives doctrinales destinées à différencier les deux concepts, l'auteur écrit que ces discussions ne lui semblent "d'aucune utilité pratique" et juge que seule la notion de cause étrangère prime. Voy. également: P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, "Force majeure et contrat", *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, p. 241 et s.; S. MICHAUX et D. PHILIPPE, "La force majeure", *Obligations, traité théorique et pratique*, II.1.3, Bruxelles, Kluwer, 2002, p. 135; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 585, n 581. Voy. également (plus nuancés): L. VAEL, "Enkele beschouwingen betreffende het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (imprevisie-leer): omtrent de lotsverbondenheid van contractspartijen bij een gewijzigd contractueel verhoudingskader", *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2000, pp. 176 et 177, n 4; R. DEKKERS et A. VERBEKE, *Handboek Burgerlijk Recht*, Deel III, 3^e éd., Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 70, n 129, note 174.

5. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 539.

6. Voy. J.-Fr. GERMAIN et Y. NINANE, "Force majeure et imprévision en matière contractuelle", *Droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 82 et 83, n 3.

7. P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, *op. cit.*, *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire...*, l.c., pp. 244 à 246; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *sources des obligations* (2^e partie), Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 1383 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, vol. II, *Traité de droit civil belge*, t. II, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1421 à 1440; S. MICHAUX et D. PHILIPPE, *op. cit.*, *Obligations, traité théorique et pratique*, l.c., II.1.3, pp. 136 et s.; M. COIPEL, *Éléments de la théorie générale des contrats*, coll. A la rencontre du droit, Bruxelles, Story-Scientia, 1999, pp. 137 et 138; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Groningen, Intersentia, Rechtswetenschappen, 2000, pp. 646 et s. Voy. Mons (15^e ch. B), 28 juin 2011, *R.G.A.R.*, 2011, n 14.768; Anvers (2^e ch. quater), 2 juin 2010, *Limb. rechtsl.*, 2011, p. 46, note A. Clabots (à propos de l'obligation de résultat du garagiste); Civ. Malines (1^e ch.), 20 mai 2003, *Dr. circ.*, 2003, p. 283; J.P. Tournai, 25 septembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 516. Cons. Cass. (1^e ch.), 7 mars 2008, *Pas.*, 2008, p. 627: "la cause étrangère suppose un événement indépendant de la volonté humaine que l'homme n'a pu ni prévoir ni prévenir"; Cass. (1^e ch.), 28 novembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 390 (événement que la volonté humaine n'a pu "ni prévoir ni conjurer"); Cass. (1^e ch.), 8 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 492.

8. La doctrine belge ne reprend généralement pas cette caractéristique. Tout au plus, celle-ci vise un événement indépendant de la volonté; voy. S. MICHAUX et D. PHILIPPE, *ibidem*, pp. 149 et 150: l'extériorité – psychologique – renvoie à la non-imputabilité de l'événement au débiteur et à l'absence de faute de ce dernier.

9. A. BÉNABENT, *droit civil. Les obligations*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 1999, pp. 223 et 224, n 332; P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, *op. cit.*, *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire...*, l.c., p. 242, n 2.

10. Voy. l'analyse historique fouillée de L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, Paris, Economica, 2011, pp. 150 et s. Cf. A. TUNC, "Force majeure et absence de faute en matière contractuelle", *RTD civ.*, 1945, pp. 249 et s. (et spéc. p. 250).

toerekenbare onmogelijkheid, c'est-à-dire l'impossibilité d'exécution non imputable au débiteur.¹¹ D'autre part, certains commentateurs ont proposé de corréler la force majeure à l'absence de faute – idée que ramassent les termes '*schuldleer*' ou '*inspanningsleer*'.¹² Selon cette théorie, "l'inexécution d'une obligation est imputable à la force majeure lorsque le débiteur a entrepris, pour atteindre le résultat promis, tous les efforts attendus d'un homme raisonnablement prudent et réfléchi, de la même catégorie professionnelle et placé dans les mêmes circonstances concrètes de temps et de lieu".¹³ Nous retiendrons J.F. HOUWING¹⁴, aux Pays-Bas, et A. TUNC, en France, au rang des partisans de cette conception de la force majeure.¹⁵

La Cour de cassation semble encore fort attachée à la conception de l'impossibilité d'exécution non imputable au débiteur, malgré d'importantes poussées doctrinales en faveur de la *schuldleer*.¹⁶

Il reste que ces deux théories de la force majeure sont loin d'être antagoniques. Conceptuellement, tout d'abord, elles se nourrissent l'une l'autre. La seconde a mis en exergue la rigidité de la première et a contribué à son élargissement. En outre, un retour sur les écrits de certains représentants de la *schuldleer* incite à relativiser la distinction entre les deux théories. Enfin, sous un angle probatoire, la jurisprudence ne semble pas fermer la porte à l'exonération du débiteur par la démonstration de l'absence de faute, faisant ainsi application de la *schuldleer*. Ces différents aspects que nous nous proposons d'examiner touchent à certaines questions fondamentales concernant la force majeure. Sur quelle condition de la responsabilité joue-t-elle? La faute ou le lien causal? Dans quelle mesure la preuve d'une conduite diligente permet-elle de se libérer en cas d'inexécution d'une obligation de résultat? La force majeure revêt-elle une acception particulière en matière contractuelle?

4. Plan. Dans un premier temps, nous présenterons les deux courants qui ont façonné la notion de force majeure dans les systèmes juridiques belge et hollandais (I). Nous nous attacherons, dans un second temps, à rechercher dans quelle mesure la théorie de la *schuldleer* diverge de "l'impossibilité d'exécution non imputable". A cet égard, redécouvrir les auteurs cités

traditionnellement, en droits belge et français, à l'appui de la conception assimilant la force majeure à l'absence de faute livre des enseignements éclairants (II). Enfin, sous l'angle probatoire, nous constaterons qu'il est possible de réconcilier les trois temps qui rythment graduellement – par ordre de difficulté – la valse de l'exonération de la responsabilité contractuelle: établir un comportement prudent, démontrer l'absence de faute et prouver la force majeure. Dans cette optique, il faut admettre que la libération du débiteur réside dans la neutralisation du lien causal entre son comportement et le dommage (III).

Le choix d'une comparaison avec les droits hollandais et français s'explique par l'autorité des auteurs, considérés comme des représentants de la *schuldleer*, que ces ordres juridiques ont connus. L'analyse du droit des Pays-Bas donnera, de surcroît, au lecteur des clés lui permettant de mieux comprendre les travaux d'harmonisation au niveau européen – Cadre commun de référence, Principes européens du droit des contrats – qui ont été perméables à son influence.

I. Les théories 'objective' et 'subjective' de la force majeure en droits belge et hollandais

5. Enoncé et enjeu de la dualité des approches objective et subjective. L'opposition entre les deux conceptions de la force majeure s'exprime par de nombreux qualificatifs. D'un côté, l'on a affaire à une vision dite 'objective' exigeant une impossibilité absolue (*impossibilitas*); de l'autre, il est question d'un courant, jugé plus subjectif, s'appuyant sur une impossibilité relative (*difficultas*).¹⁷ L'illustration typique de l'impossibilité absolue – 'théorique' – est celle qui résulte des lois de la nature: l'immeuble a été détruit par un séisme ou a été la proie d'un violent incendie. Une impossibilité objective peut également découler d'une situation de droit: par exemple, l'objet de l'obligation a cessé d'exister ou est devenu hors commerce.

Le contraste qu'entend marquer l'impossibilité dite 'absolue' par rapport à la conception plus subjective ou relative de la force majeure se manifeste sous deux aspects.¹⁸ D'une part, l'exécution de l'obligation n'est pas devenue uniquement impossible pour le débiteur, mais l'est, ou le serait, pour quiconque est placé dans les mêmes circonstances. En d'autres termes, la cause

11. Cette acception est la plus proche du 'sens commun' que traduit la formule bien connue "à l'impossible nul n'est tenu".

12. R. KRUIJTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak (1981-1992) – Verbintenissen", *T.P.R.*, 1994, p. 516, n 221: "Bewijzen dat geen fout werd begaan, is dus bewijzen dat overmacht bestaat. Kortom overmacht begint waar schuld ophoudt".

13. A. VAN OEVELEN, "Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht", *T.P.R.*, 2008, pp. 606 et 607: "is de niet nakoming van een verbintenis aan overmacht te wijten wanneer de schuldenaar, om het beloofde resultaat te bereiken, alles heeft gedaan wat van een normaal zorgvuldig en bedachtzaam schuldenaar van dezelfde beroeps categorie en geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden van plaats en tijd, gevergd kan worden".

14. Voy. P.A. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht. Deel 1: De verbintenis in het algemeen*, Deventer, Kluwer, 2012, pp. 258 et s. Selon ces auteurs, le courant de la *schuldleer* est perçu comme "de subjectieve leer", marqué au coin de la relativité.

15. Voy. R. KRUIJTHOF, "Schuld, risico, imprevisie en overmacht bij de niet-

nakoming van contractuele verbintenissen. Een rechtsvergelijkende benadering", *Hulde aan René Dekkers*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 296 et 297, n 12. L'auteur mentionne également, parmi les défenseurs de la *schuldleer*, J. HEENEN et A. LAGASSE. Une analyse approfondie des écrits de ces commentateurs suscite, néanmoins, certaines réserves quant à l'adhésion de ceux-ci à la doctrine de la *schuldleer* (voy. not. W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, pp. 629 à 632. Nous y reviendrons.

16. P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, *op. cit.*, *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire...*, *l.c.*, pp. 250 et s.; J.-Fr. GERMAIN et Y. NINANE, *op. cit.*, *Droit des obligations, l.c.*, pp. 84 et s.

17. L. VAEL, "Beschouwingen over het imprevisieelstuk: omtrent de eventuele ontsluiting van de overeenkomst in geval van een gewijzigd contractueel verhoudingskader", *T.P.R.*, 2004, p. 741, n 13.

18. Voy. P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, *op. cit.*, *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire...*, *l.c.*, pp. 249 et 250; L. SNAUWAERT et C. VAN DER ELST, "Het onmogelijkheids criterium inzake overmacht: hoe onmogelijk is onmogelijk?", *T.P.R.*, 2011, pp. 127 à 136.

de l'impossibilité ne doit pas être "limitée à la personne et aux moyens d'action"¹⁹ du débiteur. En ce sens, il est généralement avancé que la force majeure doit faire l'objet d'une appréciation *in abstracto* – par comparaison à un débiteur normalement prudent et diligent, se trouvant dans la même situation – et non *in concreto*. D'autre part, l'adjectif 'absolu' sert à souligner que l'obstacle rencontré par celui qui s'engage doit rendre réellement impossible – et non simplement (beaucoup) plus difficile – l'exécution de l'obligation; il résonne comme un rappel de la distinction entre la théorie de la force majeure et le concept d'imprévision.²⁰

6. Position du droit belge. La doctrine et la jurisprudence belges restent attachées à une théorie de l'impossibilité d'exécution (non imputable au débiteur) assouplie ou relativisée en ce sens que "l'impossibilité absolue ne doit pas être physique; il suffit qu'elle soit, eu égard aux conditions de vie, *normalement* insurmontable".²¹ Ainsi, l'impossibilité d'exécution doit être comprise et évaluée de manière humaine et raisonnable. Toutefois, il n'est pas autorisé de prendre en considération les capacités (forces et faiblesses) personnelles du débiteur.²² L'appréciation de la force majeure doit, en effet, se réaliser *in abstracto*²³, à l'aune d'un modèle incarnant le standard de prudence requis – le bon père de famille – qui est placé dans les mêmes conditions.²⁴ Toutefois, il ne nous paraît guère aisé de discerner les circonstances dont il est permis de tenir compte de celles qui sont trop subjectives au débiteur. L'expérience, par exemple, peut-elle être prise en compte? Sans doute est-il judicieux d'apprécier la force majeure (notamment la condition d'impossibilité d'exécution) en fonction de l'obligation souscrite par celui qui l'invoque, et donc à la lumière de l'économie de l'engagement du débiteur.

En outre, s'il n'est pas encore théoriquement admis d'exonérer le débiteur lorsque l'exécution est devenue beaucoup plus difficile ou onéreuse, il apparaît que différentes déclinaisons de l'impossibilité se sont invitées au panthéon de la force majeure, ce qui conduit, pratiquement, à un élargissement de son champ d'application.

7. Les déclinaisons de l'impossibilité d'exécution. Les partisans d'une conception subjective de la force majeure (*schuldleer*) ont, indéniablement, contribué à enrichir – voire infléchir – la compréhension traditionnelle de ladite notion dès lors qu'ils s'opposaient à réduire cette dernière à l'exigence par trop rigide de l'impossibilité objective, logique ou théorique.²⁵ C'est sans aucun doute sous leur impulsion que se sont développées d'autres formes d'impossibilité²⁶: juridique (7.1)²⁷, morale (7.2) et pratique (7.3)... Ces variantes dénotent, en tout état de cause, une appréciation plus humaine et raisonnable de la condition d'impossibilité.²⁸

7.1. L'impossibilité juridique. L'impossibilité juridique, singulièrement à l'œuvre dans les hypothèses de 'fait du prince', désigne "tout empêchement résultant d'un ordre ou d'une prohibition émanant de l'autorité publique".²⁹ En matière de bail, par exemple, il est question de 'perte juridique' dans les situations "où la chose louée devient impropre à la destination pour laquelle le contrat de location fut conclu, et ce notamment en suite d'un phénomène extérieur".³⁰ Tel est le cas du bailleur qui ne peut assurer la jouissance paisible du bien loué parce qu'une décision de l'autorité administrative interdit d'habiter l'immeuble.³¹ ³² Une telle impossibilité juridique apparaît plus souple dans la mesure où l'obligation peut encore être *matériellement* exécutée. Il nous semble inexact d'assimiler pu-

19. J. RADOUANT, *Du cas fortuit et de la force majeure*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1920, p. 49.
 20. Voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, 1964, p. 596, n 599: "L'impossibilité d'exécution doit être absolue. Il faut que l'exécution soit réellement impossible, et non pas simplement plus onéreuse" (souligné par l'auteur).
 21. H. DE PAGE, *ibidem*, pp. 596 et 597. Voy. ég. Bruxelles (21^e ch.), 30 avril 2010, *J.T.*, 2011, p. 145; Liège (2^e ch.), 31 mars 2006, *J.T.*, 2006, p. 727; J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, "La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles", *La force majeure. Etat des lieux*, sous la coord. d'I. Bouioulklev, coll. Jeune Barreau de Charleroi, Limal, Anthemis, 2013, pp. 29 et s.
 22. S. MICHAUX et D. PHILIPPE, *op. cit.*, *Obligations. Traité théorique et pratique*, *l.c.*, II.1.3, p. 143; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, Brussel, Larcier, 1977, p. 183: "Een onmogelijkheid die alleen voor de debiteur bestaat is van geen tel". Voy. aussi W. RAUWS, *op. cit.*, 1987, pp. 609 à 611: "l'on ne peut, par exemple, pas comparer un débiteur en faillite à un autre débiteur en faillite".
 23. Cass. (1^e ch.), 23 février 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 784.
 24. Voy. Bruxelles, 22 juin 1984, *J.T.*, 1986, p. 64. Cons., dans le même sens, R. KRUIHOF, "Werkstaking en overmacht", *T.P.R.*, 1965, p. 542, n 54: "Bovendien, of een schuldenaar al dan niet als een goed huisvader heeft gehandeld, kan niet volledig *in abstracto* worden beantwoord, maar slechts *in het licht van de door hem aangegane specifieke verbintenissen*" (nous soulignons).
 25. A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *ibidem*, p. 259, n 337.
 26. Ces différentes hypothèses d'impossibilité sont d'ailleurs groupées dans la catégorie "Relatieve onmogelijkheid", à laquelle s'oppose celle de l'"*Absolute onmogelijkheid*" (voy. G.T. DE JONG, *Niet-nakoming van verbintenissen*, Kluwer, Deventer, 2006, pp. 10 à 12).
 27. A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *op. cit.*, 2012, p. 258, n 335. Les commentateurs distinguent l'impossibilité objective 'de droit', évoquée *supra* (cf.

l'exemple d'un produit mis hors commerce), de l'impossibilité 'juridique' ou 'légale' ('*wettelijke onmogelijkheid*'), laquelle est abordée, le plus souvent, sous l'expression de 'fait du prince', et qui ressorti(rait) davantage à l'impossibilité relative. Il est, en effet, théoriquement possible d'exécuter une obligation tombant sous le coup d'une prescription de l'autorité publique, par exemple une interdiction d'exportation. L'on reconnaîtra, toutefois, que la frontière entre les deux hypothèses est mince. Compar. A. DE BOECK, "Genera non pereunt, of toch wel?", *R.G.D.C.*, 2009, p. 443, n 33: l'auteur classe l'impossibilité juridique dans la conception étroite ('*strange concept*') de la force majeure.

28. R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DETEMMERMAN, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1994, p. 519, n 223: Une majorité d'auteurs et de juridictions interprètent largement la force majeure "en dientengevolge spreken van 'relatieve', 'normale', 'menselijke' of 'praktische' onmogelijkheid"; voy. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence – les obligations: les sources (1985-1995)", *J.T.*, 1996, pp. 726 et s., n 108 à 111.

29. H. DE PAGE, *op. cit.*, 1964, p. 595, n 598.

30. Bruxelles (4^e ch.), 1^{er} février 1979, *J.T.*, 1979, p. 267.

31. Voy. J.P. Charleroi (2^e cant.), 20 mars 2000, *J.J.P.*, 2003, p. 49. La force majeure ne sera toutefois reconnue que si la déclaration d'inhabitabilité émanant du bourgmestre – et constitutive de l'impossibilité juridique – n'est pas imputable au bailleur.

32. Pour un autre cas d'application, cf. Comm. Anvers, 28 avril 1989, *R.D.C.*, 1990, p. 413, note H.VAN HOUTTE. En l'espèce, un fournisseur belge de matériel et de logiciels informatiques provenant des Etats-Unis peut se prévaloir de la force majeure dès lors qu'il lui était impossible d'honorer ses obligations en raison de l'interdiction faite par les autorités américaines d'exporter ces produits. Voy. aussi les décisions citées par S. NAPORA, "Effets de l'inexécution fautive et non fautive", *Le droit commun du bail*, Bruxelles, La Charte, 2006, p. 373, n 73.

rement et simplement le fait du prince à la force majeure.³³ Il convient de vérifier, en effet, si l'empêchement invoqué – l'ordre de l'autorité – n'est pas imputable à celui qui s'en prévaut.³⁴

L'on se demande, toutefois, si cette impossibilité juridique ne gagne pas en autonomie en ce sens qu'elle s'abstrait des vagues traits de caractère classiquement rattachés à la force majeure: irrésistibilité, nature insurmontable de l'événement, etc.³⁵ L'arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 1996 en constitue une illustration topique.³⁶ La Haute juridiction a reconnu que la décision du gouvernement congolais, qui interdisait aux employeurs d'indexer les rémunérations – exprimées en francs belges – des agents expatriés au Zaïre, était constitutive de force majeure libérant, en l'espèce, la société Gecamines-Exploitation de son obligation de verser à son employé des indexations de salaire. L'impossibilité de payer une somme d'argent – chose de genre par excellence – peut-elle se concevoir? L'adage *genera non pereunt* tend à accréditer l'idée inverse.³⁷ Sans doute ne faut-il pas perdre de vue que derrière l'impossibilité juridique se cache, en réalité, un conflit entre deux devoirs: honorer un engagement privé découlant du contrat et obéir aux prescriptions de la puissance publique.³⁸ Il est légitime que le premier cède devant le second.

L'on se permettra de rapprocher l'impossibilité juridique d'un fait justificatif: l'ordre de la loi ou de l'autorité légitime.³⁹ Il ne peut être reproché au débiteur d'avoir sacrifié l'intérêt (privé) de son cocontractant, afin de respecter les commandements du 'Prince'. Le constat de l'impossibilité semble passer par une pesée des intérêts en présence.

7.2. L'impossibilité morale. L'on parlera d'impossibilité morale lorsque "l'exécution représente un danger si grand pour la vie, la santé, la liberté ou l'honneur du débiteur qu'elle ne peut être exigée par le créancier".⁴⁰ Tant que régnait la figure de l'impossibilité ab-

solue, il n'était guère concevable d'accepter que ce type d'obstacles débouche sur une exonération.⁴¹ Toutefois, dès lors que de nombreuses voix se sont élevées pour défendre une conception plus large de la force majeure, que traduit le critère d'une impossibilité 'raisonnable', 'humaine' ou 'normale', il est apparu pertinent de tenir compte de ce type d'entraves à l'exécution de l'obligation. A la lumière de la définition mentionnée ci-dessus, on peut admettre que la notion d'impossibilité morale se rapproche de la "contrainte morale" que l'on présente comme un fait justificatif.⁴² A nouveau, on retrouve l'idée d'une pesée d'intérêts: le débiteur n'a pas d'autre choix que de mettre en péril l'exécution du contrat afin de protéger des valeurs supérieures (sa vie, sa liberté, sa santé) qui sont menacées par un danger considérable.⁴³ Le juge devra, toutefois, vérifier que l'impossibilité morale est réelle et objective, c'est-à-dire qu'elle ne peut être due à des faiblesses psychologiques ou morales excessives d'un débiteur déterminé.⁴⁴

Le Tribunal de première instance de Malines a considéré, dans un jugement du 27 novembre 1990⁴⁵, que le désarroi d'un artiste, après l'annonce du décès de son producteur et ami dans un accident, peut constituer un cas de force majeure qui l'empêche de se produire sur scène. La juridiction s'est appuyée, *in casu*, sur la spécificité de la profession du débiteur: "Dat een optreden van een artiest, *in tegenstelling met de meeste gewone werkzaamheden*, niet emotioneel neutraal is, maar een zeer grote betrokkenheid van de artiest vereist; dat het duidelijk is dat verweerder, op dat ogenblik, niet in staat was zulks op te brengen en hem niet het minste verwijt kan gemaakt worden in verband met het ontstaan van deze toestand".⁴⁶

7.3. L'impossibilité 'pratique'. Enfin, l'impossibilité 'pratique' qui semble désigner, en droit belge, davantage une modalité – souple – d'appréciation de la force majeure qu'une véritable déclinaison de l'impossibi-

33. H. DE PAGE, *op. cit.*, 1964, p. 595, n 598: "Constituent des causes étrangères ... Le fait du prince, ... qui, strictement parlant, doit être assimilé à la force majeure" (souligné par l'auteur).
 34. Voy. L. VAEL, "Overmacht gerelativeerd: hoe blauw zijn de plekken van de schuldeiser ingevolge het zgn. 'fait du Prince'?", note sous Cass. (3^e ch.), 13 mai 1996, *R. cass.*, 1998, p. 98: "Men kan zich dus niet met goed gevolg op het 'fait du prince' beroepen als men zelf daartoe de aanleiding was".
 35. Voy., cependant, Cass., 15 février 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 388: "Attendu que le fait du Prince est, à titre de cause étrangère, libératoire, lorsqu'il constitue un obstacle insurmontable à l'exécution de l'obligation et qu'aucune faute du débiteur n'est intervenue dans la genèse des circonstances réalisant cet obstacle" (nous soulignons).
 36. Cass. (3^e ch.), 13 mai 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 455.
 37. Voy., toutefois, l'intéressante étude de A. DE BOECK, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2009, pp. 437 et s. D'après L. VAEL, la Cour de cassation a considéré, de manière implicite, que l'adage *genera non pereunt* n'est pas d'application dans les hypothèses de fait du prince (L. VAEL, *op. cit.*, *R. Cass.*, 1998, p. 103: "Op impliciete wijze oordeelde het Hof dat *genera non pereunt*-principe niet van toepassing is op de situatie waarbij een schuldenaar ingevolge een verbodsbeslissing van een bevoegde of erkende overheid, verhinderd is om een betaling te verrichten ten voordele van zijn schuldeiser"). Compar. A. DE BOECK, *ibidem*, p. 447, n 54).
 38. A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *op. cit.*, 2012, p. 261, n 338.
 39. Voy. L. CORNELIS et P. VAN OMMESLAGHE, "Les 'faits justificatifs' dans le droit belge de la responsabilité aquilienne", *In memoriam Jean Limpens*, Anvers, Kluwer, 1987, p. 280, n 25. Les auteurs citent l'arrêt suivant (rendu en matière contractuelle): Cass. (1^{re} ch.), 12 mars 1959, *Pas.*, 1959, I, p. 702. Dans cette décision, la Cour déclare que "l'ordre du prince constitue, par

lui-même, la force majeure pour le citoyen auquel il commande de faire ou de ne pas faire certains actes; que le citoyen doit obéir à la loi, en raison de la force obligatoire de celle-ci, et non en raison des contraintes mises en oeuvre pour la faire respecter".
 40. G.T. DE JONG, *op. cit.*, 2006, p. 11; Voy. W. RAUWS, *op. cit.*, 1987, p. 614: "Morele onmogelijkheid kan bepaald worden als de onmogelijkheid die voortspuit uit de psychologische of morele beperkingen van de debiteur. Als voorbeeld geeft men dikwijls de vrees voor het leven, de gezondheid of de vrijheid".
 41. R. KRUIJTHOF, *op. cit.*, *Hulde aan René Dekkers, I.c.*, p. 292, n 9.
 42. W. RAUWS, *op. cit.*, 1987, p. 614; A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *op. cit.*, 2012, p. 261, n 338.
 43. Voy. G. JOCQUE, "Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid", *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, XXIIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Malines, Kluwer, 2007, p. 60, n 59.
 44. Voy. W. RAUWS, *ibidem*, p. 614: "dit wil zeggen dat ze niet mag voortspuiten uit overdreven psychologische of morele barrières van één bepaalde schuldenaar"; traduit librement par nous.
 45. Civ. Malines, 27 novembre 1990, *R.G.D.C.*, 1991, p. 653.
 46. Pour une autre illustration, voy. Liège, 30 novembre 1964, *J.L.*, 1964-1965, p. 299. En l'espèce, une personne (l'assurée) était atteinte d'un cancer mortel. La maladie étant tellement grave, il a été jugé qu'il était 'moralement impossible' pour les proches de révéler au souffrant son état. Par conséquent, c'est en vertu d'un cas de force majeure que ni l'assurée ni ses ayants droit n'ont satisfait à la clause exigeant de dénoncer, par certificat médical, le sinistre à la compagnie d'assurances.

lité, a fait l'objet de développements intéressants aux Pays-Bas. Il a été jugé, par la Haute juridiction de cet Etat, qu'une prestation est considérée comme impossible lorsqu'elle exige du débiteur des efforts disproportionnés que le créancier ne peut raisonnablement pas lui imposer d'exécuter.⁴⁷

8. La place de l'impossibilité d'exécution dans la définition hollandaise de la force majeure. Le nouveau Code civil néerlandais (NBW) traite de la cause étrangère dans les dispositions du livre VI, relatives à l'obligation de réparation en cas d'inexécution. La force majeure y est reçue comme un manquement⁴⁸ non-imputable ('*niet toerekenbare tekorkoming*') visé à l'article 6:74 du NBW. Ni la condition d'impossibilité, ni celle d'empêchement ou d'obstacle ('*verhinderings*') à l'exécution de la prestation⁴⁹ ne figurent explicitement dans le texte légal. De nombreux auteurs ont, toutefois, rompu une lance en vue d'intégrer le deuxième critère – que certains distinguent du premier⁵⁰ – à la détermination du cas de force majeure.⁵¹

En droit hollandais, l'impossibilité – qu'elle soit objective, juridique, pratique, morale – ressort comme une *suite logique* de l'extinction de l'obligation en raison de la force majeure.⁵² Dans sa dissertation doctorale, intitulée *Overmacht bij overeenkomst en onrechtmatige daad*, A.J. GOEDMAKERS⁵³ soutient la thèse selon laquelle "de nakomingsplicht eindigt wanneer de nakoming redelijkerwijze niet van de debiteur kan worden geveerd".⁵⁴ La force majeure est ainsi vue comme un obstacle à l'exécution de la prestation; elle est considérée comme un empêchement ('*verhinderings*') – non imputable au débiteur – qui entrave l'exécution de l'obligation dans la mesure où celle-ci ne peut raisonnablement plus être requise par le créancier.

⁵⁵ L'impossibilité n'apparaît, dans ce cadre, que comme la 'conséquence de fait' ('*het feitelijke gevolg*') de la force majeure: "Onmogelijkheid van prestatie is een gevolgtrekking die is *af te leiden*⁵⁶ uit het einde van de verbintenissen die intreedt doordat de debiteur alles gedaan heeft wat van hem te vergen was; meer kan niet van hem gevraagd worden. De prestatie is in die zin onmogelijk geworden".⁵⁷ La thèse de l'auteur trouve un appui dans les écrits de J.F. HOUWING.⁵⁸

9. Appréciation subjective etin concreto. Eu égard à la place conférée, en droit hollandais, à une conception souple de l'impossibilité, il est permis de se demander si cette approche 'subjectiviste' ou 'relativiste' du concept de force majeure n'est pas de nature à favoriser la prise en compte des circonstances concrètes propres au débiteur. La question mérite, à notre estime, d'être posée car elle suscite des réactions contrastées en doctrine.⁵⁹

Le droit belge n'est pas à l'abri d'une telle dérive. Dans un arrêt du 14 mai 1936⁶⁰, la Cour suprême n'a pas censuré la juridiction de fond qui avait considéré que la veuve G. – défenderesse en cassation – "*femme jeune encore et inexpérimentée*, s'est trouvée dans des circonstances particulièrement douloureuses et tragiques, constituant une impossibilité morale d'agir avec plus de célérité et de précision, impossibilité morale équivalant à un cas de force majeure". Il était reproché, en l'espèce, à la défenderesse de ne pas avoir informé la compagnie d'assurances, dans un délai de 24 heures du décès de son mari. Les juges d'appel avaient pourtant refusé, au motif de la force majeure, d'appliquer la sanction de déchéance stipulée dans le contrat.

Le droit des Pays-Bas se montre, à première vue, plus

47. H.R., 21 mai 1976, *N.J.*, 1977, p. 73, cité par G.T. DE JONG, *op. cit.*, 2006, p. 11. Sous cet angle, l'impossibilité se rapproche de notre notion d'abus de droit (cf. C.B.P. MAHÉ et E.H. HONDIUS, "Les sanctions de l'inexécution en droit néerlandais", *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etude de droit comparé*, sous la direction de M. Fontaine et de G. Viney, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2001, pp. 848 et 849). Dans un autre sens, l'impossibilité pratique "recouvre les situations où l'exécution n'est pas absolument impossible mais en pratique personne ne peut y procéder" (*ibid.*, p. 848, n 25).

48. Ce terme vise, de manière neutre, l'inexécution d'une obligation contractuelle (J.H. NIEUWENHUIS, C.J.J.M. STOLKER et W.L. VALK, *Burgerlijk Wetboek. Tekst & Commentaar*, 9^e éd., Deventer, Kluwer, 2011, p. 2497).

49. Les travaux préparatoires du NBW ouvrent le recours à la force majeure à des hypothèses où, exceptionnellement, il n'est nullement question d'obstacle – et encore moins d'impossibilité – à l'exécution de l'obligation. Le cas d'application fréquemment invoqué est celui de l'héritier qui n'accomplit pas l'obligation qui pèse sur lui car il ignore le décès du *de cuius* (voy. A.J. GOEDMAKERS, *Overmacht bij overeenkomst en onrechtmatige daad*, Arnhem, Gouda Quint, 1998, pp. 26 et 27; A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *op. cit.*, 2012, p. 262, n 340; J.H. NIEUWENHUIS, C.J.J.M. STOLKER et W.L. VALK, *ibidem*, p. 2499).

50. A. J. GOEDMAKERS, *ibidem*, p. 74 et s.

51. J. M. VAN DUNNÉ, 'Acts of God', *overmacht en onvoorziene omstandigheden in het bouwrecht*, Deventer, Kluwer, 1998, p. 51; A.J. GOEDMAKERS, *ibidem*, pp. 24 et s.: la force majeure est définie comme "een niet-toerekenbare verhindering van de niet-nakoming met een vreemde oorzaak"; C.J.H. BRUNNER et G.T. DE JONG, *Verbintenissenrecht in het algemeen*, 2^e éd., Deventer, Kluwer, 1999, p. 145, n 172.

52. La force majeure ne peut donc être assimilée à l'impossibilité d'exécution dès lors que cette dernière est perçue comme la conséquence de la première.

53. A.J. GOEDMAKERS, *ibidem*, pp. 74 à 92.

54. *Ibid.*, p. 75; traduction littérale: le devoir d'exécution prend fin lorsque le créancier ne peut raisonnablement plus exiger du débiteur l'accomplissement de son obligation.

55. *Ibid.*, pp. 77 à 79.

56. Nous soulignons; l'impossibilité est-elle, dès lors, aussi factuelle que ce que prétend l'auteur? Il convient, selon nous, de l'appréhender plutôt comme une *conséquence logique* tirée de la décision que le débiteur a accompli ce que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui.

57. *Ibid.*, p. 79. Traduction libre: L'impossibilité d'exécution constitue une conséquence logique tirée de l'extinction de l'obligation en raison de la force majeure, étant donné que le débiteur a fourni les efforts raisonnablement attendus de lui.

58. *Ibid.*, pp. 77 à 79 et p. 86.

59. Dans une étude fouillée intitulée *Werkstaking en overmacht*, R. KRUIJTHOF met en exergue les divergences de vue prétoriennes: "Van Brakel werpt op dat het uitgangspunt van de relatieve overmachtsleer er als vanzelf toe leidt een subjectief standpunt in te nemen, maar andere auteurs menen dat het criterium van de *culpa levis in abstracto* dit gevaar niet inhoudt" (R. KRUIJTHOF, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1965, pp. 525 et 526, n 28). Voy. L. SNAUWAERT, *Overmacht en imprevisie in rechtsvergelijkend perspectief*, mémoire de fin d'étude, U. Gand, 2009-2010 (n.p. mais accessible sur internet). A propos du droit hollandais, l'auteur écrit: "Er is sprake van verhindering van nakoming wanneer de nakoming door de schuldenaar volledig of gedeeltelijk, tijdelijk of blijvend onmogelijk is of praktisch te bezwaarlijk is... Dit wordt *in concreto* beoordeeld rekening houdend met de ernst van de hindernis, de inhoud en de natuur van de overeenkomst en de persoon van de debiteur. Er is dus geen objectieve onmogelijkheid van nakoming of onmogelijkheid voor elke willekeurige persoon vereist. Wat telt is of het voor die specifieke schuldenaar een onmogelijkheid uitmaakt. Wat voor de ene persoon een onoverkomelijke hindernis is, zal voor de andere immers geen groot probleem zijn omdat deze laatste over bepaalde bijkomende middelen en expertise beschikt". Compar. A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *op. cit.*, 2012, p. 261, n 338.

60. Cass. (1^o ch.), 14 mai 1936, *Pas.*, 1936, I, p. 255 (nous soulignons).

souple dans l'appréciation de la force majeure. Le critère de 'l'impossibilité pratique' nous semble en constituer un premier indice; il ne possède d'ailleurs pas son équivalent en droit belge si ce n'est par l'arme de l'abus de droit. En outre, si l'on suit la thèse d'A.J. GOEDMAKERS, la notion d'impossibilité d'exécution n'est pas un élément constitutif de la force majeure; elle ne représente qu'une conséquence logique de celle-ci.

10. Comparaison entre le système juridique belge et celui des Pays-Bas. Il ne faut pas penser pour autant que la force majeure et la libération du débiteur seront admises plus facilement Outre-Moerdijk qu'en Belgique. Par le recours à la condition de l'impossibilité d'exécution – entendue raisonnablement, mais objectivement –, notre système juridique fait, certes, montre d'une plus grande sévérité que la Hollande. Dans l'ordre juridique voisin, les filtres se situent, en revanche, au niveau de l'exigence de non-imputabilité de l'inexécution au débiteur. Or, tel sera le cas si elle est due à une faute de ce dernier ou s'il s'agit d'un risque qu'il doit assumer en vertu de la loi⁶¹, du contrat⁶² ou 'de l'opinion généralement admise' ('*de in het verkeer geldende opvattingen*').⁶³ La liste des facteurs d'imputation n'est pas considérée comme exhaustive: "Daarnaast spelen de redelijkheid en billijkheid, de strekking van de verbintenis en de overige omstandigheden van het geval een rol".⁶⁴ L'imputabilité en vertu de 'l'opinion généralement admise' constitue une catégorie 'fourre-tout', qui puise dans la pratique et l'équité. Elle permet de compenser une appréciation plus raisonnable de l'impossibilité d'exécution et d'embrasser certains traits de la force majeure que nous connaissons en droit belge. Un obstacle prévisible au moment de la conclusion de la convention pourrait ainsi être à charge du débiteur lorsque le juge est en droit d'estimer qu'une personne normalement prudente "dotée de la même expérience et connaissance que le débiteur concerné"⁶⁵ aurait raisonnablement tenu compte de ces circonstances, par exemple, en refusant de souscrire à cet engagement ou en prenant les mesures de précaution qui s'imposent.⁶⁶ Il est également admis, sur la base de ce facteur d'imputabilité des risques, que l'insolvabilité financière du

débiteur – quand bien même elle ne serait pas due à sa faute – ne constitue pas un cas de force majeure.⁶⁷ De même, la maladie qui représente un risque accru pour le débiteur sera imputable à ce dernier. Par exemple, une personne particulièrement fragile qui, en raison d'un léger refroidissement, est 'empêchée' d'avancer sur un chantier de construction (travail en plein air), ne peut se prévaloir de la force majeure. En droit belge, ce cas se heurterait sans doute au critère – abstrait – de l'impossibilité d'exécution: un débiteur normalement constitué et raisonnablement diligent est, malgré un gros rhume, toujours en mesure de travailler.⁶⁸

11. J.F. Houwing: précurseur de la conception actuellement en vigueur en droit hollandais? A l'aune de ces quelques précisions, revenons, un instant, sur les écrits de J.F. HOUWING. Ce dernier est régulièrement présenté comme le représentant d'une théorie subjective de la force majeure – la *schuldleer* ou l'*inspanningsleer*⁶⁹ – à laquelle s'oppose la conception objective. Selon cet auteur, la force majeure est acquise lorsque le débiteur "alles gedaan heeft, waartoe hij naar de opvatting van het verkeer en de redelijke zin der overeenkomst gehouden was".⁷⁰ Cette opinion ne saurait être ramassée, comme certains l'ont prétendu, par la formule "de overmacht begint waar de schuld ophoudt"⁷¹, mais plutôt par l'assertion "de overmacht begint waar de *toerekenbaarheid* ophoudt".⁷² L'influence de la pensée de J.F. HOUWING à l'endroit de l'acception actuelle de la force majeure, telle que déposée dans le NBW, est prégnante. L'auteur n'a pas d'autre point de départ que la condition de non-imputabilité, celle-là même qui deviendra le filtre principal à l'admission de la force majeure en Hollande. On peut considérer qu'elle a acquis ses premières lettres de noblesse grâce à J.F. HOUWING. L'auteur y fait référence par des mentions à 'l'opinion généralement admise' ('*opvatting van het verkeer*'), à la nature du contrat et au 'sens du raisonnable'. Les travaux de J.L.L. WÉRY et M.G.L. LEVENBACH⁷³ ont permis, ensuite, d'étoffer le volet d'imputabilité pour risques, soit ceux que doit supporter le débiteur en vertu de la loi, du contrat ou de l'opinion généralement admise. Toujours est-il qu'il convient de relativiser l'idée ré-

61. Voy. art. 6:76 du NBW: "Maakt de schuldenaar bij de uitvoering van een verbintenis gebruik van de hulp van andere personen, dan is hij voor hun gedragingen op gelijke wijze als voor eigen gedragingen aansprakelijk". Sont ainsi visées les hypothèses de "responsabilité contractuelle du fait d'autrui". Voy. également l'art. 6:77 du NBW: le débiteur supporte, en général, les risques des choses qu'il utilise dans le cadre de l'exécution de son obligation.

62. Des clauses particulières peuvent aménager la responsabilité du débiteur et imputer certains risques spécifiques à l'un ou l'autre cocontractant.

63. J.H. NIEUWENHUIS, C.J.J.M. STOLKER et W.L. VALK, *op. cit.*, 2011, pp. 2499 et s.

64. A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *op. cit.*, 2012, p. 266, n 346.

65. A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *ibidem*, p. 274, n 354; traduit par nous. Notons qu'en dépit de son caractère, *a priori*, non généralisable, l'expérience peut être prise en compte pour déterminer le standard général de prudence.

66. C.J.H. BRUNNER et G.T. DE JONG, *op. cit.*, 1999, p. 151, n 177.

67. J.H. NIEUWENHUIS, C.J.J.M. STOLKER et W.L. VALK, *op. cit.*, 2011, p. 2500.

68. A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *op. cit.*, 2012, pp. 275 et 276, n 356.

69. A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, *ibidem* pp. 258 et s.; T.F.E. TJONG TJIN

TAI, *Zorgplichten en zorgethiek*, thèse Amsterdam, n.p., 2007, pp. 91 et s.; W.A. ZONDAG, *Werkijdverkorting. Over plaats en functie van een arbeidsmarktinstrument in het arbeidsrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 2001, pp. 93 et s.

70. J.F. HOUWING cité par J.M. VAN DUNNÉ, *Verbintenissenrecht*, 1, *Contractenrecht*, 5^e éd., Deventer, Kluwer, 2004, p. 467. Traduction personnelle: la force majeure serait acquise lorsque "le débiteur a accompli ce à quoi il était tenu en vertu de l'opinion généralement admise et le sens raisonnable de la convention".

71. Voy., à cet égard, les auteurs cités par J.M. VAN DUNNÉ, *ibidem*, p. 467. C'est également par cette expression que l'on présente la *schuldleer* en droit belge (voy. R. KRUIJTHOF, H. BOCKEN, F. DELY et B. DE TEMMERMAN, *op. cit.*, T.P.R., 1994, p. 516, n 221).

72. J.-M. VAN DUNNE, *op. cit.*, 1998, p. 49. Voy. aussi: J.D.A. DEN TONKELAAR, *Resultaatsverbintenissen en inspanningsverbintenissen*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1982, pp. 1 à 4.

73. M.G.L. LEVENBACH, *Iets over de spanning van de contractsband bij verandering in de omstandigheden*, thèse Amsterdam, 1923; J.L.L. WÉRY, *Overmacht bij overeenkomsten*, thèse, Leiden, 1919.

pandue selon laquelle J.F. HOUWING a conféré à la force majeure une signification subjective.⁷⁴⁻⁷⁵

12. Enseignements de ces brèves considérations de droit comparé. Compte tenu des divergences de ‘système’ entre les Pays-Bas et la Belgique, il convient d’être particulièrement prudent lorsqu’il est question de s’inspirer – voire d’importer – des développements théoriques du droit hollandais (notamment quant à la conception de l’impossibilité d’exécution). Il faut se garder de trahir ou de pervertir la logique d’ensemble. Un élément nous paraît cependant fédérer, dans une certaine mesure, les deux ordres juridiques: il s’agit du rôle qu’est amené à jouer le contenu de l’obligation compte tenu du cadre contractuel. Comme le soutient C.H. SIEBURGH, dans une analyse de droit comparé: “De aandacht is gericht op hetgeen in het licht van de verhouding tussen partijen onder de omstandigheden van het concrete geval binnen de kaders van de overeenkomst gevegd kan worden”.⁷⁶ Ces éléments servent à déterminer ce qui est attendu, ce qui peut être exigé du débiteur. Aux Pays-Bas, leur influence se situe essentiellement au stade de l’imputabilité alors qu’en Belgique, elle s’exerce lors de la question de l’impossibilité d’exécution, et imprime une relativisation – admissible⁷⁷ – de cette condition, et partant, de la notion de force majeure.

Enfin, l’on relève que le critère de proportionnalité – ou du moins l’idée d’une balance d’intérêts – émaille les impossibilités ‘dérivées’ (juridique, morale et pratique). Sans doute serait-ce un critère objectif appréciable – digne d’être emprunté? – qui permettrait de fixer, en Belgique, une compréhension plus large de la condition d’impossibilité.

Il convient, à présent, d’analyser les auteurs qui, en France et en Belgique, ont remarquablement mis en exergue les liens entre la force majeure et le contenu de l’obligation.

II. Force majeure et absence de faute. Retour sur les partisans de la *schuldleer* en droits belge et français

13. La force majeure ‘relativisée’. En dépit de l’existence d’impossibilité, il n’est nullement exclu que la

force majeure présente, comme le souligne R. DEMOGUE, “quelque chose de relatif”⁷⁸, dans la mesure où “le degré de diligence due, et par suite la force majeure, varie suivant les contrats”.⁷⁹ L’impossibilité d’exécution doit donc être appréciée à l’aune du contenu de l’obligation, en fonction de ce qui a été stipulé par les parties. Il s’agit d’une ‘impossibilité conventionnelle’, pour reprendre les termes de P. WIGNY.⁸⁰ C’est, en effet, la prestation, telle qu’elle est définie dans le contrat, qui ne peut plus être fournie.⁸¹ Pour illustrer la pensée de ces auteurs, prenons l’hypothèse d’un contrat de transport qui ne précise pas le moyen d’acheminement de la marchandise convenue. Supposons que la voie maritime constitue le moyen le plus économique pour le débiteur. Même si une grève des dockers éclate, et qu’elle rend (momentanément) impossible l’exécution de l’obligation de cette manière, il ne peut être question de force majeure dès lors que des méthodes alternatives – même plus onéreuses – peuvent être envisagées: transport par camion, par rail ou par voie aérienne. Toutefois, si les parties arrêtent, dans la convention, les modalités d’exécution de l’obligation et que le moyen convenu, par exemple le transport par voie fluviale, est paralysé en raison d’un événement non imputable à celui qui s’engage, il convient, au vu du degré de diligence requis de lui, de l’exonérer.⁸²

Cette relation entre la force majeure et le contenu de l’obligation contractuelle, longuement analysée par R. DEMOGUE, a suscité tout un courant prétorien assimilant la force majeure à l’absence de faute (conception que l’on a présentée *supra* sous la notion de *schuldleer*).⁸³

14. La conciliation des articles 1137 et 1147 du Code civil: une question qui alimente la théorie de la *schuldleer*. L’association de la force majeure à l’absence de comportement fautif doit son succès à la recherche d’une conciliation des articles 1137 et 1147 du Code civil.⁸⁴ Selon le premier texte, le débiteur, tenu de veiller à la conservation de la chose, doit y apporter “tous les soins d’un bon père de famille”. La seconde disposition, siège de la force majeure, requiert – traditionnellement –, à des fins d’exonération, un événement imprévisible, irrésistible et insurmontable

74. J.M. VAN DUNNÉ, *op. cit.*, 2004, p. 467: “J. F. Houwing heeft echter aan ‘inspanning’ nimmer een subjectieve betekenis gegeven”.

75. On reproche parfois à la *schuldleer* de ne pas être en mesure d’expliquer pourquoi le débiteur ne peut pas invoquer la force majeure lorsqu’il sombre dans une situation d’insolvabilité financière qui est née sans sa faute (voy. W. RAUWS, *op. cit.*, 1987, p. 628). Cette objection ne doit-elle pas être relativisée compte tenu du fait qu’un tel cas serait, aux Pays-Bas, actuellement résolu sur base du critère de l’imputabilité (pour risques), et que la *schuldleer*, telle qu’envisagée par J.F. HOUWING, s’inscrivait déjà, *mutatis mutandis*, dans ce schéma: la force majeure commence là où l’imputabilité cesse?

76. C.H. SIEBURGH, “Een evenwichtige werking van rechtvaardigings- en schuldsluitingsgronden in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht”, *T.P.R.*, 2003, p. 665.

77. Voy. *infra* n 13 (cf. déjà *supra*, note 21).

78. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VI, *Effets des obligations*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931, p. 653, n 606.

79. R. DEMOGUE, *ibidem*, p. 653, n 606.

80. P. WIGNY, “Responsabilité contractuelle et force majeure”, *RTD civ.*, 1935, p. 53.

81. P. WIGNY, *ibidem*, p. 53.

82. Voy. R. DEMOGUE, *op. cit.*, t. VI, 1931, pp. 653 et 654 et spéc. p. 654, n 607: “[l]e débiteur est en principe responsable de ce qu’il a promis, sauf à prouver l’impossibilité de fournir. Mais s’il a promis moins: se contentant de promettre de faire telle chose par tel moyen, il n’est pas responsable s’il n’emploie pas à défaut du moyen visé un autre qu’il n’a pas promis d’employer”; P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, *op. cit.*, *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire...*, *l.c.*, p. 250. Voy. aussi P. WIGNY, “La force majeure”, *J.T.*, 1946, p. 377. Cons. également: Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l’inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004, pp. 323 et 324; J. RA-DOUANT, *Du cas fortuit et de la force majeure*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1920, pp. 35 et s.

83. P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, *op. cit.*, *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire...*, *l.c.*, p. 250, n 11; J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, *La force majeure. Etat des lieux*, *l.c.*, p. 12, n 9.

84. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2006, pp. 505 et s.

qui “semble imposer au débiteur une diligence qui aille jusqu’aux limites du possible”.⁸⁵ Dès lors, peut-on admettre que la diligence requise par le contenu de l’obligation – et en creux de laquelle se forge, selon qu’elle est (ou non) rencontrée, la faute ou la force majeure – épouse le degré de soins, variable en fonction des contrats, auquel est tenu le bon père de famille? Souscrire à cette opinion ne conduit-il pas à renoncer aux qualités attribuées à la cause étrangère: imprévisibilité, irrésistibilité, caractère insurmontable? Ces interrogations renvoient, inévitablement, à la question de la distinction entre les deux conceptions de la force majeure évoquées plus haut (*ontoerekenbare onmogelijkheid* et *schuldleer*). Ces deux théories sont, en réalité, plus proches qu’on ne le pense. Même si l’on définit la force majeure comme l’absence de faute, l’exigence de l’impossibilité d’exécution n’est jamais (totale)ment ignorée.

15. La *schuldleer* selon A. Tunc. Les liens entre l’absence de faute et la force majeure ont été analysés par A. TUNC, notamment dans plusieurs études fouillées parues en 1945 et 1946.⁸⁶ L’auteur défend l’idée que la force majeure et la faute sont deux notions complémentaires: elles représentent les deux branches de l’alternative qui se pose lorsque le “débiteur n’obtient pas, dans les obligations déterminées, le résultat souhaité par les parties”.⁸⁷ La force majeure émerge à la limite de l’obligation. Elle implique, dès lors, la détermination du contenu de celle-ci. Il s’agit d’arrêter “le degré de diligence qui a été promis, implicitement en général, par le contrat: toutes les ‘forces adverses’ que ne devait pas vaincre cette diligence sont des forces majeures”.⁸⁸

L’éminent juriste nous invite à souder les articles 1137 et 1147 du Code civil⁸⁹, en leur affectant la même portée: le problème de la délimitation du contenu de l’obligation *épuise* la question de la responsabilité.⁹⁰ Ainsi, il faut rechercher le comportement qu’on attend d’un débiteur, placé dans les mêmes circonstances, raisonnablement prudent et attentif – soit le ‘bon père de famille’ ou, le cas échéant, le ‘bon professionnel’ de la même spécialité et de la même catégorie. De cette manière, l’on résout la question du contenu de l’obligation. Il ne reste plus qu’à comparer l’attitude effectivement adoptée par le débiteur à la conduite requise

par le modèle qu’on lui impose. La faute s’évince du manquement à la diligence due. En revanche, l’obstacle qui n’eût pu être dompté que par une diligence supérieure est qualifié de force majeure.⁹¹

16. Une conception non affranchie de “l’impossibilité d’exécution non imputable”. Il nous semble téméraire de présenter A. Tunc comme l’une des figures de proue de la doctrine de la *schuldleer*. L’auteur ne neutralise guère l’exigence de l’impossibilité d’exécution. Tout au plus est-elle assouplie. Ces affirmations appellent à être commentées.

Il est essentiel, pour saisir correctement les propos d’A. Tunc, d’exposer la dualité de la force majeure qu’il décrit. Selon l’auteur, deux problèmes – très différents – doivent, en effet, être séparés. Le premier est relatif à la “force de l’obligation dans le temps”⁹² et vise la situation du débiteur qui cherche à se libérer d’un engagement devenu beaucoup trop lourd pour lui, en raison de la conjoncture économique ou encore d’autres facteurs externes (guerre, etc.). On touche là à la délicate distinction entre la force majeure et l’imprévision. Il s’agit, en d’autres termes, de savoir si l’obligation en cause disparaît (pour le futur) ou si elle doit être maintenue. A cet égard, l’auteur souscrit totalement à l’opinion selon laquelle l’événement allégué doit rendre l’exécution de l’obligation ‘absolument’⁹³ ou ‘rigoureusement’⁹⁴ impossible.

Tout autre est l’hypothèse du débiteur qui n’a pas atteint le résultat promis et qui souhaite s’exonérer en invoquant une cause étrangère. C’est le cas du dépositaire, de l’emprunteur ou encore du garagiste qui n’est pas en mesure de restituer le bien qui lui a été confié parce que ce dernier a été volé ou détruit. Il s’agit ici d’un problème de “responsabilité à raison de faits passés”.⁹⁵ C’est cette seconde situation qui pose la question du contenu de l’obligation et du degré de diligence requise: il a y lieu de se demander si le débiteur a déployé les efforts – raisonnables – qui s’imposaient face à la cause de l’inexécution de l’engagement. Les développements d’A. TUNC, rapportés ci-dessus, n’ont, en réalité, vocation à s’appliquer qu’à cette facette de la force majeure. Ce n’est que dans cette situation que vaut véritablement l’adéquation entre la force majeure et l’absence de faute.⁹⁶

Dans une remarquable note relative à l’arrêt de la Cour

85. A. TUNC, “La force majeure dans ses rapports avec le contenu de l’obligation contractuelle”, *J.T.*, 1946, p. 313.

86. A. TUNC, “Force majeure et absence de faute en matière contractuelle”, *RTD civ.*, 1945, pp. 235 à 259; “La force majeure dans ses rapports avec le contenu de l’obligation contractuelle”, *J.T.*, 1946, pp. 313 à 317; “La qualité de la force majeure”, *J.T.*, 1946, pp. 397 à 399.

87. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1965, p. 741, n 664.

88. A. TUNC, *op. cit.*, *RTD civ.*, 1945, p. 246, n 13. Voy. aussi A. TUNC, *op. cit.*, *J.T.*, 1946, p. 398: “La force majeure est la limite de l’obligation, sa limite supérieure, en ce sens qu’elle est l’obstacle qui se dresse devant le débiteur lorsqu’il poursuit le résultat promis et qui, pour être vaincu, requerrait une diligence supérieure à celle qu’impose le contrat”.

89. A. TUNC, *op. cit.*, *J.T.*, 1946, p. 315.

90. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, 1965, p. 737.

91. Pour consolider sa démonstration, A. TUNC se prévaut de l’article 1137, al. 2, du Code civil, qui annonce le caractère variable du contenu de l’obliga-

tion de veiller à la conservation de la chose: celle-ci est “plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent”. Or, la seule manière d’assurer cette variation consiste à renoncer aux exigences fixes d’imprévisibilité, d’irrésistibilité et d’insurmontabilité. Il convient, partant, d’associer la force majeure au degré de diligence due, qui correspond, en principe, à la vigilance d’un bon père de famille (voy. A. TUNC, *op. cit.*, *RTD civ.*, 1945, p. 244; H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, 1965, p. 746, n 666).

92. A. TUNC, *ibidem*, p. 245, n 11.

93. *Ibidem*, p. 398.

94. A. TUNC, *op. cit.*, *RTD civ.*, 1945, p. 244, n 11.

95. A. TUNC, *op. cit.*, *J.T.*, 1946, p. 397.

96. Notons, toutefois, que les exemples proposés par le commentateur supposent que l’obligation soit effectivement impossible à exécuter. Comment un dépositaire, un emprunteur, un garagiste peut-il rendre l’objet qui est détruit ou subtilisé? A. TUNC le reconnaît lui-même: “Lorsqu’il s’agit du problème du contenu de l’obligation contractuelle, il est très exact de noter

de cassation du 13 avril 1956, J. HEENEN conçoit la force majeure de manière analogue à A. TUNC. L'on retrouve la conception duale évoquée précédemment: "L'impossibilité absolue est sans doute requise pour qu'un contrat soit dissous par impossibilité d'exécution, mais elle ne se justifie pas nécessairement lorsqu'il s'agit de savoir si un débiteur est responsable du préjudice causé par l'exécution du contrat".⁹⁷ En d'autres termes, la rigueur qu'impose la définition traditionnelle de la force majeure, à travers l'exigence d'un obstacle insurmontable, irrésistible et imprévisible, doit être maintenue lorsque l'on se demande si la cause étrangère a un 'effet libérateur'.⁹⁸ En revanche, quand il s'agit de savoir si le débiteur peut échapper à la mise en cause de sa responsabilité, il convient d'admettre, à titre de force majeure, l'obstacle qui n'eût pu être conjuré qu'au prix d'une diligence supérieure à celle que réclamait le contrat.⁹⁹

17. Rôle de 'l'impossibilité d'exécution' et pertinence d'un éventuel adoucissement de celle-ci. La condition d'impossibilité d'exécution est donc loin d'être rangée au placard; elle semble avoir encore de beaux jours devant elle. La vision dichotomique suggérée par les auteurs précités met toutefois un peu mal à l'aise. Acculer le débiteur à la ruine afin de procurer au créancier le bénéfice qu'il devait normalement retirer du contrat nous semble tout aussi inapproprié lorsqu'il est question de délier une partie de son engagement. Maintenir coûte que coûte une convention 'économiquement stérile'¹⁰⁰ sous le couvert de l'exigence d'une impossibilité d'exécution, et ce au nom du principe de la sécurité des transactions, ne nous paraît pas de bon aloi...¹⁰¹ N'est-il pas plus indiqué de s'inspirer, dans une certaine mesure, du droit hollandais afin d'alléger, le cas échéant, le concept d'impossibilité?

18. La perte de l'utilité économique du contrat comme critère de l'impossibilité. Il est délicat d'opérer une ligne de démarcation entre les situations d'im-

prévision et de force majeure. Sur base de ce constat, J.-Fr. GERMAIN et Y. NINANE ont proposé un critère permettant de déterminer dans quelles circonstances l'exécution de l'obligation doit être considérée comme impossible, en ce sens qu'elle excède "les limites d'une diligence normale".¹⁰² Les auteurs suggèrent de se référer à l'utilité – ou l'intérêt – économique du contrat. Il faudrait, ainsi, admettre la force majeure dès que le débiteur est privé de tout avantage économique résultant de l'exécution de la convention, ce qui signifie concrètement qu'il ne devrait pas s'exécuter "à perte".¹⁰³ Et d'ajouter que "rompre ce principe de proportionnalité" en franchissant cette limite "reviendrait sinon à ... exiger que le débiteur se ruine pour satisfaire son obligation de procurer au créancier l'avantage qu'il devait normalement retirer du contrat, alors que celui-ci impose seulement une certaine diligence en vue d'atteindre ce résultat".¹⁰⁴ Cette appréciation raisonnable de l'impossibilité d'exécution, qui est définie par référence à la diligence attendue d'un homme normalement prudent et vigilant, se rapproche de la 'praktische onmogelijkheid'¹⁰⁵, ou encore de l'abus de droit.¹⁰⁶ D'autres auteurs prônent une lecture de ce type de situations à partir du concept d'état de nécessité.¹⁰⁷

19. Conclusion intermédiaire. La démonstration d'un comportement attentif et diligent, conforme à ce que le créancier était en droit d'attendre du débiteur, est de nature à fonder la libération de ce dernier. Dans la logique d'A. TUNC, cette assertion est essentiellement pertinente lorsque se pose la question de la responsabilité du débiteur en raison de l'inexécution d'une obligation contractuelle.¹⁰⁸ La proposition, en l'état, n'est toutefois pas satisfaisante. Elle occulte l'importante question de la charge – et du risque – de la preuve, liée à la distinction entre l'obligation de moyens et de résultat; elle ne rend pas non plus suffisamment compte du rôle et de l'impact de la force majeure sur les conditions de la responsabilité. Nous

que l'impossibilité d'exécuter n'est qu'une condition préalable pour que se pose l'alternative: faute ou force majeure" (A. TUNC, *ibidem*, p. 398).

97. J. HEENEN, "La responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeure", note sous Cass. (1^e ch.), 13 avril 1956, *R.C.J.B.*, 1957, p. 95, n. 5.

98. *Ibidem*, p. 96, n. 7.

99. *Ibidem*, p. 95, n. 5.

100. Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, 2004, p. 335, n. 349.

101. Voy. déjà les réserves émises par A. TUNC à l'endroit du rejet de la théorie de l'imprévision (*op. cit.*, *RTD civ.*, 1945, p. 244, n. 11).

102. J.-Fr. GERMAIN et Y. NINANE, *op. cit.*, *Droit des obligations, I.c.*, p. 98, n. 29.

103. J.-Fr. GERMAIN et Y. NINANE, *ibidem*, pp. 99 et 100, n. 29.

104. J.-Fr. GERMAIN et Y. NINANE, *ibidem*, p. 99, n. 29 citant Comm. Bruxelles, 9 mars 1981, *R.D.C.*, 1982, p. 164. Cette décision a, toutefois, été réformée en appel: Bruxelles (2^e ch.), 22 juin 1984, *J.T.*, 1986, p. 164; voy. aussi J. HEENEN, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1957, p. 94, n. 5.

105. L'on trouve écho du critère de l'utilité économique dans un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 17 janvier 2000 (Anvers, 17 janvier 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 746). En l'espèce, le tenancier d'un café était confronté à une sévère diminution de son chiffre d'affaires en raison de circonstances externes et indépendantes de sa volonté (une interdiction de café édictée par l'école voisine; des travaux routiers de longue durée). Le gérant menaça de faire faillite et cessa son activité. Il était cependant lié par un contrat de brasserie qu'il n'était plus en état d'honorer. Le tenancier invoqua la force majeure pour échapper à la clause pénale stipulée dans la convention. La Cour décida que le débiteur "ongelukkig en te goeder trouw is, en voor een toestand van overmacht werd geplaatst ingevolge een opeenvolging van ongelukige omstandigheden buiten haar wil, die voor haar een onoverkomelijk en

blijvend beletsel vormen om het café verder te zetten en de afnameverplichting ... verder te zetten; er anders over oordelen zou inhouden dat de uitvoeringsplicht van een overeenkomst er een handelaar toe zou kunnen verplichten een verlieslatende handel te blijven voortzetten, wat noch maatschappelijk noch menselijk zinvol kan worden geacht" (nous soulignons).

106. Voy. Liège (7^e ch.), 21 décembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 564. Quoi qu'il en soit, les sanctions de l'abus de droit sont distinctes des effets de la force majeure.

107. Voy. O. CUYLITS, "Nécessité n'a pas de loi? L'état de nécessité dans la jurisprudence commerciale et son actualité", *R.D.C.*, 2013, pp. 74 et s. Pour rappel, l'état de nécessité vise l'hypothèse où le débiteur, acculé à un alternative, privilégie un intérêt jugé (manifestement) supérieur à celui sacrifié. Ce fait justificatif ôte à l'acte incriminé (par ex., la violation du contrat) son caractère fautif; voy. P. WÉRY, "L'état de nécessité et l'élimination de la faute aquilienne et de la faute contractuelle", *R.R.D.*, 1987, pp. 116 et 117: la prépondérance de l'intérêt protégé doit être 'manifeste' lorsqu'il s'agit de sacrifier l'intérêt du créancier au profit du débiteur ou d'un tiers.

108. Selon A. TUNC, l'exigence d'impossibilité (absolue) d'exécution resterait, en revanche, prégnante quand se pose la question de la 'force de l'obligation dans le temps', c'est-à-dire lorsque l'on se demande si on a affaire à une situation d'imprévision ou si l'obligation du débiteur est éteinte par la force majeure. Néanmoins, des commentaires récents donnent à penser que le concept de faute permet, dans cette situation, une lecture adéquate de cet élément constitutif de la force majeure (voy. J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, *La force majeure. Etat des lieux, I.c.*, p. 17, n. 16 et s.).

nous emploierons, dans les développements qui suivent, à examiner ces facettes de la problématique.

III La preuve de la cause étrangère exonératoire: force majeure et absence de faute (ré)conciliées?

A. L'obligation de moyens

20. La force majeure comme démonstration simplifiée de l'absence de faute du débiteur. Dans le cas d'une obligation de moyens, le débiteur doit, conformément à l'article 1137 du Code civil, apporter à l'exécution de la tâche contractuellement prévue tous les soins d'un bon père de famille. Il appartient à celui qui invoque la responsabilité de prouver non seulement l'existence de l'obligation et l'inexécution de celle-ci, mais encore que le débiteur n'a pas mis en œuvre la diligence raisonnablement requise. De son côté, le débiteur peut établir qu'il a fourni tous les efforts nécessaires (absence de faute) et que, malgré tout, le dommage est survenu.

La preuve d'une conduite diligente suffit à obtenir l'exonération. Il n'est dès lors pas indispensable d'alléguer un cas de force majeure. Néanmoins, si celui-ci est établi¹⁰⁹, le débiteur démontre, *a fortiori*, qu'il a agi comme un bon père de famille.¹¹⁰ La notion de force majeure requiert, en effet, que le débiteur n'ait pas, par sa négligence, contribué à l'émergence de l'événement invoqué (par exemple, un incendie, un vol, etc.). En outre, en démontrant l'absence de faute dans la genèse et les conséquences de la force majeure – à distinguer de l'absence de faute dans l'exécution de l'obligation¹¹¹, le débiteur fait valoir que son comportement n'est pas en lien causal avec le dommage dès lors que ce dernier est dû à une cause étrangère. Ce raisonnement en termes de causalité, révélant l'absence même de la force majeure, est valable tant pour les obligations de moyens que de résultat.

B. L'obligation de résultat

21. Présomption de faute ou présomption de responsabilité? Dans l'hypothèse d'une obligation de résultat, le fardeau probatoire du créancier déçu est nettement plus léger: il peut se contenter de prouver l'obligation due par le débiteur et le fait que le résultat promis par celui-ci n'a pas été atteint. A cet égard, il importe de savoir si une obligation déterminée fait naître une présomption de faute ou une présomption de responsabilité (portant à la fois sur la faute *et* sur le lien causal).

La question semble opposer les meilleurs auteurs.¹¹² Elle doit, à notre estime, être résolue eu égard au concept de cause étrangère qui, en vertu de l'article 1147 du Code civil, constitue la seule porte de sortie ouverte au défendeur. Par conséquent, la solution selon laquelle le débiteur d'une obligation de résultat est 'présupposé responsable' nous paraît davantage en phase avec la notion de force majeure dans la mesure où elle reflète la dimension causale attribuée à celle-ci. Par ailleurs, la thèse que nous défendons est pleinement cohérente au regard de l'existence d'obligations de résultat '*allégées*'. C'est par ce concept qu'une certaine doctrine caractérise le régime de l'obligation de restitution de l'emprunteur dans le prêt à usage (C. civ., art. 1884¹¹³), du locataire dans le louage de choses (C. civ., art. 1732¹¹⁴), du dépositaire dans le dépôt (C. civ., art. 1933¹¹⁵), ou encore de l'entrepreneur (C. civ., art. 1789¹¹⁶).¹¹⁷ Selon les commentateurs, ces dispositions permettraient au débiteur de s'exonérer en établissant qu'il n'a pas commis de faute, sans devoir nécessairement prouver (positivement) un cas de force majeure. Le débiteur ne serait tenu que d'une présomption de faute susceptible de preuve contraire.¹¹⁸ Les qualificatifs 'amoindri', 'atténué' ou 'allégé' soulignent le contraste par rapport aux obligations de résultat classiques et suggèrent que ces dernières ne peuvent être réduites à la même acception.

22. La preuve de la force majeure. Le débiteur d'une obligation de résultat, dont la responsabilité est engagée par l'effet de la présomption, peut établir la force

109. La force majeure présente un indéniable intérêt lorsque l'origine du dommage, laquelle ne peut être imputable au débiteur, parvient à être épinglée.

110. Dans les obligations de moyens, la force majeure constitue un outil efficace afin d'établir que le créancier n'administre pas la preuve que le débiteur a commis une faute. Voy. J.D.A. DEN TONKELAAR, *op. cit.*, 1982, pp. 50 et 51; W. RAUWS, *op. cit.*, 1987, p. 626: "kan in de praktijk ook de schuldenaar van een inspanningsverbintenis die *minder inspanningen levert dan de goede huisvader*, zich toch op overmacht beroepen om zijn wanprestatie te rechtvaardigen. *Slaagt hij daarin, dan is terzelfder tijd aangetoond dat de crediteur gefaald heeft in de bewijslevering van een foutieve wanprestatie*" (nous soulignons). La précision que "le débiteur a fourni moins d'efforts que ce qu'aurait fait le bon père de famille" n'est-elle pas de nature à accréditer l'idée que la force majeure ne peut jouer uniquement ou totalement sur le plan de la faute?

111. Il est essentiel de saisir cette nuance car la faute dans l'exécution de l'obligation est présumée dans le cadre des obligations de résultat (voy. n 21). Cet élément nous semble de nature à corroborer la thèse selon laquelle la force majeure doit être appréhendée sous l'angle de la causalité.

112. B. DUBUISSON, "Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle", *La théorie générale des obligations*, sous la direction de P. Wéry, coll. CUP, Liège, 1998, p. 104, n 11: "Le débiteur est dès lors présumé responsable, la présomption portant à la fois sur la faute et sur le lien causal".

Contra: P. WERY, *op. cit.*, 2011, p. 524, n 548: "De cette obligation de résultat ... se dégage une présomption de faute à charge du débiteur". Cons. pour la controverse (en France): G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 3e éd., Paris, L.G.D.J., 2006, pp. 218 et 219.

113. "Si la chose se détériore par le seul effet de l'usage pour lequel elle a été empruntée, et sans aucune faute de la part de l'emprunteur, il n'est pas tenu de la détérioration".

114. Le preneur "répond des dégradations ou des pertes qui arrivent pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute". Il est également responsable des pertes et dégradations qui sont le fait des personnes de sa maison ou de ses sous-locataires (C. civ., art. 1735).

115. "Le dépositaire n'est tenu de rendre la chose déposée que dans l'état où elle se trouve au moment de la restitution. Les détériorations qui ne sont pas survenues par son fait son à la charge du déposant".

116. "Dans le cas où l'ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie, si la chose vient à périr, l'ouvrier n'est tenu que de sa faute". A titre d'exemples, mentionnons le cas des vêtements portés chez le teinturier, du dresseur qui se voit confier un cheval, du garagiste chargé de réparer un véhicule.

117. F. GLANSDORFF, "Les obligations de restitution", *Questions spéciales en droit des contrats*, sous la direction de J.-Fr. Germain, Bruxelles, Larcier, p. 74 à 88; B. DUBUISSON, *op. cit.*, *La théorie générale des obligations, l.c.*, p. 116, n 24.

118. G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, 2006, p. 519, n 534-1.

majeure de deux manières. D'une part, il établit positivement l'existence d'une cause étrangère et démontre qu'il n'a pas commis de faute dans la genèse ou dans la gestion des conséquences de l'événement. D'autre part, il se défend de manière indirecte en prouvant qu'aucune faute ne peut lui être reprochée. La doctrine apparaît confuse lorsqu'il s'agit de savoir si le débiteur peut, pour s'exonérer, se borner à prouver l'absence de faute.¹¹⁹ Cette seconde voie n'est, selon nous, acceptable que si elle dénote, d'une manière ou d'une autre, une neutralisation du lien causal entre le comportement du débiteur et le dommage (fruit de l'inexécution du résultat promis). A défaut, il n'est pas véritablement question de force majeure car la présomption de responsabilité n'est pas adéquatement renversée.

23. Partition en fonction de l'origine – déterminée ou inconnue – de l'inexécution. Il y a lieu, comme l'indiquait déjà M. CLAVIE dans une excellente contribution publiée en 2002, d'opposer, au sein des obligations de résultat, celles où la cause à l'origine de l'inexécution est connue et celles où elle ne l'est pas.¹²⁰ Dans l'hypothèse où la cause qui fait obstacle à l'exécution de l'obligation est déterminée (vol, incendie dont on épingle l'origine), il incombe au débiteur de démontrer qu'il n'a commis aucune faute participant à l'émergence dudit événement invoqué comme exonératoire. Ainsi le garagiste, qui est dans l'impossibilité, suite à un vol, de restituer le véhicule qui lui a été confié, doit prouver qu'il a pris toutes les précautions raisonnables pour éviter un tel incident (installation d'un système d'alarme, surveillance adéquate, placement de grilles ou de verrous) et qu'il n'a commis, en d'autres termes, aucune imprudence pouvant être à l'origine du vol (clés sur le tableau de bord, portes ouvertes). Il a été jugé que ne pouvait se prévaloir de la force majeure le garagiste victime d'un vol dès lors que les auteurs de celui-ci ont pu pénétrer librement dans le *show-room* non gardé et menant à l'atelier où

se trouvait le véhicule dont les clés étaient restées sur le contact.^{121 122}

En revanche, lorsque la cause de l'inexécution demeure inconnue (incendie ou explosion dont l'origine n'est pas identifiée), le débiteur ne peut se limiter à la démonstration d'une conduite prudente et diligente car il subsiste toujours un doute sur l'absence de faute¹²³: la preuve d'une attitude diligente serait impuissante à renverser la présomption de faute *et* de lien causal (si l'on adhère à l'opinion selon laquelle l'obligation de résultat entraîne une présomption de responsabilité).¹²⁴

Quand la cause de la destruction est déterminée, le lien causal entre le comportement du débiteur et le dommage est rompu si le débiteur parvient à établir que l'événement invoqué ne lui est en rien imputable et qu'il a pris toutes les mesures raisonnables qui s'imposent pour l'enrayer. La preuve de l'absence de faute quant à l'événement épingle fonde l'exonération. Il ne s'agit, somme toute, que d'une application classique de la force majeure. Prenons l'hypothèse d'un incendie perpétré intentionnellement par un tiers (l'origine est donc connue). Imaginons que le locataire – débiteur de l'obligation de restitution en fin de bail – ait commis une négligence en laissant une fenêtre ouverte ou une porte non verrouillée. Si le juge conclut, avec certitude, que l'incendie, et *a fortiori* le dommage, se seraient tout de même produits en l'absence de cette faute, il pourra libérer le contractant mis en cause.¹²⁵

A l'inverse, lorsque la cause qui fait obstacle à l'exécution de l'obligation est inconnue, il n'est théoriquement possible, pour le débiteur, de supprimer le lien causal entre sa conduite et le dommage qu'à charge de démontrer que toute faute, dans son chef, est exclue, en sorte que le préjudice ne peut résulter *que* d'une cause étrangère. Pour reprendre l'illustration de X. THUNIS¹²⁶, supposons qu'un dresseur se voit confier un cheval pour l'entraîner à la compétition. L'animal est victime d'une déchirure musculaire. Peut-on ad-

119. Cf. X. THUNIS, "Théorie générale de la faute. vol. 2: la faute comme acte contraire au droit (violation d'une norme contractuelle)", *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titre 2, Livre 20bis, 2006, p. 46, n 55; compar. B. DUBUISSON, *op. cit.*, *La théorie générale des obligations, I.c.*, p. 104, n 11 et M. CLAVIE, "La charge de la preuve: questions choisies en matière contractuelle", *La preuve*, coll. CUP, Liège, 2002, pp. 28 et s.

120. M. CLAVIE, *ibidem*, pp. 32 et s.

121. Bruxelles (4^e ch.), 6 mars 2012, *J.T.*, 2012, p. 534. Ont retenu la responsabilité du débiteur: Bruxelles, 20 janvier 2009, *R.D.C.*, 2009, p. 898; Liège (14^e ch.), 8 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1352; Comm. Tongres, 4 décembre 2007, *R.A.B.G.*, 2008, p. 619. Voy. Comm. Gand, 20 août 1999, *R.D.C.*, 2002, p. 132. En l'espèce, le vol n'est pas reconnu comme cause exonératoire vu que le terrain n'est protégé que par une grille de 1,20 m et que le véhicule n'est pas fermé. La juridiction confirme l'impératif suivant lequel il ne peut être reproché le moindre faute dans les circonstances qui ont précédé ou accompagné l'événement que la partie invoque à titre de force majeure. Voy. également: Bruxelles (1^e ch.), 20 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1729: "Attendu que le garagiste doit donc prendre toutes les dispositions utiles pour prévenir le vol du véhicule, en manière telle qu'il puisse être conclu que le vol n'a pas été rendu possible par son fait ...; que la première disposition utile pour prévenir le vol de la voiture entreposée au parking extérieur du garage, non surveillé et librement accessible pendant les heures de travail, est de fermer le véhicule à clés, ce qui, *in casu*, n'a pas été le cas; qu'une telle mesure de sécurité peut être raisonnablement attendue du garagiste". *Addé*: Civ. Verviers, 8 septembre 2009, *R.G.D.C.*, 2011, p. 354 et confirmé en appel (Liège (12^e ch.), 19 octobre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 473): Il ne peut être question de force majeure en raison de vol lorsque le vélo se trouvait dans

un local situé en dehors de l'hôtel et fermé au moyen d'un cadenas qui pouvait être forcé de manière simple et sur lequel l'hôtelier n'exerçait aucune surveillance spécifique; des systèmes de fermeture plus dissuasifs pouvaient (et devaient) être mis en œuvre.

122. Ont reconnu la force majeure: Gand (26^e ch.), 16 octobre 2007, *R.G.D.C.*, 2009 et note N et P. Van De Sype; Bruxelles (4^e ch.), 9 septembre 2002, *R.G.A.R.*, 2003, n 13.724: "Attendu qu'il résulte des éléments de l'information répressive que l'intimée a pris toutes les mesures raisonnablement possibles pour éviter d'être la victime des voleurs et qu'elle n'a commis aucune faute" (décision rendue sur base de l'article 1789 du Code civil). Pour d'autres illustrations, voy. F. GLANSDORFF, *op. cit.*, *Questions spéciales en droit des contrats, I.c.*, p. 79, n 8.

123. B. DUBUISSON, *op. cit.*, *La théorie générale des obligations, I.c.*, p. 116, n 24: "Si l'origine de la perte ou de la détérioration reste inconnue (incendie, explosion...), l'absence de faute n'est pas pour autant démontrée. Le débiteur en supportera la charge".

124. Cf. A. TUNC, *op. cit.*, *RTD civ.*, 1945, p. 242, n 7: "l'ignorance de la cause d'inexécution empêche au moins le débiteur de faire tomber la présomption de responsabilité qui pèse sur lui".

125. Voy. en ce sens: Mons (2^e ch.), 27 mars 2012, *Bull. ass.*, 2012, p. 508. Pour se libérer de leur responsabilité, les locataires doivent établir "la cause étrangère qui ne peut leur être imputée". En outre, il leur appartient de démontrer "qu'ils n'ont pas commis de faute en lien causal avec l'incendie litigieux de telle sorte que la faute d'un tiers est bien la seule qui est exclusivement à l'origine du sinistre".

126. X. THUNIS, *op. cit.*, *Responsabilités. Traité théorique et pratique, I.c.*, Titre 2, Livre 20bis, p. 49, n 58.

mettre que le dresseur, qui est incapable de rendre compte des circonstances précises de l'accident, s'exonère en établissant qu'il n'est pas fautif (le box est bien conçu, le cheval est correctement traité et ne doit pas exécuter des tâches excessives)? Répondre par l'affirmative reviendrait à accorder au débiteur une charge probatoire plus légère que si on l'exhorte à démontrer positivement la cause étrangère. Dans la rigueur des principes, il conviendrait d'exiger du débiteur la preuve de l'impossibilité de commettre une faute dans les circonstances concrètes. L'on conçoit, toutefois, qu'un tel fardeau probatoire ne saurait, en définitive, être surmonté qu'en produisant (positivement) la preuve d'un cas fortuit connu qui n'est pas imputable au débiteur.¹²⁷ "Dans ces conditions, l'absence de faute ne se distingue plus guère de la cause étrangère exonératoire".¹²⁸

24. Thèse défendue: nécessité d'une neutralisation du lien causal entre le comportement du débiteur et le préjudice inhérent à l'inexécution de l'obligation.

Lorsqu'une inconnue subsiste quant à l'origine du dommage, doit-on considérer que le débiteur d'une obligation déterminée n'est pas en mesure d'éluider sa responsabilité par la preuve d'une conduite prudente et vigilante?¹²⁹ M. CLAVIE s'oppose à "cette idée très largement répandue".¹³⁰ L'on ne peut inférer du fait que la cause de l'inexécution est inconnue (et qu'il existe, dès lors, un doute sur l'absence de faute) que celle-ci est imputable au débiteur, sous peine de "transformer l'obligation de résultat en obligation de garantie".¹³¹

A notre sens, il est indispensable que le débiteur établisse que le dommage n'a pas pu être provoqué par sa faute. Il n'est, toutefois, pas interdit de faire preuve de souplesse quant à l'administration de cette preuve. Ainsi, l'exonération peut être acquise dès lors que le débiteur parvient à établir, avec un haut degré de vraisemblance de nature à convaincre le juge, qu'au vu de la conduite – en tout point prudente et diligente – qu'il a adoptée, il résulte des circonstances de la cause que la possibilité de toute faute est exclue.¹³²

Tel est l'enseignement qu'il convient, selon nous, de tirer de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 janvier 1995.¹³³ En l'espèce, un voyageur réclamait une indemnisation pour les blessures qu'il prétendait avoir subies en tombant entre le train et le quai, alors que le

convoi était à l'arrêt. Le transporteur affirmait, pour sa part, que la victime s'était blessée en sautant du train alors que celui-ci était toujours en mouvement. Le voyageur se pourvoit contre la décision qui a libéré la partie adverse de sa responsabilité; il allègue que le débiteur, tenu à un résultat, ne pouvait s'exonérer que par la preuve d'une cause étrangère qui ne lui est pas imputable. La Haute juridiction valide toutefois l'arrêt attaqué en disant pour droit "qu'il est de principe qu'à l'égard du débiteur, la preuve du cas fortuit de nature à l'exonérer, peut résulter indirectement d'un ensemble de circonstances *excluant la possibilité de toute faute* de sa part". Dès lors, les juges du fond qui, en se fondant sur un "ensemble d'éléments convergents", ont rejeté la responsabilité de la société de chemin de fer, justifient légalement leur décision.¹³⁴ M. CLAVIE exprime la même idée: "la jurisprudence exige que le débiteur prouve, concrètement, qu'il a été dans l'impossibilité absolue de commettre une faute, parce que précisément il a respecté parfaitement ses obligations, même si cette preuve peut être faite de manière inductive".¹³⁵ Il est intéressant de relever que, dans l'arrêt du 5 janvier 1995, la Cour suprême appréhende l'obligation de résultat comme une "présomption de responsabilité". L'expression nous paraît appropriée dans la mesure où, en requérant la preuve que toute possibilité de faute est exclue, la Cour tient compte de la présomption du lien causal à charge du transporteur.¹³⁶

25. Illustrations concrètes. Les juges du fond accueillent la preuve indirecte de la force majeure: le débiteur doit démontrer, par élimination des facteurs possibles, que le dommage ou l'événement dommageable (par exemple, un incendie) ne peut qu'être produit d'une cause étrangère qui ne lui est pas imputable. Il existe une abondante jurisprudence en ce qui concerne la responsabilité du locataire qui n'est pas en mesure de restituer le bien loué en raison d'un incendie (art. 1733 du Code civil). Dans un arrêt du 3 mai 2012¹³⁷, la Cour d'appel de Mons déclare: "Quant à la preuve, le preneur tenu de restituer le bien, peut bien entendu rapporter la preuve positive de l'absence de faute ou de négligence de sa part en démontrant directement la cause étrangère. La Cour de cassation a également admis par le passé qu'il peut apporter la preuve négative de l'absence de faute. C'est-à-dire que l'on

127. A. TUNC, *op. cit.*, *RTD civ.*, 1945, p. 242, n 8: "la preuve de la force majeure apparaît ainsi comme le seul canal qui puisse conduire à une preuve complète de l'absence de faute".
 128. B. DUBUISSON, *op. cit.*, *La théorie générale des obligations, l.c.*, p. 116, n 24.
 129. A. TUNC, *op. cit.*, *RTD civ.*, 1945, pp. 240 à 243.
 130. M. CLAVIE, *op. cit.*, *La preuve, l.c.*, p. 35, n 12.
 131. M. CLAVIE, *ibidem*, pp. 35 et 36.
 132. Cf. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. IV, *Les principaux contrats (1^{ère} partie)*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 695, n 670: "Il ne suffit pas que le débiteur démontre d'une manière générale, lorsque la cause de la dégradation est inconnue ou non suffisamment déterminée, qu'il s'est comporté avec toute la prudence voulue et que, partant, il n'a pas commis de faute. Une telle preuve ne serait pas libératoire, précisément parce qu'il peut subsister un doute sur l'absence de faute *in concreto*. Il faut la preuve positive de la cause étrangère, ou tout au moins – car la preuve inductive n'est pas radicalement à proscrire ... qu'il résulte des éléments produits que la possibilité même de toute faute soit complètement exclue".

133. Cass. (1^{er} ch.), 5 janvier 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 17.
 134. Voy. également: Cass. (1^{er} ch.), 9 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 18: "... Il faut, mais il suffit, que le transporteur se trouve dans l'impossibilité de préserver les marchandises transportées contre les suites dommageables de ces événements; Attendu que cette impossibilité peut apparaître indirectement d'un ensemble de circonstances qui *exclut toute possibilité de faute* dans le chef du transporteur" (nous soulignons).
 135. M. CLAVIE, *op. cit.*, *La preuve, l.c.*, p. 30, n 11. Voy. Bruxelles (21^e ch.), 30 avril 2010, *J.T.*, 2011, p. 145: "La preuve de la cause étrangère ne doit pas nécessairement être établie de manière directe. Elle peut être rapportée de manière inductive, par un ensemble de circonstances *excluant la possibilité de toute faute* de la part du débiteur" (nous soulignons).
 136. *Contra*: X. THUNIS, *op. cit.*, *Responsabilités. Traité théorique et pratique, l.c.*, Titre 2, Livre 20bis, p. 49, n 59.
 137. Mons (20^e ch.), 3 mai 2012, *Bull. ass.*, 2012, p. 511.

peut induire d'un ensemble de présomptions graves précises et concordantes que le sinistre résulte d'une faute étrangère au locataire".¹³⁸

L'on trouve des décisions se prononçant dans le même sens en matière de contrat d'entreprise¹³⁹, de prêt à usage (commodat)¹⁴⁰, ou encore de contrat de dépôt.¹⁴¹ L'exonération par voie négative ou indirecte est bien établie en son principe. Force est de constater, toutefois, que les juridictions de fond ne sont pas enclines à l'admettre concrètement: la plupart¹⁴² des décisions citées n'ont pas libéré le débiteur.

26. Synthèse. L'absence de faute et la force majeure constituent, *dans une certaine mesure*, deux concepts équivalents; seul varie le degré d'intensité de la preuve d'un comportement raisonnable et prudent afin de cristalliser l'absence de faute constitutive de la force majeure. Lorsque la cause de l'inexécution est connue, le débiteur, tenu à un résultat, peut se contenter de démontrer qu'il est exempt de toute *faute en rapport avec l'événement* prétendument exonératoire.¹⁴³ En revanche, si la raison pour laquelle le résultat n'est pas atteint n'est pas déterminée, la preuve d'un comportement diligent – non fautif – s'impose avec une acuité particulière puisqu'il s'agit de convaincre le juge, par un faisceau de présomptions sérieuses, précises et concordantes, que toute possibilité de faute est exclue, si bien que le dommage (résultant de l'inexécution du résultat promis) ne peut *qu'être* attribué à une cause étrangère.

En somme, établir un comportement prudent et diligent, démontrer l'absence de faute et prouver la force majeure constituent les trois temps qui rythment graduellement – par ordre de difficulté – la valse de l'exonération.¹⁴⁴ Ces trois temps peuvent être réconciliés voire, dans un certain sens, unifiés, pourvu que l'on place la notion de force majeure sur le terrain de la causalité.

Conclusion

27. Unification des conceptions de la force majeure.

Au terme de cette étude, il nous semble permis de conclure que les deux conceptions de la cause étrangère, à savoir l'impossibilité d'exécution non imputable (*'de ontoerekenbare onmogelijkheid'*) et la théorie de l'absence de faute (*'schuldleer'*), ne sont pas si éloignées l'une de l'autre. Par ailleurs, les écrits des auteurs traditionnellement identifiés comme les représentants d'un courant plus subjectif, portent, à nos yeux, les traces du schéma classique (objectif): J.F. HOUWING s'inscrit dans la dimension d'imputabilité qui forme le véritable filtre actuel en droit hollandais.¹⁴⁵ Quant à A. TUNC et J. HEENEN, loin d'ignorer la condition d'impossibilité, ils lui ont conféré une place de choix.¹⁴⁶

28. Force majeure ou l'absence de lien causal. L'absence de la cause étrangère consiste, à notre estime, en l'effacement du lien causal entre le comportement du débiteur et le dommage. C'est par la neutralisation de cette condition de la responsabilité que peuvent être réunis ce que nous avons nommé les 'trois temps de la valse de l'exonération': afficher une conduite diligente, démontrer l'absence de faute et prouver la force majeure.

Sur la base de ces présupposés, il ne nous paraît pas inconcevable d'admettre l'exonération, nonobstant un éventuel défaut de prévoyance du débiteur, à condition de montrer, lorsque la cause de l'inexécution est connue, que cet événement n'est pas imputable – dû – à ladite négligence. Lorsqu'il subsiste un doute sur la cause de l'inexécution, il faut se résoudre à établir, le cas échéant par voie de présomptions, que toute possibilité de faute est exclue. En effet, sans la preuve d'une attitude irréprochable, la rupture du lien de cause à effet sera difficilement reconnue.

29. Balises pour un éventuel élargissement de l'impossibilité d'exécution. Il convient de revenir sur l'une des deux hypothèses de la force majeure pointées par A. TUNC, celle de la "force de l'obligation

138. Voy. aussi Bruxelles (5^e ch.), 27 février 2009, *Bull. ass.*, 2009, p. 425: "Integendeel rust op de huurder de bewijslast ..., hetzij op positieve wijze het bestaan van een voor hem bevrijdende vreemde oorzaak van de brand aan te tonen ..., hetzij op negatieve (inductieve) wijze aannemelijk te maken dat, alle omstandigheden in acht genomen, de brand onmogelijk kan zijn ontstaan door zijn schuld, of door toedoen van zijn huisgenoten of onderhuurders voor wie hij op grond van artikel 1735 BW eveneens ten aanzien van de verhuurder moet instaan" (nous soulignons). *Adde*: Mons (2^e ch.), 19 février 2001, *R.G.A.R.*, 2002, n 13.571; Civ. Bruges, 16 février 2001, *R.G.D.C.*, 2001, p. 463; J.P. Westerlo, 25 juin 1999, *R.G.D.C.*, 2001, p. 182; J.P. Torhout, 16 mars 1999, *R.G.D.C.*, 2001, p. 464.

139. Voy. Liège, 6 mars 2008, *R.G.D.C.*, 2011, p. 453, note E. Lousberg (à propos d'un incendie qui a détruit l'immeuble 'clé sur porte' qu'un entrepreneur (l'appelante) s'était engagé à bâtir): "Le seul fait que l'incendie soit criminel n'exonère pas *ipso facto* l'appelante de sa responsabilité. Rien ici ne permet d'écarter, de manière certaine, même par des présomptions graves, précises et concordantes et sans aucun doute possible, que l'incendie est totalement étranger au fait ou à la faute de l'appelante dès l'instant notamment où il a été rappelé que cette dernière avait mis à la disposition de tous ses sous-traitants des clés de l'immeuble en construction et qu'il ne peut être exclu que c'est grâce à une de ces clés que l'auteur a pénétré dans les lieux". Voy. aussi Liège, 17 novembre 1992, *R.R.D.*, 1993, p. 249.

140. Mons (7^e ch.), 23 avril 1993, *Pas.*, 1992, II, p. 184. En l'espèce, il a été jugé que l'emprunteur ne rapporte pas la preuve que "l'intervention de la cause étrangère s'est réalisée d'une manière telle que toute faute est exclue dans les événements qui l'ont précédée, préparée ou accompagnée".

141. Comm. Courtrai, 11 juin 2007, AR 2413/ 06, www.juridat.be: le dépositaire est libéré (en cas d'incendie) lorsqu'il démontre "dat hij alle voorzorgmaatregelen inzake brandveiligheid heeft genomen, zodat hem onmogelijk een fout kan worden toegerekend".

142. Les décisions référencées aux notes 138 à 141 ont, toutes, retenu la responsabilité du débiteur. L'arrêt de la Cour d'appel de Mons du 3 mai 2012 a ordonné une expertise en vue de faire la lumière sur certains éléments techniques du dossier. Notons toutefois qu'en première instance, la juridiction avait considéré "qu'il existait un faisceau de présomptions suffisamment sérieuses et univoques pour exclure avec le degré de certitude requis, tout fait fautif" du débiteur.

143. Nous soulignons.

144. B. DUBUISSON, *op. cit.*, *La théorie générale des obligations*, I.c., p. 106, n 14.

145. *Cf. supra* n 11.

146. *Cf. supra* n 15 et 16

dans le temps”.¹⁴⁷ Cette problématique, que nous désignerions volontiers par l’expression “*force obligatoire de l’obligation*” concerne la question de savoir si les engagements contractuels sont maintenus ou s’ils s’éteignent. A cet égard, A. TUNC précise qu’il est indispensable de constater l’impossibilité (absolue) d’exécution. Cette condition doit, selon certains auteurs, être lue à la lumière du concept de faute, à telle enseigne qu’elle correspond à la limite de la diligence due par le débiteur; elle est fonction de l’étendue de l’engagement de ce dernier.¹⁴⁸ Par conséquent, il y a lieu de se référer aux attentes légitimes ou raisonnables du créancier.¹⁴⁹ Ce n’est d’ailleurs pas par hasard que nous avons préconisé, ci-dessus, la formule “*force obligatoire de l’obligation*”. Une partie de la doctrine soutient, en effet, que c’est “la confiance légitime du créancier qui fonde le caractère obligatoire de l’engagement du débiteur”.¹⁵⁰ Vue sous cet angle, la force majeure viserait “la difficulté d’exécution dont le créancier ne pouvait raisonnablement espérer la prise en charge par le débiteur”.¹⁵¹ Ainsi, il n’est guère admissible d’imposer au bailleur de reconstruire un bâtiment, qui vient d’être ravagé par un tremblement de terre, aux fins d’honorer son obligation de garantir au locataire la jouissance du bien loué.

Prenons l’illustration d’un vol annulé en raison de la grève des contrôleurs aériens qui frappe onze pays de l’espace européen (dont ceux concernés par le vol en question). Est-il raisonnable d’attendre d’une compagnie aérienne qu’elle assure le transport de ses clients alors qu’elle ne dispose pas des services précieux normalement assumés par les grévistes? Dans une décision du 30 avril 2010, la Cour d’appel de Bruxelles a considéré que la grève et ses répercussions rendaient ‘raisonnablement impossible’ l’exécution de l’obligation de la société Iberia.¹⁵² Une lecture de la situation à la lumière du principe de proportionnalité n’aurait-elle pas abouti à la même conclusion? La juridiction a, sans doute, été sensible aux sacrifices démesurés que la compagnie aurait dû consentir pour faire décoller l’avion, et ce sans le concours des contrôleurs aériens, c’est-à-dire dans un contexte qui perturbe l’organisation des compagnies aériennes et qui est de nature à engendrer des retards ou des annulations. Sans oublier qu’effectuer l’opération promise, dans les

circonstances décrites, porte potentiellement atteinte aux devoirs “en matière de temps de vol et de repos du personnel naviguant” qui pèsent, en l’espèce, sur le débiteur. L’élargissement de la notion d’impossibilité à des situations révélatrices d’un effort disproportionné ... Telle est l’opinion qui semble également défendue par J.-Fr. GERMAIN et Y. NINANE.¹⁵³

On mesure tout de même le pas que l’on est amené à franchir: la condition d’impossibilité, puisée, initialement, dans ‘la nature des choses’¹⁵⁴, engloberait la situation où l’exécution de l’obligation est devenue totalement inutile, inefficace et injuste...¹⁵⁵

Faut-il redouter pour autant la déformation des concepts, ou encore la confusion entre la force majeure et le ‘bouleversement de l’économie contractuelle’? Nous ne le pensons pas. Tout d’abord, l’imprévision servirait essentiellement, si elle n’était pas – en principe¹⁵⁶ – rejetée par notre système juridique, à postuler une adaptation ou une modification du contrat. La dissolution de la convention n’apparaît que comme un *ultimum remedium* qui s’impose lorsque toutes les étapes prévues en amont (négociation, etc.) ont échoué. Or, dans la lecture de la force majeure que nous proposons, il n’est plus du tout pertinent d’essayer de sauver le lien contractuel, dans la mesure où ce dernier se révèle totalement inapte à réaliser l’opération économique qu’il sous-tend. En outre, au lieu de refouler un assouplissement diffus¹⁵⁷, il est préférable de l’assumer pour mieux le canaliser.

Pourrait-on, par ailleurs, nous reprocher de dénaturer la force majeure en faisant glisser sous la notion d’impossibilité une situation qui relèverait davantage de l’état de nécessité? Nous n’avons nullement l’intention d’assimiler les faits justificatifs à la force majeure. Ces notions jouent des rôles différents: les premiers ôtent à un acte son caractère fautif; la seconde neutralise le lien causal.¹⁵⁸

L’on nous objectera ensuite que l’état de nécessité implique que le débiteur, confronté à une alternative inéluctable (ce qui n’est pas le cas de la force majeure), n’ait raisonnablement pas eu le choix d’agir autrement qu’il l’a fait.¹⁵⁹ On ne peut, cependant, pas s’empêcher de pointer certains rapprochements entre les faits justificatifs et la force majeure: l’ordre de la loi ou de l’autorité ne donne-t-il d’ailleurs pas lieu à une im-

147. A. TUNC distinguait cette question de celle consistant à se demander si le débiteur est exonéré de sa responsabilité en raison de faits passés” (voy. *supra*, n 15).

148. Voy. J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, *La force majeure. Etat des lieux, l.c.*, pp. 16 et s.; P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, *op. cit.*, *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire... l.c.*, p. 251. A notre sens, il s’agit d’une interprétation (extensive) de la pensée d’A. TUNC. Ce dernier n’admettait l’équipollence entre force majeure et absence de faute que lorsque se posait la question de l’exonération de la responsabilité en raison de faits passés (et non dans l’hypothèse en cause). Nous avons, toutefois, exprimé certaines réserves quant à la vision dichotomique de l’auteur (voy. *supra*, n 17).

149. Ph. STOFFEL-MUNCK, “Le particularisme de la force majeure en matière contractuelle”, *Revue des contrats*, 2003/1, p. 59.

150. M. COIPEL, *op. cit.*, 1999, p. 27, n 36.

151. Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, *Revue des contrats*, 2003, p. 59.

152. Bruxelles (21^e ch.), 30 avril 2010, *J.T.*, 2011, p. 145.

153. *Cf. supra*, n 18.

154. Pour emprunter une expression figurant dans le titre de la thèse de P.A.

FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d’un élément essentiel à leur formation. De la nature des choses à l’équité, de l’impossibilité au principe d’exécution de bonne foi*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

155. A nouveau, cette formulation fait – à dessein – figure de clin d’œil au fondement de la force obligatoire des obligations conventionnelles – le juste et l’utile – formalisé par J. GHESTIN (*Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 203, n 226).

156. Voy. Cass. (1^{er} ch.), 20 avril 2006, *Pas.*, 2006, p. 884; compar.: Cass. (1^{er} ch.), 19 juin 2009, *D.A./O.R.*, 2010, p. 149, note D. Philippe; Cass. (1^{er} ch.), 12 avril 2013, C.12.0483.N (cette décision confirme l’arrêt du 19 juin 2009, précité).

157. Voy. Gand, 2 avril 2012, *N.J.W.*, 2013, p. 32 et note C. LEBON, “Erkenning imprevisie via ruime interpretatie van overmacht?”.

158. Voy. P. WÉRY, *op. cit.*, *R.R.D.*, 1987, p. 121, n 23. Cette distinction, bien établie, nous paraît concerner essentiellement la question de l’exonération de la responsabilité du débiteur (en raison de faits passés). Néanmoins, se pose-t-elle avec autant d’acuité lorsque l’on s’interroge sur le maintien des obligations en cause et, partant, sur l’extinction du contrat?

159. Voy. O. CUYLITS, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2013, pp. 70 et s.

possibilité juridique? La contrainte n'est-elle pas comparée à l'impossibilité morale?¹⁶⁰ Il nous paraît pertinent de considérer comme impossible l'exécution qui requiert des efforts excédant manifestement ce que le créancier peut raisonnablement attendre du débiteur. Cette situation pourrait être, dans une certaine mesure, apparentée à l'état de nécessité. Sans doute faudrait-il ajouter que, dans une telle hypothèse – aux confins des deux concepts –, le résultat de la balance des intérêts doit s'imposer par la force de l'évidence¹⁶¹ (d'où la présence du terme 'manifestement' dans notre conception de l'impossibilité). Ce type de situations ne viserait (et ne devrait couvrir), en définitive, que la partie émergée de l'iceberg (de l'état de

nécessité). L'on y retrouverait, notamment, les cas où le débiteur est contraint de s'exécuter à perte, lorsque le contrat est devenue 'économiquement stérile'. Il n'est, en effet, raisonnablement pas possible de résoudre autrement l'alternative: respecter, à tout prix, la convention ou méconnaître les termes de celle-ci. L'élargissement de l'impossibilité d'exécution a déjà été entamé depuis longtemps (dès la reconnaissance des impossibilités juridique et morale, etc.). Il ne s'agirait, en somme, que de poursuivre ce mouvement, de manière cohérente et dans les limites définies plus haut: voilà une évolution que l'on peut, à notre estime, raisonnablement et légitimement attendre de notre système juridique.

160. *Voy. supra*, n 7.

161. Or, c'est loin d'être toujours le cas pour l'état de nécessité. A raison, certains auteurs appellent, de leur vœux, une étude approfondie de ce fait justificatif pour poser les balises permettant d'opérer la balance des valeurs soit

sacrifiées, soit protégées (E. FELTEN, "Force majeure, imprévision et état de nécessité en droit commercial. Des justifications à la violation de la loi ou du contrat", *La force majeure. Etat des lieux, l.c.*, 2013, p. 100, n 27).