

La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles

Jean-François GERMAIN

Yannick NINANE

Avocats au barreau de Bruxelles

Assistants à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Jean VAN ZUYLEN

Chercheur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Introduction

1. Propos introductifs. La présente contribution porte sur la notion de force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles. Notre rapport n'a pas vocation à se consacrer à l'étude des législations particulières¹ ou des régimes spécifiques, qui ont recours à des notions comparables (telles les circonstances extraordinaires en matière de transport) et qui en définissent les contours et les effets qui leur sont propres².

La force majeure constitue une cause exonératoire de responsabilité. En outre, elle délie le débiteur de l'engagement dont elle contrarie – provisoirement ou définitivement, partiellement ou totalement – l'exécution.

La force majeure, perçue communément par l'adage « à l'impossible, nul n'est tenu », se distingue de l'imprévision qui n'a, en principe, pas droit de cité dans notre ordre juridique. Si les deux concepts semblent, à première vue, faciles à appréhender dans le langage usuel – la force majeure rend l'exécution « impossible » tandis que l'imprévision rend l'exécution « plus difficile » – leur application en droit s'avère nettement plus délicate.

¹ Voy., par exemple, la loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaires de voyages, *M.B.*, 1^{er} avril 1994.

² Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (*M.B.*, 1^{er} juillet 1997); Principes Unidroit (article 8.108), Convention de Montréal du 28 mai 1999 et Règlement CE 261/2004 du 11 février 2004 en matière de transport aérien.

La force majeure soulève à elle seule beaucoup de questions : le cas fortuit doit-il réellement être imprévisible ? *Quid* s'il est en réalité annoncé mais s'il est impossible d'y résister ? L'impossibilité doit-elle être absolue ? *Quid* si l'on peut la surmonter mais en consentant un effort ruineux ? *Quid* si l'impossibilité est réelle mais résulte également de la négligence d'un débiteur mal équipé pour y faire face ? Quel est l'effet sur le contrat d'une force majeure purement temporaire ?

Il est insécurisant de vouloir répondre à ces questions par une étude au cas par cas de la jurisprudence. Les décisions en la matière sont virtuellement aussi infinies et variées que les aléas qui peuvent survenir au cours de l'exécution du contrat. C'est la raison pour laquelle une correcte appréhension des concepts de force majeure et d'imprévision doit permettre une meilleure lecture des situations de fait qui peuvent se présenter. Nous tenterons ainsi notamment de dégager un critère objectif permettant de distinguer l'impossibilité d'exécution, propre à la force majeure, de la rupture de l'équilibre contractuel relevant de l'imprévision.

2. Plan de l'exposé. L'étude est structurée en deux parties. D'importants développements seront, tout d'abord, consacrés à la notion de force majeure (**section 1**). Nous examinerons (plus brièvement), ensuite, la théorie de l'imprévision (**section 2**).

Section 1

La force majeure

Sous-section 1

Notion

3. Précision terminologique. L'événement qui permet au débiteur d'échapper à sa responsabilité contractuelle est envisagé par le Code civil sous des appellations diverses. Il est question notamment de « cas fortuit », de « cause étrangère » ou encore de « force majeure »³.

Cette imprécision sémantique a fait l'objet de nombreux débats doctrinaux⁴ aux termes desquels un consensus semble aujourd'hui se dégager autour de l'acception du cas fortuit et de la force majeure comme des synonymes,

³ Voy. notamment les articles 1147, 1148 et 1348 du Code civil.

⁴ Sur ce sujet, voy. P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, La Chartre, 2004, pp. 241 et s. et réf. citées.

eux-mêmes variantes d'un ensemble plus large que constitue la cause étrangère libératoire⁵.

4. Définition. Si l'on opère une synthèse *a minima* des différentes définitions proposées par la doctrine et la jurisprudence, on peut en retenir en substance que la force majeure en matière contractuelle est *un événement survenu postérieurement à la conclusion du contrat et qui a pour effet de rendre impossible l'exécution de son obligation de donner, de faire ou de ne pas faire, indépendamment d'une faute du débiteur dans la genèse, la survenance et les conséquences de l'événement*⁶⁻⁷.

Les différentes caractéristiques de la force majeure classiquement énumérées par les auteurs et la jurisprudence sous des vocables variables (inévitabilité, caractère insurmontable, imprévisibilité, irrésistibilité, etc.) peuvent en principe toujours être appréhendées par cette définition générale. L'événement exempt de faute du débiteur peut ainsi indifféremment viser l'événement dit « imprévisible » (c'est-à-dire dont l'absence de prévision par le débiteur n'est pas constitutif de faute), ou encore l'événement dit « irrésistible » (c'est-à-dire auquel, même s'il était prévisible (une tempête annoncée), le débiteur ne pouvait raisonnablement résister). L'impossibilité d'exécution recouvre quant à elle des notions telles que le caractère insurmontable ou inévitable de l'événement (dans les limites d'une diligence normale⁸).

⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 595, n° 598 et p. 599, n° 600 (comme le souligne DE PAGE, si certains auteurs ont évoqué une différence entre cas fortuit et force majeure fondée sur le caractère respectivement interne ou externe de l'événement, le Code civil a « employé indifféremment les termes de cas fortuit et de force majeure, en telle sorte que les deux expressions doivent, en principe, être considérées comme synonymes », pour conclure que « toutes ces discussions ne semblent être [...] d'aucune utilité pratique. Seule la vraie notion de cause étrangère prime »); dans le même sens, P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et bicentenaire du Code civil*, op. cit., p. 242; P. WÉRY, *Droit des obligations, Volume 1, Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 538 et s.; R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht*, Deel III (derde uitgave bewerkt door A. VERBEKE), Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 70, n° 127; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *Sources des obligations (deuxième partie)*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1382.

⁶ J. HEENEN, « La responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeure », note sur Cass. 13 janvier 1956, R.C.J.B., 1957, p. 92, n° 4; J. LIMPENS, R. KRUIJTHOF, « Les obligations – Examen de jurisprudence (1964-1967) », R.C.J.B., 1969, p. 235; P. VAN OMMESLAGHE, *ibidem*, p. 1381; P. WÉRY, *Droit des obligations, Volume 1, Théorie générale du contrat*, op. cit., 2011, p. 539; H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., n° 599; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Kluwer, 1999, p. 137; A. VAN OEVELEN, « Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht », T.P.R., 2008, p. 608; Cass., 7 mars 2008, R.G. C.930448.N, www.juridat.be, Cass., 9 décembre 1976, Pas., 1977, I, p. 408; Cass., 15 février 1951, Pas., 1951, I, p. 388.

⁷ La notion d'absence de faute fait écho à l'un des deux fondements classiques de la force majeure, qui établit un lien entre la force majeure et le contenu de l'obligation du débiteur (« schuldeer ») par opposition au principe d'impossibilité absolue d'exécution (« ontoerekenbare onmogelijkheid »). Nous reviendrons ultérieurement sur cette distinction et ses implications pratiques.

⁸ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., n° 966.

Sous-section 2

Conditions d'application**A. Survenance postérieure à la naissance du contrat**

5. L'événement doit survenir après la conclusion du contrat. La force majeure en matière contractuelle étant un mécanisme intimement lié à la phase d'exécution du contrat, la circonstance invoquée au titre de force majeure doit nécessairement être intervenue après la naissance de celui-ci⁹.

En d'autres termes, un événement antérieur à la formation du contrat ne pourrait être invoqué en cours de contrat au titre de cause étrangère libératoire.

6. Aspect particulier de l'événement concomitant ou préexistant à la conclusion du contrat – régime de nullité. Si le débiteur peut établir que la prestation promise était impossible à réaliser à l'époque de la conclusion du contrat, rien ne lui interdit alors d'invoquer la nullité du contrat pour impossibilité de réalisation de son objet (la prestation promise étant, comme on le sait, assimilée à l'objet du contrat au sens des articles 1108 et 1126 à 1130 du Code civil¹⁰).

Le Tribunal de commerce d'Hasselt s'est prononcé en ce sens dans une affaire où un bon de commande avait été établi pour une version 16 cylindres d'un véhicule, alors que la marque proposait uniquement une version 12 cylindres. Le vendeur n'ayant pu livrer que cette dernière version, seule existante sur le marché, le client avait agi en résolution de la vente pour non-conformité de la chose livrée. Le tribunal a refusé cette résolution au motif que l'acheteur avait utilisé le véhicule et a considéré que celui-ci aurait du solliciter la nullité du contrat pour impossibilité de réalisation de son objet¹¹.

H. De Page considère que dans une telle hypothèse, la charge de la preuve sera alourdie pour le débiteur, qui devra établir une impossibilité *absolute* d'exécution, par opposition à l'impossibilité relative qui caractérise la force majeure¹². Ceci s'explique probablement, comme le suggèrent P.A. Foriers et Ch. de Leval, par le fait que le débiteur a conclu le contrat en se considérant, et

⁹ Bruxelles, 25 janvier 2000, 91/AR/2778, www.juridat.be; Comm. Hasselt (4^e ch.), 26 janvier 1999, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 1051.

¹⁰ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, 3^e éd., vol. 2, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1994, p. 1985/370; P. VAN OMMESLAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », in *Actualités du droit des obligations* (P.A. FORIERS coord.), UB³, n° 4, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 39-40; P.A. FORIERS, « L'objet », in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles, Paris, Bruylant, Dalloz, 1997, p. 66; « L'objet et la cause du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 1984, p. 129.

¹¹ Comm. Hasselt, 30 juin 1998, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 222.

¹² H. DE PAGE, *Traité*, t. I, 3^e éd., 1962, p. 106, n° 89.

se croyant, capable d'accomplir l'impossible. Il ne pourrait donc se départir de son engagement que si la prestation est objectivement impossible, malgré tous les efforts qu'il pourrait fournir¹³.

B. Absence de faute du débiteur

La force majeure suppose que « toute faute du débiteur soit exclue dans les événements qui l'ont précédée, préparée ou accompagnée »¹⁴.

1) *Fondement de la règle : le lien entre la force majeure et le contenu de l'obligation du débiteur*

a. *Principe*

7. La force majeure comme limite de l'obligation. Dans deux études parues en 1945 et 1946, A. Tunc analyse les liens entre la force majeure et le contenu de l'obligation contractuelle¹⁵.

L'auteur défend l'idée que « 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 ».¹⁶

La force majeure ne serait donc pas une mécanisme qui se définit positivement, mais plutôt par opposition au contenu de l'obligation du débiteur, c'est-à-dire à tout ce qu'il est raisonnablement tenu de faire pour prévoir, résister ou éviter l'événement auquel il se trouve confronté.

8. Référence au contenu de l'obligation dans le Code civil. Au niveau des textes, le Code civil ne fait que partiellement écho à cette approche. L'article 1137 énonce ainsi que « l'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter *tous les soins d'un bon père de famille* »¹⁷. Toutefois, de son côté, l'article 1147 ne contient pas une telle référence au contenu de l'obligation du débiteur (« Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages

¹³ P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et bicentenaire du Code civil*, op. cit., p. 256.

¹⁴ H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., n° 599.

¹⁵ « Force majeure et absence de faute en matière contractuelle », *J.T.*, 1945, p. 235 ; « La force majeure dans ses rapports avec le contenu de l'obligation contractuelle », *J.T.*, 1946, p. 313. Voy. également du même auteur « La qualité de la force majeure », *J.T.*, 1946, p. 398.

¹⁶ *J.T.*, 1946, p. 315 ; comme le soulignent P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, cette approche est également présente dans l'œuvre de POTHIER (op. cit., p. 251, et spéc. note 69).

¹⁷ Ce sont les soussignés qui soulignent.

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.»).

En d'autres termes, les articles 1137 et 1147 du Code civil semblent évoquer tous deux la force majeure, mais sous des angles différents : le premier la détermine par référence au contenu de l'obligation (la force majeure constitue la limite de l'obligation, elle commence là où s'arrête ce que l'on attend d'un bon père de famille) tandis que le second semble ne retenir que le critère de non imputabilité, lequel, s'il s'abstrait du critère du bon père de famille, reviendrait à ne retenir la force majeure que si le débiteur peut établir qu'il lui était absolument impossible d'y faire face (ce qui suppose qu'il ait posé des actes allant nettement au-delà de la diligence normale).

A. Tunc répond à cette problématique en indiquant qu'il faut nécessairement « souder » ces deux textes et non leur attribuer un domaine différent.¹⁸ La force majeure de l'article 1147 du Code civil devrait en ce sens être évaluée au regard du contenu de l'obligation du débiteur comme le prévoit l'article 1137 du Code civil. Pour l'auteur, il s'agit de la seule application possible : dès l'instant où l'établissement d'un catalogue des cas de force majeure *in abstracto* s'avère impossible à réaliser, seule l'analyse fondée sur le contenu de l'obligation doit être retenue¹⁹.

9. Adhésion majoritaire de la doctrine. La thèse du lien entre force majeure et contenu de l'obligation semble emporter aujourd'hui l'adhésion majoritaire de la doctrine²⁰, qui admet que la force majeure peut s'évaluer « par rapport à l'obligation que le débiteur doit concrètement assumer » et donc en définitive à l'aune « du degré de diligence incombant à celui dont la responsabilité est recherchée »²¹.

Cette approche correspond à ce que la doctrine flamande qualifie de « schuldeer » par opposition à la théorie de la « ontoerekenbare onmogelijkheid » ou impossibilité d'exécution non imputable au débiteur²².

¹⁸ A. TUNC, « La force majeure dans ses rapports avec le contenu de l'obligation contractuelle », *J.T.*, 1946, p. 315.

¹⁹ *Ibidem*, p. 316.

²⁰ Voy. not. H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., n° 599; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 1384; P.A. FORTIERS et Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et bicentenaire du Code civil*, *op. cit.*, p. 251; J. HEENEN, « La responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeure », *op. cit.*, pp. 87 à 98; A. VAN OEVELEN, « Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht », *op. cit.*, p. 606.

²¹ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 1384.

²² R. KRUTHOF, « Schuld, risico imprevisie en overmacht bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen – een rechtsvergelijkende benadering », in *Hommage à René Dekkers*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 281 et s.; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, « Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) », *R.W.*, 1992-1993, p. 1249.

10. Jurisprudence de la Cour de cassation. Si la Cour de cassation adopte classiquement une formulation propre à la théorie de l'impossibilité absolue d'exécution (*ontoerekenbare onmogelijkheid*) (la force majeure suppose « un obstacle insurmontable à la poursuite de l'exécution du contrat »²³; « un événement indépendant de la volonté de l'intéressé et que celui-ci n'a pu ni prévoir ni conjurer »²⁴, de nature telle que le débiteur se trouve « dans l'impossibilité » d'exécuter son obligation²⁵), elle ne semble toutefois pas fermer la porte au rapport entre la force majeure et la faute du débiteur (*schuldleer*).

On peut épingler à cet égard les décisions suivantes :

- dans un arrêt du 15 février 1951, la Cour expose que « pour qu'une cause étrangère soit libératoire d'une obligation contractuelle, il faut qu'elle crée un obstacle insurmontable à l'exécution de l'obligation et qu'aucune faute du débiteur ne soit intervenue dans la genèse des circonstances réalisant cet obstacle ; le débiteur est en faute s'il a prévu ou dû prévoir la survenance des événements qui ont constitué la cause étrangère et s'il n'a pas pris les mesures qui s'imposaient pour éviter les conséquences dommageables pour le créancier »²⁶ ;
- dans un arrêt du 9 décembre 1976, la Cour énonce que « la force majeure suppose un obstacle insurmontable à l'exécution des obligations et non imputable à la faute du débiteur »²⁷ ;
- dans un arrêt du 9 septembre 1983, la Cour souligne que l'impossibilité d'exécution peut être indirectement démontrée par un ensemble de circonstances qui exclut toute possibilité de faute dans le chef du débiteur²⁸ ;
- dans un arrêt du 7 mars 2008, la Cour énonce que « le dépositaire est exonéré de sa responsabilité contractuelle lorsqu'il apporte la preuve qu'ensuite d'une cause étrangère il est dans l'impossibilité de restituer la chose et qu'il n'a pas commis de faute dans la garde de celle-ci » (en l'espèce, un véhicule mis en dépôt chez un garagiste avait été volé et la Cour d'appel avait estimé que le garage étant équipé d'un système de protection contre le vol adéquat, aucune faute ne pouvait lui être reprochée)²⁹ ;

²³ Cass., 24 janvier 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 533 ; Cass., 10 novembre 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 286 ; Cass., 8 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 492 ; Cass., 1^{er} juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 38.

²⁴ Cass., 9 octobre 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 153.

²⁵ Cass., 13 avril 1956, *R.C.J.B.*, 1957, p. 85 ; Cass., 5 décembre 1996, *A.J.T.*, 1997-1998, p. 487.

²⁶ Cass., 15 février 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 388.

²⁷ Cass., 9 décembre 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 408.

²⁸ Cass., 9 septembre 1983, *R.W.*, 1983-1984, col. 854.

²⁹ *Pas.*, 2008, I, p. 627.

- de manière encore plus frappante, la Cour décide dans son arrêt du 6 décembre 1985 que « lorsque le débiteur est en demeure d'exécuter son obligation, il ne peut invoquer l'effet libératoire de la force majeure que s'il prouve que le dommage dont il est allégué qu'il est la conséquence de sa faute, se serait aussi réalisé sans cette faute. » La Cour admet donc que la preuve de la force majeure soit rapportée indirectement par la preuve de l'absence de faute dans la survenance du dommage³⁰.

11. Jurisprudence des cours d'appel. Cette jurisprudence trouve écho auprès des juridictions d'appel du pays³¹. Reprenant la définition proposée par P. Van Ommeslaghe, la Cour d'appel de Bruxelles l'a encore confirmé dans un récent arrêt du 27 janvier 2011 en des termes particulièrement clairs : « la force majeure peut être définie comme un événement à caractère insurmontable et, selon certains, imprévisible, indépendant de toute faute du débiteur, qui empêche ce dernier d'exécuter ses obligations ou de se conformer aux normes exclusives de faute, tout en restant dans les limites de la diligence que l'on peut attendre de lui ». ^{32 33}

12. Jurisprudence européenne. Même si les concepts ne sont pas identiques, on relève que la Cour de justice procède à des analyses qui consacrent le lien entre force majeure et contenu de l'obligation. C'est par exemple le cas lorsqu'elle est amenée à se prononcer sur des notions telles que les « circonstances extraordinaires » en matière de transport aérien. Ainsi, dans son arrêt *Wallentin-Hermann*, la Cour considère que le transporteur aérien doit établir qu'il a pris toutes les mesures raisonnables pour prévenir la circonstance qu'il invoque (en l'occurrence une « panne de moteur complexe »). Selon la Cour, le transporteur peut dans ce cadre se contenter de démontrer que même s'il avait pris toutes les mesures raisonnables, la circonstance n'aurait pu être évitée³⁴.

b. Critères d'analyse de la faute

13. *Culpa levis in abstracto*. Les partisans de la *schuldleer* soulignent que la faute visée est la *culpa levis in abstracto*.

³⁰ Cass., R.G. 4788, 6 décembre 1985, www.juridat.be. Pour plus de développements à ce sujet, voy. *infra*, n° 53

³¹ Gand (16^e ch.), 27 février 2004, *T.G.R.*, 2004, p. 197; Mons, 19 février 2001, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.571; Liège, 15 décembre 2003, 1999RG3235, www.juridat.be; Bruxelles, 25 janvier 2000, 91/AR/2778, www.juridat.be.

³² 2004/AR/1114, www.juridat.be.

³³ Dans ce contexte jurisprudentiel, il est étonnant de lire la position du Sénat de Belgique, qui à l'occasion de l'examen d'une proposition de loi destinée à introduire la notion de force majeure pour les organes des sociétés, considère que « la majeure partie de la jurisprudence et de la doctrine souscrit à « la théorie de l'impossibilité non imputable » » (*Doc. parl.*, Sénat, session extraordinaire 9 septembre 2010, 5-74/1).

³⁴ Voy. C.J.C.E., 22 décembre 2008, C-549/07 et obs. S. GOLINVAUX, « Écarts d'interprétation dans l'application du régime de responsabilité des compagnies aériennes vis-à-vis des passagers », *R.E.D.C.*, 2009, pp. 508 et s.

C'est ce qu'a souligné la Cour d'appel d'Anvers dans un arrêt du 26 février 2007 : « [...] l'incident ne peut être imputé au débiteur. Cela implique que le débiteur peut démontrer que l'incident ne relève pas de sa faute (même la plus légère) ou de celle d'une personne pour qui il intervient »³⁵.

Dans cette conception, la force majeure est une notion relative et non absolue : elle se mesure au regard du critère du bon père de famille³⁶, lequel peut bien entendu varier selon le contenu de l'obligation, ou selon la qualité du débiteur (la portée de l'obligation d'un dépositaire occasionnel face à un cambriolage ne sera pas évaluée de la même manière que celle d'un dépositaire professionnel (comme une banque) ; la même circonstance pourra donc être admise au titre de force majeure dans le premier cas et non dans le second)³⁷.

Cette conséquence contraste avec celle qui résulterait d'une application du principe d'impossibilité d'exécution, qui impose au débiteur de faire preuve d'une diligence extraordinaire qui exclut toute possibilité de faute, et qui substitue de la sorte au concept de *culpa levis in abstracto* celui de *culpa levissima*³⁸.

14. Moment de l'appréciation de la faute. Dans une décision du 10 novembre 1976, la Cour de cassation souligne que la force majeure doit s'apprécier au moment de la survenance de l'événement invoqué : « il ne doit pas être tenu compte de circonstances postérieures à la survenance de cet événement, celles-ci étant sans influence sur l'existence de la cause étrangère et sur les conséquences juridiques qu'elle a engendrées »³⁹.

La situation dont la Cour avait à connaître en l'espèce était celle d'un employeur qui invoquait au titre de force majeure libératoire de son obligation d'exécuter les contrats de travail la destruction de son entreprise par un incendie. Un travailleur avait invoqué que la force majeure n'était pas démontrée dès lors que l'employeur avait reçu des indemnités d'assurance qui lui auraient permis de reconstituer l'entreprise et donc d'exécuter les contrats de travail, mais qu'il s'en était abstenu.

Dans un arrêt du 17 décembre 1990, la Cour du travail d'Anvers a adopté une position inverse en considérant que « l'incendie dans un magasin ne rend que temporairement impossible l'exécution du contrat de travail de la vendeuse qui est employée dans le magasin. Étant donné que l'employeur avait

³⁵ R.W., 2010-2011, p. 574.

³⁶ Le débiteur « doit agir avec prudence comme se comporterait tout [débiteur] normalement prudent et raisonnable placé dans les mêmes circonstances de fait » (Liège, 19 décembre 2007, R.G. 2005/RG/950, www.juridat.be).

³⁷ A. TUNC, « La force majeure dans ses rapports avec le contenu de l'obligation contractuelle », *J.T.*, 1946, p. 316.

³⁸ J. LIMPENS, R. KRUIHOF, « Les obligations – Examen de jurisprudence (1964-1967) », *R.C.J.B.*, 1969, pp. 235 et 236.

³⁹ Cass., 10 novembre 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 286.

la possibilité de reconstruire le magasin avec l'indemnité de l'assurance, cet incendie ne peut être considéré comme un cas de force majeure qui entraîne en soi la fin du contrat»⁴⁰.

Le 12 novembre 2008, la Cour du Travail de Bruxelles a adopté quant à elle une position conforme à celle de la Cour de cassation, en décidant qu'«il n'est pas requis que l'obstacle à la continuation du contrat soit insurmontable et définitif: la force majeure ne disparaît donc pas par le seul fait que l'employeur a la possibilité de reconstruire l'entreprise»⁴¹. Cette solution nous semble la seule acceptable. La reconstruction de l'entreprise est en effet une possibilité pour l'employeur et non une obligation découlant du contrat de travail initial. Les obligations *qui découlent de ce contrat de travail* sont donc bien devenues définitivement impossibles à exécuter, de sorte qu'il doit être considéré comme dissout. C'est d'ailleurs ce que souligne la Cour du travail dans l'arrêt précité en indiquant que «l'obstacle n'aurait cessé d'être insurmontable que s'ils [les travailleurs] avaient été en droit d'exiger cette reconstruction»⁴².

c. Conclusion intermédiaire

15. La faute contractuelle au centre de la définition de la force majeure. À ce stade de l'analyse, on peut admettre que la force majeure est intimement liée au contenu de l'obligation, et donc à la faute contractuelle. L'événement sera admis en tant que force majeure s'il est exempt de faute du débiteur. Cette absence de faute doit être rencontrée à tous les niveaux de l'événement, de sa genèse (le débiteur normalement diligent ne pouvait prévoir l'événement et/ou ne doit avoir posé aucun acte ayant favorisé sa survenance) à sa conséquence (le débiteur normalement diligent n'a pas été en mesure d'éviter et/ou de résister à l'événement et de maintenir l'exécution de la prestation promise).

Comme le souligne avec clarté la Cour d'appel de Liège dans son arrêt du 15 décembre 2003: «il faut que l'intervention de la cause étrangère se réalise d'une manière telle que toute faute du débiteur soit exclue dans les événements qui l'ont précédée, préparée ou accompagnée».⁴³

En définitive, le lien entre force majeure et faute contractuelle a ainsi le mérite de clarifier les principes d'analyse de la force majeure. Plutôt que de tenter de dresser l'impossible inventaire des situations qui, *in abstracto*, constitueraient systématiquement des événements de force majeure, il permet d'ap-

⁴⁰ J.T.T., 1991, p. 196.

⁴¹ C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 12 novembre 2008, J.T.T., 2009, p. 56.

⁴² C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 12 novembre 2008 (décision précitée).

⁴³ Liège, 15 décembre 2003, 1999RG3235, www.juridat.be.

liquer une grille de lecture qui tient compte de son caractère éminemment relatif à la personne du débiteur.

2) *Le concept de faute appliqué aux caractéristiques classiques de la force majeure*

16. Le concept de faute permet une lecture plus affinée des caractéristiques de la force majeure. Une fois admis le lien entre force majeure et faute contractuelle, il devient plus facile d'identifier et surtout d'appréhender correctement les traits de caractère classiquement attribués à l'événement de force majeure (comme l'imprévisibilité, l'inévitabilité, l'irrésistibilité, le caractère insurmontable, etc.)⁴⁴. L'absence de faute est en ce sens à la fois le révélateur et le critère d'une correcte évaluation de chaque caractéristique envisagée : un événement imprévisible ne sera pas nécessairement constitutif de force majeure si le débiteur avait la possibilité d'y faire face et a commis une faute en ne le faisant pas ; un événement prévisible pourra constituer un cas de force majeure si le débiteur, bien qu'averti (comme dans le cas d'une coupure de courant annoncée), ne pouvait humainement rien faire pour en éviter les conséquences dommageables.

a. *Imprévisibilité*

17. Approche classique. On enseigne traditionnellement que la force majeure doit être imprévisible⁴⁵ : «La cause étrangère suppose un événement indépendant de la volonté humaine que l'homme n'a pu prévoir ni prévenir»⁴⁶ (art. 1148 C. civ.).

18. Application du concept de faute. Comme le souligne la Cour d'appel d'Anvers dans un arrêt du 14 février 2005 «l'imprévisibilité du fait qu'invoque le débiteur de l'obligation n'est pas un élément distinct mais est un élément caractéristique de l'absence de faute». Il en résulte que l'imprévisibilité est «une norme qui doit s'interpréter de manière raisonnable»⁴⁷.

Cette approche de la notion d'imprévisibilité permet d'en préciser la portée.

⁴⁴ Voy. C. trav. Bruxelles (2^e ch.), 17 novembre 2011, *Chron. dr. soc.*, 2012, p. 377.

⁴⁵ J. LIMPENS, R. KRUTHOF, « Les obligations – Examen de jurisprudence (1964-1967) », *R.C.J.B.*, 1969, p. 236; DE PAGE, *Traité*, 2^e éd., t. I, n^o 599 p. 597; J. HEENEN, « La responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeure », *op. cit.*, p. 92.

⁴⁶ Cass., 7 mars 2008, *Pas.*, 2008, liv. 3, p. 627; Liège, 15 décembre 2003, 1999RG3235, www.juridat.be.

⁴⁷ C. trav. Anvers, 14 février 2005, *J.T.T.*, 2005, liv. 928, p. 420.

19. (suite) Conséquence: le débiteur ne pourra invoquer la force majeure s'il est établi qu'il aurait normalement dû prévoir l'événement qu'il invoque.

Les cours et tribunaux appliquent régulièrement ce principe d'analyse.

Ainsi, «le fait de laisser une table de jardin à l'extérieur dans la région côtière, où il existe toujours un risque de vents violents, est un élément d'un comportement imprudent et constitue dès lors un comportement fautif imputable»⁴⁸.

Dans le même sens, «le bailleur doit prendre les mesures nécessaires de façon à ce que le chapiteau résiste à un vent de l'ordre de 100 km/h, ce qui ne constitue pas un phénomène imprévisible»⁴⁹.

Toujours dans le domaine climatique, l'entrepreneur ne peut s'exonérer d'infiltrations survenues sur un toit en travaux en raison de fortes pluies au motif qu'«il ne peut être question de force majeure dès lors que des orages avec fortes pluies ne sont pas exceptionnels en Belgique»⁵⁰.

En revanche il a été admis qu'un ouragan «constituait un événement de force majeure pour l'organisateur de voyages et ses préposés car sa trajectoire était impossible à prédire»⁵¹.

La même règle s'applique lorsqu'il est question de la disponibilité d'un bien que l'on s'est engagé à livrer. Ainsi, le revendeur de voitures de la marque Ferrari ne peut invoquer au titre de force majeure le fait qu'il n'existe plus aucun exemplaire du modèle qu'il a vendu à son client («Par expérience, acquise par de précédents modèles Ferrari que l'on pouvait également se procurer de manière limitée et pour lesquels la demande avait été également plus importante que l'offre, le vendeur professionnel savait ou aurait dû savoir, au moment de la conclusion du contrat qu'il n'était pas certain qu'une F40 lui serait attribuée et que son faible chiffre de vente pouvait avoir pour conséquence qu'il ne recevrait pas une telle voiture»)⁵²⁻⁵³.

⁴⁸ Gand, 7 septembre 1993, *T.G.R.*, 1994, p. 45.

⁴⁹ Liège (7^e ch.), 5 octobre 2001, *R.G.A.R.*, 2003, liv. 4, n° 13.705.

⁵⁰ Anvers, 20 octobre 1999, *Entr. et dr.*, 2000, p. 319.

⁵¹ Commission Litiges Voyages, 3 février 2000, *D.C.C.R.*, 2001, p. 55.

⁵² Gand, 24 février 1994, *Intern. Vervoerr.*, 1994, p. 338.

⁵³ De même, en matière quasi-délictuelle, le conducteur ne pourra invoquer au titre de force majeure le malaise cardiaque dont il a été victime au volant au motif que «la personne a elle-même déclaré que cela faisait un mois qu'elle ne se sentait pas bien. Compte tenu de l'existence des gênes ressenties dans la région du cœur, cette personne aurait dû prendre la précaution de se faire accompagner ou même se faire conduire chez son médecin. En effet, l'imprévisibilité portait sur le moment où le malaise cardiaque ayant entraîné la syncope pouvait se produire, mais l'événement lui-même était dans l'ordre des probabilités. En négligeant celle-ci, la personne n'a pas adopté le comportement qu'aurait adopté toute personne diligente et prudente placée dans les mêmes circonstances. L'événement invoqué n'est pas exempt de toute faute dans son chef».

Dans certains cas, un régime légal particulier applicable au débiteur sera pris en considération pour déterminer si l'événement peut ou non être jugé imprévisible. Ainsi la présence non signalée d'un câble électrique souterrain ne pourra être invoquée par l'entrepreneur au titre de force majeure dans la mesure où l'article 192.02 du Règlement général sur les installations électriques prescrit qu'il devait s'informer sur la base de plans actualisés et localiser le câble avant de commencer ses travaux. La Cour d'appel de Liège juge dès lors que l'entreprise « n'a été confrontée à aucun cas de force majeure ; si elle avait pris contact avec IDEG afin d'obtenir le plan actualisé et si elle avait procédé à un contrôle du résultat obtenu par le détecteur afin de remplir son obligation de localisation, le sinistre ne serait pas survenu tel qu'il s'est produit, la présence de câble ou canalisation d'autre nature (eau, gaz, télédistribution...) ne constituant en rien un événement imprévisible et irrésistible »⁵⁴.

(suite) Conséquence : le débiteur pourra conserver le bénéfice de la force majeure si l'événement, bien que prévisible, a rendu impossible l'exécution de son obligation. La Cour de cassation a ainsi énoncé qu'une tempête en mer, même si elle n'était pas imprévisible en matière de transport maritime, pouvait libérer le transporteur si elle était d'une nature telle que celui-ci ne pouvait préserver les marchandises transportées⁵⁵.

Selon nous, le fondement d'une telle approche réside dans le caractère prévisible du risque *dans le chef des deux parties* lors de la conclusion du contrat, de sorte que ce risque est entré dans le champ contractuel. Il en va autrement lorsque c'est le débiteur seul qui savait ou devait savoir (par exemple en raison de sa qualité de professionnel) qu'un événement était susceptible de se produire et de rendre impossible l'exécution de la prestation promise.

20. Moment de l'appréciation de l'imprévisibilité. Le caractère prévisible ou non de l'événement doit selon nous s'analyser au moment où le débiteur contracte son obligation. Sous la réserve examinée au point précédent, on ne peut en effet accepter qu'un débiteur s'exonère d'un événement dont il connaissait la survenance future au moment où il a conclu le contrat. S'il a conclu le contrat en ayant conscience d'un tel événement, c'est précisément parce qu'il en a assumé le risque. Il n'est donc pas recevable à s'en exonérer⁵⁶. On parle bien entendu ici d'une prévisibilité raisonnable, et non d'une prévisibilité théorique, sous peine d'admettre qu'aucun risque ne serait imprévisible dans l'absolu.

⁵⁴ Liège, 19 décembre 2007, 2005/RG/950, www.juridat.be.

⁵⁵ Cass., 13 avril 1956, R.C.J.B., 1957, p. 85 et note J. HEENEN ; dans le même sens, à propos du bombardement d'une usine en temps de guerre, Comm. Liège, 10 décembre 1943, *Pas.*, 1946, III, p. 72.

⁵⁶ En ce sens, J. HEENEN, « La responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeure », *op. cit.*, p. 93.

Par opposition, tout événement qui survient en cours de contrat et que le débiteur ne pouvait raisonnablement prévoir au moment où il s'est engagé, est un événement imprévisible. Ceci n'empêche pas que le débiteur en soit prévenu en cours d'exécution du contrat (par exemple dans le cas d'une tempête annoncée par les services météorologiques). Dans ce cas, l'imprévisibilité reste acquise parce que le débiteur ignorait qu'un tel événement allait se produire, et l'on examinera uniquement si, informé de l'événement, il a pu ou non raisonnablement y résister.

b. Caractère irrésistible ou insurmontable de l'événement

Il faut que le débiteur ne soit pas en mesure de surmonter et de résister à l'événement de force majeure⁵⁷. Cet autre aspect de l'absence de faute est intimement lié à la condition d'impossibilité d'exécution (il n'y aura en effet impossibilité d'exécution que si l'événement apparaît comme raisonnablement insurmontable ou irrésistible, en d'autres termes si le débiteur ne commet pas de faute en ne le surmontant pas).

c. Bilan et nuances

En somme, les traits de caractère attribués à la force majeure (irrésistibilité, inévitabilité, imprévisibilité) prennent sens en ce qu'ils servent à déterminer l'impossibilité – non fautive – d'exécution de l'obligation. Cette exigence est appréciée au regard du contenu de l'obligation et à l'aune des diligences raisonnablement requises du débiteur⁵⁸.

Cependant, il ne nous semble pas totalement approprié de réduire la force majeure à l'absence de faute, en particulier lorsque se pose la question de l'élimination de la responsabilité d'une partie contractante. En effet, à y regarder de plus près, la force majeure sera admise en l'absence de faute *en lien causal* avec le préjudice. En d'autres termes, même si le débiteur a commis une faute ou une négligence dans le cadre des circonstances qui ont précédé ou accompagné l'événement, cette faute ou négligence ne le privera du bénéfice de la force majeure que si elle entretient un lien causal déterminant avec le préjudice allégué en comparaison du lien causal attribuable à l'événement en tant que tel. L'événement de force majeure doit ainsi aboutir à « gommer » la relation de cause à effet entre le comportement du débiteur et l'inexécution (productrice du dommage)⁵⁹. L'exonération procède de la constatation suivante : dès lors

⁵⁷ Liège, 15 décembre 2003, 1999RG3235, www.juridat.be; Bruxelles, 25 janvier 2000, 91/AR/2778, www.juridat.be.

⁵⁸ Nous reviendrons sur cette importante condition (voy. *infra*, point C).

⁵⁹ L. THIBERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, Paris, Economica, 2011, pp. 286 et 287, n° 471; J. MOURY, « Force majeure : éloge de la sobriété », *R.T.D.Civ.*, 2004, p. 473, n° 6 : « La force majeure exonère le débiteur d'une obligation de résultat ou le gardien en ce qu'elle vient oblitérer toute relation de cause à effet entre ce fait et l'inexécution ».

que le préjudice ne figure pas en «trait d'union»⁶⁰ avec une négligence du débiteur et qu'il n'a pas pu résulter de la conduite de ce dernier, il provient certainement d'une cause étrangère (cas de force majeure, faute d'un tiers, fait du créancier). Ainsi, c'est sous l'angle de la causalité que la force majeure et la démonstration de l'absence de faute (en ce compris la preuve – moins rigoureuse⁶¹ – d'une conduite prudente et diligente) peuvent être conciliées.

3) *Incidences de la distinction entre les obligations de moyen et de résultat*

a. *Obligation de moyen*

21. La force majeure comme démonstration simplifiée de la diligence attendue du débiteur. En présence d'une obligation de moyen, il appartient au créancier insatisfait d'établir que le débiteur n'a pas fourni les efforts raisonnablement requis dans le cadre de sa prestation, de sorte que celle-ci n'a pas été correctement exécutée. 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. Toutefois, si celui-ci est établi⁶², le débiteur démontre, *a fortiori*, qu'il a agi comme un bon père de famille et qu'il n'a pas, par sa négligence, contribué à l'émergence de l'événement invoqué – cette exigence est, en effet, inhérente à la notion de force majeure⁶³. En outre, en démontrant l'absence de faute dans la genèse et les

cution ou la production du dommage pour en absorber entièrement la causalité ». Cons. P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Paris, L.G.D.J., 1992, pp. 144 et 145; S. MICHAUX et D. PHILIPPE, « La force majeure », in *Obligations, traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2002, p. 134 : la force majeure et la cause étrangère « agissent au niveau de la causalité, en supprimant l'imputabilité ».

⁶⁰ H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1940, p. 900, n° 954, cité par I. DURANT, « La causalité, simple trait d'union ou véritable variable d'ajustement? », in *Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles* (P. WÉRY dir.), Liège, Formation permanente CUP, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, pp. 37 et s.

⁶¹ B. DUBUISSON, « Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle », in *La théorie générale des obligations* (P. WÉRY dir.), Liège, éd. Formation permanente CUP, 1998, pp. 107 à 113.

⁶² La force majeure présente un intérêt certain lorsque l'origine du dommage, laquelle ne peut être imputable au débiteur, parvient à être épinglée.

⁶³ Dans les obligations de moyen, 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, *Resultaatsverbintenissen en inspanningsverbintenissen*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1982, pp. 50 et 51; W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 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 », alors que la force majeure peut être admise, n'est-elle pas de nature à accréditer l'idée que la cause étrangère ne se situe pas uniquement ou totalement sur le plan de la faute ?

conséquences de la force majeure – à distinguer de l'absence de faute dans l'exécution de l'obligation⁶⁴, 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 étrangère⁶⁵. Ce raisonnement en termes de causalité, révélant l'essence même de la force majeure, est valable tant pour les obligations de moyen que de résultat.

b. Obligation de résultat

22. 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 lui suffit de prouver que le résultat promis n'a pas été atteint. À 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* le lien causal). La question semble opposer les meilleurs auteurs⁶⁶. 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 « présumé 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. 1884⁶⁷), du locataire dans le louage de choses (C. civ., art. 1732⁶⁸), du dépositaire dans le dépôt (C. civ., art. 1933⁶⁹), ou encore de l'entrepreneur (C.

⁶⁴ 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. le n° suivant 22). Cet élément nous semble de nature à corroborer la thèse selon laquelle la force majeure doit être appréhendée sous l'angle de la causalité.

⁶⁵ Cass., R.G. 4788, 6 décembre 1985, www.juridat.be.

⁶⁶ B. DUBUISSON, « Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle », in *La théorie générale des obligations* (P. WÉRY dir.), *op. cit.*, 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. WÉRY, *Droit des obligations, Volume 1, Théorie générale du contrat, 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*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2006, pp. 218 et 219.

⁶⁷ « 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 ».

⁶⁸ 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).

⁶⁹ « 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 sont à la charge du déposant ».

civ., art. 1789⁷⁰). 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 simple présomption de faute susceptible de preuve contraire⁷¹. 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.

23. 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 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. À en croire la doctrine, il est difficile de déterminer avec certitude si le débiteur peut, pour s'exonérer, se contenter de prouver l'absence de faute⁷². 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). À défaut, il n'est pas véritablement question de force majeure car la présomption de responsabilité n'est pas adéquatement renversée. C'est ce que nous allons essayer de démontrer à travers quelques illustrations concrètes.

24. (suite) 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 pas⁷³. Si la force majeure revêt une utilité pratique, c'est essentiellement dans le premier cas de figure. En effet, la tâche probatoire du débiteur qui est en mesure d'épingler un événement pouvant valoir comme cause étrangère,

⁷⁰ « 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 ». À titre d'exemples, mentionnons les cas des vêtements portés chez le teinturier, du dresseur qui se voit confier un cheval, du garagiste chargé de réparer un véhicule.

⁷¹ F. GLANSORFF, « Les obligations de restitution », in *Questions spéciales en droit des contrats* (J.-Fr. GERMAIN dir.), Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 74 à 88; B. DUBUISSON, « Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle », in *La théorie générale des obligations* (P. WÉRY dir.), op. cit., p. 116, n° 24.

⁷² Cf. X. THUNIS, « Théorie générale de la faute. vol. 2: la faute comme acte contraire au droit (violation d'une norme contractuelle) », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titre 2, Livre 20bis, Waterloo, Kluwer, 2006, p. 46, n° 55.

⁷³ M. CLAVIE, « La charge de la preuve: questions choisies en matière contractuelle », in *La preuve*, Liège, éd. Formation permanente CUP, 2002, pp. 32 et s.

est indéniablement facilitée par ce « préjugé favorable en fait »⁷⁴ à l'absence d'imputabilité : un premier pas est ainsi franchi en direction de l'exonération.

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 contact⁷⁵ 76.

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 faute⁷⁷ : la preuve d'une attitude diligente

⁷⁴ J.-Fr. GERMAIN et Y. NINANE, « Force majeure et imprévision en matière contractuelle », in *Droit des obligations*, Limal, Anthémis, 2011, p. 90, n° 15.

⁷⁵ 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 la moindre faute (« de minste schuld ») dans les circonstances qui ont précédé ou accompagné l'événement que la partie invoque à titre de force majeure. Voy. également : Bruxelles (1^{re} 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 ». *Adde* : 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.

⁷⁶ 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 la base de l'article 1789 du Code civil). Pour d'autres illustrations, voy. F. GLANSDORFF, « Les obligations de restitution », in *Questions spéciales en droit des contrats* (J.-Fr. GERMAIN dir.), *op. cit.*, p. 79, n° 8.

⁷⁷ B. DUBUISSON, « Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle », in *La théorie générale des obligations* (P. WÉRY dir.), *op. cit.*, 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 ».

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)⁷⁸.

Quand la cause de la destruction est déterminée, le lien causal entre le comportement du débiteur et le dommage est cassé si l'intéressé 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 enrayer celui-ci. La preuve de l'absence de faute quant à l'événement épinglé 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 connue). Imaginons que le locataire – débiteur de l'obligation de restitution en fin de bail – ait commis une négligence en laissant une fenêtre ouverte et 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 cause⁷⁹.

À 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 que résulter d'une cause étrangère. Pour reprendre l'illustration de X. Thunis⁸⁰, supposons qu'un dresseur se voie confier un cheval pour l'entraîner à la compétition. L'animal est victime d'une déchirure musculaire. Peut-on admettre 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, ce qui apparaît extrêmement difficile : « lorsque la cause du dommage est inconnue, le débiteur est incapable de prouver que concrètement, il a fait tout ce qu'il devait »⁸¹. Un tel fardeau probatoire ne saurait, en définitive, être

⁷⁸ Cf. A. TUNC, « Force majeure et absence de faute en matière contractuelle », *R.T.D.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 ».

⁷⁹ 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 à exclusivement à l'origine du sinistre ».

⁸⁰ X. THUNIS, « Théorie générale de la faute. vol. 2 : la faute comme acte contraire au droit (violation d'une norme contractuelle) », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titre 2, Livre 20bis, *op. cit.*, p. 49, n° 58.

⁸¹ J. HEENEN, « La responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeure », *op. cit.*, p. 97, n° 8.

surmonté qu'en produisant (positivement) la preuve d'un cas fortuit connu qui n'est pas imputable au débiteur⁸². « Dans ces conditions, l'absence de faute ne se distingue plus guère de la cause étrangère exonératoire »⁸³.

25. 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'éviter sa responsabilité par la preuve d'une conduite prudente et vigilante⁸⁴? M. Clavie s'oppose à « cette idée très largement répandue »⁸⁵. 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 »⁸⁶. À 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 exclue⁸⁷.

Tel est l'enseignement qu'il convient, selon nous, de tirer de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 janvier 1995⁸⁸. 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-

⁸² A. TUNC, « Force majeure et absence de faute en matière contractuelle », *op. cit.*, *R.T.D.Civ.*, 1945, p. 242, n° 8 ; à propos des débiteurs d'une obligation de résultat (par exemple, le « garagiste réparateur ») : ils « ne pourront jamais établir qu'ils n'ont commis aucune faute tant qu'ils se borneront à faire la preuve de leur diligence ou de leur compétence générales. Leur preuve ne sera pertinente que lorsqu'ils pourront désigner la cause d'inexécution et montrer qu'elle constituait pour eux un cas de force majeure : la preuve de la force majeure apparaît ainsi comme le seul canal qui puisse conduire à une preuve complète de l'absence de faute ».

⁸³ B. DUBUISSON, « Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle », in *La théorie générale des obligations* (P. WÉRY dir.), *op. cit.*, p. 116, n° 24.

⁸⁴ A. TUNC, *op. cit.*, *R.T.D.Civ.*, 1945, pp. 240 à 243.

⁸⁵ M. CLAVIE, « La charge de la preuve : questions choisies en matière contractuelle », in *La preuve*, *op. cit.*, p. 35, n° 12.

⁸⁶ M. CLAVIE, *ibidem*, pp. 35 et 36.

⁸⁷ Cf. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. IV, *Les principaux contrats (1^{re} 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 ».

⁸⁸ Cass. (1^{re} ch.), 5 janvier 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 17.

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*» (nous soulignons). 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 décision⁸⁹. M. Clavie s'inscrit dans la même veine: «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»⁹⁰. 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, même de manière inductive, que toute possibilité de faute est exclue, la Cour tient compte de la présomption du lien causal à charge du transporteur⁹¹.

26. Illustrations concrètes. Il existe une jurisprudence abondante en ce qui concerne la responsabilité du locataire qui n'est pas en mesure de restituer le bien loué en raison d'un incendie. L'article 1733 du Code civil constitue la base légale au cœur de ces décisions. Nous posons que ce texte fonde une présomption de responsabilité – ce qui semble explicitement admis par certaines juridictions⁹² et correspond, du reste, au régime classique de l'obligation de

⁸⁹ Voy. également: Cass. (1^{re} 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).

⁹⁰ M. CLAVIE, «La charge de la preuve: questions choisies en matière contractuelle», in *La preuve*, *op. cit.*, 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).

⁹¹ *Contra*: X. THUNIS, «Théorie générale de la faute. vol. 2: la faute comme acte contraire au droit (violation d'une norme contractuelle)», in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titre 2, Livre 20bis, *op. cit.*, p. 49, n° 59.

⁹² Voy. C. A., 21 juin 2000, n° 82/2000: la Cour devait examiner la question de savoir si l'article 1733 du Code civil n'était pas porteur d'une discrimination notamment en ce qu'il imposerait au locataire une charge probatoire plus lourde qu'à d'autres débiteurs (le dépositaire ou l'emprunteur). La Cour déclare que «la *présomption – réfragable – de responsabilité* du preneur en cas d'incendie du bien loué n'est pas disproportionnée, ni, partant, discriminatoire» (nous soulignons). Voy. également J.P. Westerlo, 25 juin 1999, *R.G.D.C.*, 2001, p. 182. *Contra*: J.P. Dinant, 10 mars 2000, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.501: si la juridiction parle de «présomption de faute» dans le chef du locataire, elle raisonne, toutefois, comme s'il était question d'une présomption de responsabilité dans la mesure où elle s'assure que l'incendie est totalement étranger au preneur (et aux gens «de sa maison») et qu'aucune faute dans leur chef ne peut être établie.

résultat. Il a été jugé que le preneur peut échapper à la responsabilité – présumée – qui pèse sur lui, s’il est en mesure d’exciper de circonstances pouvant valoir comme « présomptions sérieuses, précises et concordantes » que l’origine de l’incendie ne lui est pas imputable⁹³. En d’autres termes, il doit être établi, à la lumière des faits de l’espèce, que « le preneur n’a pas pu commettre de faute, qu’il a été dans l’impossibilité d’en commettre une et, partant, que la cause de l’incendie s’est déclarée sans sa faute »⁹⁴. La preuve négative ou inductive consiste, dès lors, à faire admettre, par élimination des facteurs possibles de l’incendie, que ce dernier ne peut qu’être le produit d’une cause étrangère qui n’est pas imputable au débiteur⁹⁵. La Cour d’appel de Mons a eu l’occasion de rappeler ces principes dans un arrêt du 3 mai 2012⁹⁶ : « 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 ». Il peut également « apporter la preuve négative de l’absence de faute. C’est-à-dire que l’on peut induire d’un ensemble de présomptions graves précises et concordantes que le sinistre résulte d’une faute étrangère au locataire »⁹⁷.

La solution dégagée sur la base de l’article 1733 du Code civil (en cas d’incendie du bien loué) est appliquée à d’autres types de conventions que le bail. Dans un arrêt du 6 mars 2008⁹⁸, la Cour d’appel de Liège s’est penchée sur une situation semblable, dans le cadre d’un contrat d’entreprise. En l’espèce, une société – l’appelante – s’est engagée, envers le maître de l’ouvrage, à construire un immeuble d’habitation « clé sur porte ». En cours de travaux, l’immeuble est détruit par un incendie d’origine criminelle mais dont l’auteur est resté inconnu. L’entrepreneur allègue l’existence d’un cas de force majeure. Les magistrats rejettent le moyen en ces termes : « 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

⁹³ J.P. Westerlo, 25 juin 1999, R.G.D.C., 2001, p. 182.

⁹⁴ Mons (2^e ch.), 19 février 2001, R.G.A.R., 2002, n^o 13.571 ; 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 ».

⁹⁵ Civ. Bruges, 16 février 2001, R.G.D.C., 2001, p. 463 ; J.P. Torhout, 16 mars 1999, R.G.D.C., 2001, p. 464.

⁹⁶ Mons (20^e ch.), 3 mai 2012, Bull. ass., 2012, p. 511.

⁹⁷ 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).

⁹⁸ Liège, 6 mars 2008, R.G.D.C., 2011, p. 453, note E. LOUSBERG (nous soulignons).

rappelé que l'appelante avait mis à 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»⁹⁹.

Dans un arrêt du 23 avril 1993¹⁰⁰, la Cour d'appel de Mons a réservé un sort similaire à l'emprunteur qui n'était pas en mesure de restituer le véhicule prêté suite à un incendie. Aux yeux de la juridiction, le débiteur ne peut se prévaloir de la force majeure. Il ne rapporte, en effet, pas la preuve que « l'intervention de la cause étrangère s'est réalisée d'une manière telle que *toute faute [de l'emprunteur] est exclue* dans les événements qui l'ont précédée, préparée ou accompagnée » (nous soulignons).

En conclusion, 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 exonératoire¹⁰¹. 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.

C. Impossibilité d'exécution

1) Principe

27. Approche classique : l'impossibilité « absolue » d'exécution. L'événement de force majeure doit aboutir à ce que la doctrine et la jurisprudence qualifient d'« impossibilité absolue d'exécution ». Il faut concrètement que le débiteur puisse établir qu'en raison de l'événement auquel il est confronté, il lui était impossible d'exécuter ce à quoi il s'est engagé.

Le caractère absolu de l'impossibilité d'exécution est majoritairement présent dans la jurisprudence traditionnelle¹⁰². On le retrouve également dans

⁹⁹ Voy. aussi Liège, 17 novembre 1992, R.R.D., 1993, p. 249. En l'espèce, la Cour n'a pas exonéré le garagiste chargé de restituer un véhicule qui lui a été confié, dans la mesure où le rapport d'expertise ne permet pas « d'exclure que cet incendie accidentel soit dû à une faute, négligence ou imprudence » du débiteur ou de l'un de ses préposés.

¹⁰⁰ Mons (7^e ch.), 23 avril 1993, Pas., 1992, II, p. 184.

¹⁰¹ Nous soulignons.

¹⁰² H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., n° 599; Cass., 13 avril 1956, R.C.J.B., 1957, p. 85; Cass., 23 février 1967, Pas., 1967, I, p. 782; Cass., 8 novembre 1985, Arr. Cass., 1985-1986, p. 158; Cass., 9 octobre 1986, Arr. Cass., 1986-1987, p. 74.

des décisions plus récentes, comme l'arrêt du 26 février 2007 de la Cour d'appel d'Anvers, qui énonce que la force majeure doit entraîner « une impossibilité absolue d'exécution »¹⁰³. Le qualificatif « absolu » peut revêtir diverses significations. Il renforce, d'une part, l'idée que l'exonération ne saurait être acquise lorsque l'événement ne rend que plus difficile ou plus onéreuse l'exécution de l'obligation. Le terme entend marquer la distinction entre la force majeure et l'imprévision¹⁰⁴. D'autre part, l'exigence d'une impossibilité absolue aboutirait à ce que l'on ne retienne que les circonstances qui empêchent non seulement le débiteur, mais aussi un autre – voire tout autre – individu normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes conditions, d'exécuter son obligation¹⁰⁵. L'impossibilité absolue ou objective s'oppose, sous cet angle, à l'impossibilité subjective ou relative, c'est-à-dire « limitée à la personne et aux moyens d'action »¹⁰⁶ du débiteur. En ce sens, il est généralement avancé que la force majeure doit faire l'objet d'une appréciation *in abstracto* et non *in concreto*. De manière générale, les adjectifs fleurissent pour caractériser la plus ou moins grande sévérité d'évaluation de la force majeure : les décisions plus strictes exigeront une impossibilité « complète », « absolue »¹⁰⁷ alors que d'autres privilégieront l'impossibilité « humaine », « raisonnable », « pratique »^{108 109}.

Voy. égal.: Mons, 5 mars 1993, *Entr. et dr.*, 1994, p. 345; Comm. Charleroi (3^e ch.), 25 mars 1981, *Bull. ass.*, 1982, p. 129; Civ. Anvers (13^e ch.), 13 octobre 1997, *R.W.*, 1999-2000, p. 265; Civ. Audenarde (2^e ch.), 27 novembre 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 228; J.P. Tournai (2^e cant.), 25 septembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 516.

¹⁰³ *R.W.*, 2010-2011, liv. 14, p. 574

¹⁰⁴ P.A. FORIERS, Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et bicentenaire du Code civil, op. cit.*, p. 249, n^o 11; L. SNAUWAERT et C. VAN DER ELST, « Het onmogelijkheids criterium inzake overmacht: hoe onmogelijk is onmogelijk? », *T.P.R.*, 2011, pp. 127 et 128; H. DE PAGE, *Traité, op. cit.*, p. 596, n^o 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). Voy., par exemple, Cass., 23 février 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 782; Bruxelles, 26 avril 2002, *Res et jura imm.*, 2003, p. 58; Liège, 16 novembre 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 808; Civ. Audenarde (2^e ch.), 27 novembre 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 228.

¹⁰⁵ S. MICHAUX et D. PHILIPPE, « La force majeure », in *Obligations, traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2002, p. 143.

¹⁰⁶ J. RADOUANT, *Du cas fortuit et de la force majeure*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1920, p. 49.

¹⁰⁷ Cf. L. VAEL, « Overmacht gerelativeerd: hoe blauw zijn de plekken van de schuldeiser ingevolge het zgn. 'fait du prince'? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 13 mai 1996, *Rec. Arr.*, 1998, p. 101.

¹⁰⁸ J.P. Wolvertem, 30 mars 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 472, note R. VAN RANSBEECK.

¹⁰⁹ Dans une contribution récente, L. SNAUWAERT et C. VAN DER ELST (« Het onmogelijkheids criterium inzake overmacht: hoe onmogelijk is onmogelijk? », *op. cit.*, pp. 123 et s.) ont mené une analyse fouillée sur le caractère absolu ou relatif de la condition d'impossibilité. Si une partie importante de la doctrine moderne défend l'application d'une conception plus souple – raisonnable et *in abstracto* – de la force majeure, tendance à laquelle nous nous rallions (cf. *infra*, n^o 30), il apparaît toutefois que cette position n'est pas encore bien implantée dans la jurisprudence belge. Les auteurs relèvent d'ailleurs des extraits d'études plus ou moins récentes attestant ce climat mitigé. La recherche effectuée se veut avant tout empirique: sur les 192 jugements et arrêts, rendus entre 1965 et 2008, qu'ils ont sélectionnés, L. SNAUWAERT et C. VAN DER ELST en ont isolé 25, en fonction d'une démarche bien délimitée. Ils ont classé ces décisions en trois catégories selon le critère de l'impossibilité qu'elles consacrent: absolue, relative ou indéterminée. Cette dernière voie vise les situations où l'on ne sait pas établir avec certitude le type d'impossibilité dont il est question. Au terme de la recherche, il apparaît que les décisions de la troisième catégorie – (les « onbepaald ») – se font actuellement plus rares. Pour

28. Application du concept de faute. La formulation classique – impossibilité absolue – est trompeuse dans la mesure où elle laisse penser que la force majeure ne sera admise que si le débiteur ne pouvait absolument rien faire face à l'événement¹¹⁰.

Or, l'impossibilité d'exécution doit, encore une fois, être lue au regard du concept de faute examiné au point précédent. Cela signifie qu'il faut se demander si le débiteur était ou non en mesure de surmonter ou de résister à l'événement. Si la réponse est affirmative, le débiteur sera en faute et ne pourra invoquer une impossibilité d'exécution. L'impossibilité d'exécution n'est donc pas une impossibilité objective, elle est intimement liée au caractère irrésistible ou insurmontable de l'événement du point de vue du débiteur¹¹¹.

29. (suite) Conséquence: appréciation raisonnable de l'impossibilité d'exécution. Dans ce contexte, le comportement du débiteur doit bien entendu s'apprécier de manière raisonnable et *in abstracto*, c'est-à-dire en fonction du comportement de tout débiteur normalement diligent placé dans les mêmes circonstances¹¹². Il faut que l'exécution de l'obligation soit rendue « normalement impossible eu égard aux circonstances et aux conditions de vie »^{113 114}.

H. De Page souligne à cet égard que l'impossibilité d'exécution doit être interprétée « d'une manière humaine et en tenant compte des circonstances »¹¹⁵. J. Heenen indique dans le même sens qu'« il serait inadmissible de pousser le débiteur à la ruine pour procurer au créancier l'avantage qu'il devait normalement retirer du contrat, alors que celui-ci impose seulement d'exercer une certaine diligence en vue d'atteindre ce résultat ».¹¹⁶

La Cour d'appel de Bruxelles énonce très clairement le principe dans son arrêt du 22 juin 1984 : « l'impossibilité d'exécution – qui différencie la

le reste, il serait audacieux de conclure à un penchant saillant en faveur de l'impossibilité relative. La jurisprudence incline, certes, légèrement – « is geneigd » à ce dernier critère; l'impossibilité absolue reste tout de même fort prégnante (*ibid.*, pp. 152 à 154).

¹¹⁰ P.A. FORIERS, Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et bicentenaire du Code civil*, *op. cit.*, p. 249.

¹¹¹ Bruxelles, 25 janvier 2000, 91/AR/2778, www.juridat.be.

¹¹² Voy. notamment P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 1384; P. WÉRY, *Droit des obligations, Volume 1, Théorie générale du contrat*, *op. cit.*, 2011, p. 540, n° 564; R. KRUIHOF, « Schuld, risico imprevisie en overmacht bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen – een rechtsvergelijkende benadering », in *Hommage à René Dekkers*, *op. cit.*, p. 292; J. LIMPENS et R. KRUIHOF, « Les obligations – Examen de jurisprudence (1964-1967) », *R.C.J.B.*, 1969, p. 237; E. DIRIX et A. VAN OEVLEEN, « Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) », *R.W.*, 1992-1993, p. 1249.

¹¹³ Bruxelles, 22 juin 1984, *J.T.*, 1986, p. 64.

¹¹⁴ Bruxelles (21^e ch.), 30 avril 2010, *J.T.*, 2011, p. 145; Liège, 28 juin 1989, *J.T.T.*, 1990, p. 256. Voy. égal.: C. trav. Liège, 6 décembre 1989, *J.T.T.*, 1990, p. 256; Trib. trav. Namur, 19 décembre 1983, *R.R.D.*, 1984, p. 94; Trib. trav. Liège, 24 mars 1983, *J.L.*, 1984, p. 261.

¹¹⁵ H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., n° 599.

¹¹⁶ J. HEENEN, « La responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeure », *op. cit.*, p. 94.

force majeure de l'imprévision – doit se comprendre dans des limites raisonnables et doit s'apprécier en fonction de l'obligation souscrite par celui qui l'invoque»¹¹⁷.

Attention toutefois : ce n'est pas nécessairement parce que l'exécution de l'obligation conduirait à la ruine du débiteur qu'elle sera jugée impossible. Il faut encore que le débiteur ne soit pas lui-même la cause de cette situation (on retrouve ici encore la notion d'absence de faute). En d'autres termes, si le débiteur s'est mis dans une situation telle qu'il lui est impossible d'exécuter l'obligation alors qu'un débiteur « normal » aurait pu l'exécuter, la force majeure ne sera pas retenue. Ainsi dans l'arrêt Sabena du 27 janvier 2011, la Cour d'appel de Bruxelles n'a pas retenu l'argument de Swissairlines et Swisairgroup qui affirmaient que la réalisation de l'augmentation de capital de la Sabena était impossible à exécuter en raison d'un événement de force majeure (les attentats du 11 septembre, qui avaient paralysé leurs activités et les avaient précipités vers la faillite). La Cour souligne que d'autres compagnies aériennes ont correctement résisté à cet événement sans basculer dans l'insolvabilité, au contraire de Swissairlines et Swisairgroup qui ont payé les conséquences d'une politique d'expansion qui les avait largement fragilisées financièrement¹¹⁸.

30. Distinction avec l'imprévision. Autre point d'attention : le fait que le débiteur ne soit pas tenu de faire plus que ce qui est raisonnablement exigible ne signifie pas pour autant qu'il pourra se libérer de ses obligations simplement si celles-ci s'avèrent *plus onéreuses* en raison de l'événement imprévu.

Dans son arrêt du 23 février 1967, la Cour de cassation souligne ainsi que « la force majeure suppose un obstacle insurmontable ; ne constitue pas, dès lors, la force majeure la circonstance qui ne rend pas l'exécution du contrat absolument impossible, mais la rend seulement plus difficile ou plus onéreuse »¹¹⁹.

De nombreuses décisions des juridictions du fond le rappellent régulièrement. Ainsi par exemple ne sont pas constitutives de force majeure « des circonstances rendant plus onéreuse, mais non impossible, l'obligation de se présenter devant notaire pour constater par acte authentique une vente immobilière antérieurement réalisée par acte sous seing privé »¹²⁰. Ou encore *la perte de subsides* ne permet pas à un employeur de mettre fin au contrat de travail dans la mesure où cet événement « ne rendait pas l'exécution des obligations

¹¹⁷ Bruxelles, 22 juin 1984, *J.T.*, 1986, p. 64. Dans le même sens : Civ. Liège, 20 juin 1985, *J.L.*, 1986, p. 141 ; Liège (2^e ch.), 31 mars 2006, *J.T.*, 2006, p. 727 : « l'impossibilité ne doit pas être absolue et [...] doit être appréciée de manière raisonnable et humaine, par référence à la diligence normalement due par le débiteur ».

¹¹⁸ Bruxelles, 27 janvier 2011, 2004/AR/1114, www.juridat.be.

¹¹⁹ Cass., 23 février 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 782.

¹²⁰ Mons, 10 avril 1989, *Rev. not. belge*, 1989, p. 539 ; dans le même sens, Trib. trav. Bruxelles, 20 juin 1977, *J.T.T.*, 1977, p. 302.

de l'employeur impossible, mais seulement plus onéreuse»¹²¹. Dans le même sens, une décision d'embargo ne permettra de suspendre le contrat de travail que si l'employeur démontre qu'elle rend l'exécution temporaire de celui-ci impossible et non simplement plus onéreuse.¹²²

Le caractère simplement plus onéreux distingue la force majeure libératoire de l'imprévision. Comme l'énonce la Cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 22 juin 1984 : « la circonstance qu'il soit devenu plus onéreux de faire face aux obligations ressortit à l'imprévision et non à la force majeure libératoire de la prestation prévue. »¹²³

31. Les déclinaisons de l'impossibilité. L'impossibilité d'exécution peut emprunter différentes formes. Seules certaines d'entre elles sont admises à titre de force majeure.

31-1. Les impossibilités matérielle et juridique. L'impossibilité matérielle est l'illustration typique du cas fortuit; elle résulte des lois de la nature: le débiteur est, par exemple, dans l'impossibilité de fournir ou de restituer un bien qui a été la proie des flammes. L'impossibilité juridique, singulièrement à l'œuvre dans les hypothèses de « fait du prince », est également admise par la doctrine et la jurisprudence; elle désigne « tout empêchement résultant d'un ordre ou d'une prohibition émanant de l'autorité publique »¹²⁴. 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 »¹²⁵. 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'immeuble¹²⁶ 127.

31-2. L'impossibilité morale. L'impossibilité morale semble s'être imposée avec plus de difficultés. Tant que régnait la conception de l'impossibilité absolue, il n'était guère concevable d'accepter que ce type d'obstacles débouche sur une

¹²¹ C. trav. Liège, 17 juin 1992, R.G. 88/107, www.juridat.be.

¹²² C. trav. Bruxelles, 21 avril 1993, *J.T.T.*, 1993, p. 363.

¹²³ *J.T.*, 1986, p. 164.

¹²⁴ H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., p. 595, n° 598.

¹²⁵ Bruxelles (4^e ch.), 1^{er} février 1979, *J.T.*, 1979, p. 267; J.P. Liège (1^{er} cant.), 11 mars 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 793.

¹²⁶ 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. Voy. les décisions citées par S. NAPORA, « Effets de l'inexécution fautive et non fautive », in *Le droit commun du bail*, Bruxelles, La Chartre, 2006, p. 373, n° 73. *Adde*: Civ. Charleroi, 1^{er} juin 2011, *J.J.P.*, 2012, p. 510: en l'espèce, un arrêté d'inhabitabilité a mis le propriétaire dans l'impossibilité de respecter son obligation d'assurer une jouissance paisible à sa locataire.

¹²⁷ 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 États-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.

exonération : les cas d'impossibilité morale comme les menaces sérieuses pour la vie, la santé, la liberté et l'honorabilité du débiteur ne tombent pas sous la définition de l'impossibilité absolue¹²⁸. Dans la mesure où de nombreuses voix s'élèvent pour défendre une conception plus souple de la force majeure, que traduit le critère d'une impossibilité « humaine », « normale », « pratique », « raisonnable », il apparaît légitime de prendre en compte ce genre d'entraves à l'exécution des obligations. Du côté jurisprudentiel, on peut relever quelques décisions (dont certaines sont assez anciennes) qui font droit à l'impossibilité morale. Dans un arrêt du 14 mai 1936¹²⁹, la Cour suprême ne censure pas la juridiction de fond qui a 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 »¹³⁰. 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 contrat¹³¹.

Le Tribunal de première instance de Malines a considéré, dans un jugement du 27 novembre 1990, 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 scène¹³².

32. Recherche d'un critère de distinction entre force majeure et imprévision. On aperçoit immédiatement le caractère délicat de la ligne de démarcation à opérer entre le caractère simplement plus onéreux de l'exécution d'une obligation et le fait que cette exécution excéderait les limites d'une diligence normale. À partir de quel moment la limite de la diligence normale est-elle atteinte ?

À notre estime, le concept de faute peut ici encore offrir une lecture intéressante de la problématique.

¹²⁸ R. KRUIJTHOF, « Schuld, risico imprevisie en overmacht bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen – een rechtsvergelijkende benadering », in *Hommage à René Dekkers, op. cit.*, p. 292, n° 9 : « Gevallen van morele onmogelijkheid, zoals ernstig gevaar voor leven, gezondheid, vrijheid of eerbaarheid van de debiteur, vallen [...] niet onder deze begripsomschrijving ».

¹²⁹ *Pas.*, 1936, I, p. 255.

¹³⁰ La Cour de cassation semble tenir compte de caractéristiques propres à la personnalité du débiteur (âge, inexpérience). Ces considérations n'ont, en règle, pas leur place dans une analyse *in abstracto*.

¹³¹ Voy. pour une autre illustration : 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.

¹³² Civ. Malines, 27 novembre 1990, *R.G.D.C.*, 1991, p. 653.

Analysée sous l'angle de la faute, la force majeure se situe à la limite de ce que l'on est raisonnablement en droit d'attendre du débiteur dans le cadre de l'exécution de son obligation¹³³. Jusqu'où l'exécution reste-t-elle dans les limites du raisonnable? La réponse semble pouvoir être trouvée, comme en d'autres matières, au niveau de l'utilité ou de l'intérêt économique du contrat: aussi longtemps que le contrat présente encore une utilité dans le chef des parties, malgré l'obstacle rencontré, le débiteur devra s'exécuter sous peine de commettre une faute¹³⁴. L'inutilité du contrat constituerait ainsi la ligne de démarcation entre l'impossibilité raisonnable et le bouleversement de l'économie contractuelle. Si la force majeure prive le contrat de toute utilité, l'intérêt pour le débiteur de s'exécuter disparaît. Du point de vue du débiteur, cela signifie concrètement qu'il ne doit pas s'exécuter « à perte ». Rompre ce principe de proportionnalité reviendrait sinon, comme le souligne le Tribunal de commerce de Bruxelles dans une décision du 9 mars 1981 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 d'exercer une certaine diligence en vue d'attendre ce résultat »¹³⁵.

33. (suite) Applications du critère de l'utilité économique. L'on trouve sans doute une manifestation du critère de l'utilité économique dans l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 17 janvier 2000¹³⁶. 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 convention¹³⁷.

¹³³ P. STOFFEL-MUNCK, « Le particularisme de la force majeure en matière contractuelle », *Revue des contrats*, 2003, p. 59: « Ainsi, la responsabilité du débiteur étant en rapport étroit avec l'étendue de l'engagement qu'il a contracté, il faut d'abord sonder l'étendue de cet engagement pour déterminer si, dans les circonstances de l'espèce, il est ou non excusable à ne pas avoir fourni la prestation attendue. Autrement dit, il convient de se demander si l'empêchement en cause est un risque que le débiteur doit assumer au regard des diligences qu'on était en droit d'attendre de lui ou si cet empêchement est d'une nature telle que nul créancier raisonnable n'aurait, dans le contexte particulier de la formation du contrat, envisagé que le débiteur devrait en répondre ». Voy. aussi Ph. RÉMY, note sous Cass. (1^{re} ch. civ.), 17 novembre 1999, *R.G.D.A.*, 2000, p. 196.

¹³⁴ Sur les concepts d'utilité et d'inutilité, voy. l'étude de P.A. FORIERS, « L'utile et l'inutile en droit privé », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 41 et s.

¹³⁵ Comm. Bruxelles, 9 mars 1981, *R.D.C.*, 1982, p. 164. Cette décision a, toutefois, été réformée en appel (voy. Bruxelles (2^e ch.), 22 juin 1984, *J.T.*, 1986, p. 164).

¹³⁶ Anvers, 17 janvier 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 746.

¹³⁷ La Cour d'appel reconnaît la force majeure et souligne d'ailleurs que l'appelante (le tenancier du bar) dispose de revenus nets inférieurs au minimum d'existence établi par la loi: « Appelante, die haar nettoresultaat voor belasting zag dalen van 438.055 fr. in 1992, tot nog slechts 217.687 fr. in 1994 – zijnde onder de grens van wat wettelijk als bestaansminimum wordt beschouwd – zag zich geplaagd voor een situatie van overmacht » (nous soulignons).

La Cour décida que le débiteur « ongelukkig en te goeder trouw is, en voor een toestand van overmacht werd geplaatst ingevolge een opeenvolging van ongelukkige 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 »¹³⁸.

À la suite de cette illustration, on se permettra de formuler la suggestion suivante en vue d'affiner le critère de l'utilité économique. Ne pourrait-on pas considérer que le débiteur demeure dans le giron de la « plus grande difficulté » d'exécution – marqueur de l'imprévision – tant que l'effort à fournir se caractérise par un « manque à gagner » (*lucrum cessans*); la force majeure s'imposerait quand le débiteur subit un dommage « positif », un *damnum emergens*, situation que traduit précisément l'idée d'exécution à perte? En effet, le sacrifice, dans ce cas, est tel qu'il appelle une réponse juridique : la suspension ou la dissolution du contrat¹³⁹.

Certaines décisions font, par ailleurs, référence à l'utilité économique du contrat, même si elles ne reconnaissent pas la force majeure. Dans l'affaire qui donna lieu au jugement du Tribunal de première instance d'Anvers¹⁴⁰, les défendeurs (sur opposition) ont conclu avec la société flamande du logement un contrat d'achat dans lequel il est stipulé que les époux acquéreurs ne peuvent aliéner le bien immobilier durant les vingt premières années, sauf à en obtenir l'autorisation et à s'acquitter d'une indemnité dont le montant ne peut être supérieur à 20 % du prix de vente. Les défendeurs ont toutefois vendu leur maison et demandent à être libérés du paiement de l'indemnité, pour cause de

¹³⁸ Ce sont les soussignés qui soulignent.

¹³⁹ Voy. J. RADOUANT, *Du cas fortuit et de la force majeure*, op. cit., pp. 91 à 97. L'auteur commente la conception – italienne – de la force majeure telle que déposée aux articles 1224 à 1226 du Code civil italien et interprétée par la jurisprudence. On constate que, dans cet ordre juridique, l'appréhension de la condition de l'impossibilité est très proche de celle que nous défendons : « L'obligation du débiteur n'exige de sa part que la diligence d'un bon père de famille, c'est-à-dire une diligence moyenne et normale, appréciée suivant la nature du contrat et l'époque; il ne doit rien de plus » (*ibid.*, p. 92). En d'autres termes, l'impossibilité libératoire « commencerait là où finit la diligence normale » (*ibid.*, p. 93). Et l'auteur de citer un arrêt de la Cour de cassation de Rome : « La force majeure ne doit pas être considérée dans un sens absolument indépendant du rapport obligatoire auquel elle est liée; il faut rechercher si dans le rapport en question un événement donné doit agir comme cause libératoire, c'est-à-dire si le dommage dû à l'événement extérieur pouvait ou devait être évité avec la diligence requise dans le lien obligatoire existant ou avec des moyens qui, suivant le jugement commun, auraient suffi à l'éviter » (*ibid.*, p. 94). La notion d'impossibilité est adoucie en ce sens que « la charge excessive » entre dans la force majeure puisque l'on se réfère à la diligence normale attendue du débiteur. Le système juridique italien ne se départit, toutefois, pas non plus d'une appréciation *in abstracto* dès lors que « la difficulté qui est prise en considération n'est pas celle qui existe pour le débiteur, mais celle qui existerait pour le bon père de famille-type » (*ibid.*, p. 95).

¹⁴⁰ Civ. Anvers (13^e ch.), 13 octobre 1997, R.W., 1999-2000, p. 264.

force majeure, dans la mesure où, suite aux problèmes de santé de leur fils, ils ont été contraints de déménager. Le tribunal refusa de reconnaître la force majeure. Il n'était, d'une part, pas impossible d'aliéner l'immeuble, moyennant la permission du demandeur et le versement d'une certaine somme. D'autre part, l'exécution de cette obligation pécuniaire des défendeurs n'était pas rendue impossible par la prétendue maladie de leur fils. Et la juridiction d'ajouter que l'argumentation des défendeurs consiste en ce que « zij [...] niet alle verhoopte voordelen uit de overeenkomst hebben kunnen genieten ». Ce n'est pas une raison, poursuivent les magistrats, pour les exonérer des obligations qui ont été insérées dans le contrat en vue d'éviter que l'objectif d'habitation sociale soit méconnu et détourné à des fins de profit privé.

Ce jugement appelle quelques observations. Le tribunal a relevé que les époux « n'ont pas pu profiter de tous les avantages escomptés du contrat ». L'allusion à l'utilité économique est incontestable. Sous l'angle dudit critère, le rejet de la force majeure nous semble justifié dans la mesure où l'on s'inscrit toujours dans le registre du « manque à gagner ». La solution doit-elle être la même si l'on constate que le débiteur n'a pu bénéficier d'*aucun avantage* attendu du contrat, qu'il ne retire aucun intérêt de la convention ? L'on se situe à l'extrême limite entre le *lucrum cessans* et le *damnum emergens*. Seule une analyse minutieuse des circonstances précisant « l'opération contractuelle »¹⁴¹ permettra de faire pencher la balance dans un sens ou dans l'autre. Même s'il n'était nullement question, en l'espèce, de ce fragile point d'équilibre entre manque à gagner et exécution à perte, l'on ne manquera pas de noter que les juges ont été plus que probablement influencés par le fait que l'aliénation de l'immeuble, par et au profit des défendeurs, télescopait les visées sociales dévolues à l'opération initiale.

L'analyse de la force majeure sous l'angle cette fois de la dissolution du contrat, conséquence nécessaire de l'impossibilité d'en exécuter l'objet, semble confirmer cette référence au concept d'utilité. H. De Page souligne ainsi que la force majeure est inexistante (ou prend fin) si le contrat est encore exécutable, ce qui suppose qu'il n'ait pas perdu toute utilité¹⁴². La Cour de cassation fait également référence à l'utilité du contrat dans son arrêt de principe du 13 janvier 1956, en énonçant que la force majeure « suspend l'exécution de tous les engagements nés d'un contrat synallagmatique, lorsque cet empêchement n'est que temporaire et que le contrat peut encore être *utilement* exécuté après le délai ». La Cour poursuit en énonçant que « si la force majeure persiste, de sorte que cette dernière condition n'est plus remplie, le contrat est dissout de

¹⁴¹ F. ROUVIÈRE, « La remise en cause du contrat par le juge », in *L'efficacité du contrat* (G. LARDEUX dir.), Paris, Dalloz, 2011, p. 46.

¹⁴² H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., p. 608.

plein droit»¹⁴³. La notion d'utilité ou d'intérêt du contrat conduit dans certains cas à admettre la dissolution du contrat pour force majeure même lorsqu'une exécution partielle est encore possible, si cette exécution partielle n'a en réalité plus aucun intérêt pour le créancier¹⁴⁴.

34. (suite) Synthèse. Le concept d'utilité ou d'intérêt économique du contrat constituerait en définitive la limite de l'exécution de l'obligation en présence d'un cas fortuit¹⁴⁵; une réception plus marquée de ce critère, en doctrine et en jurisprudence, présenterait l'avantage de conférer une certaine unité à la problématique de l'inexécution – fautive ou fortuite¹⁴⁶. Le débiteur serait

¹⁴³ *Pas.*, 1956, I, p. 460 (nous soulignons).

¹⁴⁴ P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et bicentenaire du Code civil*, *op. cit.*, p. 266.

¹⁴⁵ Le critère de l'utilité économique est évoqué dans d'autres matières, comme par exemple celle de la résolution du contrat pour inexécution fautive (article 1184 du Code civil). S. STIJNS propose ainsi d'apprécier le caractère suffisamment grave du manquement permettant de prononcer la résolution au regard de « l'utilité économique que le créancier attendait du contrat et peut encore en attendre après l'inexécution par le débiteur ». L'auteur poursuit : « Ainsi, un manquement qui prive le créancier de tout intérêt économique est-il suffisamment grave pour justifier la résolution. C'est le critère de la proportionnalité qui s'applique : l'intérêt que le créancier a au maintien du contrat et celui qu'il a à sa résolution sont mis en balance avec le préjudice subi par le débiteur défaillant en cas de résolution » (S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 740; S. STIJNS, « La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en œuvre et ses effets », *op. cit.*, p. 421. Voy. dans le même sens : P.A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *R.C.J.B.*, 1994, pp. 221-222, n° 23; X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Thèse (U.L.B.), Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1995, n° 58; Anvers, 28 mai 1998, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 181). On peut épingle, en jurisprudence, quelques références encore éparées à ce critère, à l'instar de la décision du Tribunal de commerce de Mons du 3 février 2004 aux termes de laquelle « le manquement grave susceptible d'entraîner la résolution du contrat est celui qui prive le créancier de tout avantage économique résultant du contrat » (*R.G.D.C.*, 2004, p. 217).

¹⁴⁶ Un courant prétorien, bien implanté en France, soutient d'ailleurs que la résolution du contrat peut parfaitement être consécutive à une inexécution pour cause de force majeure (voy. J.-L. PIOTRAUT, « L'impossibilité d'exécuter un contrat », *Petites affiches*, 1994, p. 10, n° 22). Comme l'expliquent Ph. MALAURIE et L. AYNÈS (*op. cit.*, p. 398, n° 740), « ce qui importe est que le contrat ne parvienne plus à assurer l'utilité économique qu'il recherchait », indépendamment de l'origine de l'inexécution. Fonder la théorie des risques sur l'article 1184 du Code civil – siège de la résolution judiciaire – apparaît, cependant, contestable. D'une part, la disparition – de plein droit – de la convention serait inconciliable avec le rôle que joue le juge dans le cadre de la résolution judiciaire. D'autre part, ce dernier remède ne peut être demandé que par le créancier, lequel dispose, à cet égard, du « droit d'option », alors que la théorie des risques peut être invoquée par chacune des parties (voy. S. STIJNS, « La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre. Rapport belge », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Étude de droit comparé* (G. VINEY et M. FONTAINE dir.), Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2001, p. 544, n° 26). Néanmoins, Th. GENICON s'est, récemment, vigoureusement opposé à l'autonomie de la théorie des risques et s'est prononcé en faveur d'une absorption de cette dernière par le mécanisme de résolution judiciaire (Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, L.G.D.J., 2007, pp. 91 à 123). L'auteur critique vivement la nature automatique de la dissolution du contrat dans le cadre de la théorie des risques (*ibid.*, pp. 94 et s.). Celle-ci serait particulièrement inadaptée en cas d'inexécution fortuite temporaire et/ou partielle. Il serait regrettable, en effet, de se priver des pouvoirs du juge pour régler au mieux les conséquences malheureuses de la fatalité, « au moment précisément, où son intervention serait le plus justifiée » (*ibid.*, p. 99, n° 136; voy. aussi Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, pp. 318 et 319). Ne serait-il pas de bon aloi de confier au magistrat, dans une perspective d'efficacité économique et de solidarité contractuelle, le soin de déterminer, selon les circonstances de l'espèce, le(s)quel(s) des contractants est le

ainsi tenu de s'exécuter tant que la convention lui procure une quelconque utilité, fût-elle même infime ou nettement moindre que celle escomptée. En effet, il n'est, dans ce cas, question que d'un « manque à gagner », appréhendé par la théorie de l'imprévision. La force majeure devrait être admise lorsque le débiteur est contraint de s'exécuter à perte et qu'il subit un « *damnum emergens* » signifiant que la convention – « économiquement stérile »¹⁴⁷ – ne revêt plus aucune utilité dans son chef. Il est effectivement déraisonnable d'attendre de celui qui s'engage qu'il consente un tel sacrifice pour honorer ses obligations¹⁴⁸. Enfin, si le débiteur est privé de tous les avantages économiques résultant de l'exécution du contrat, sans pour autant basculer dans une situation de « dommage positif »¹⁴⁹, il convient de résoudre ce point d'extrême limite à l'aune des circonstances de l'espèce. Tous les éléments intrinsèques et extrinsèques au contrat (telles les déclarations unilatérales du débiteur ou les slogans publicitaires)¹⁵⁰, qui caractérisent l'opération contractuelle et qui balisent le contenu de l'obligation, doivent rentrer en ligne de compte afin de faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre ; ils contribuent, en effet, à déterminer le

mieux à même de supporter la charge des risques (J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 690 à 693, n^o 648) ? Quant à l'argument selon lequel les deux parties peuvent se prévaloir, en cas de cause étrangère, de l'inexécution du contrat, tandis que l'article 1184 réserve cette possibilité à la personne « envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté », les commentateurs mettent en exergue le caractère « secondaire » de cet élément (J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, *op. cit.*, p. 689, n^o 647) ou dénoncent une « lecture étriquée » de la disposition précitée (Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 318).

¹⁴⁷ Y.-M. LAITHIER, *ibidem*, p. 335, n^o 249

¹⁴⁸ R. KRUIHOF, « Werkstaking en overmacht », *T.P.R.*, 1965, p. 519, n^o 20 : « In heel wat beslissingen wordt de stelling toegepast, dat de werkgever verplicht is om aan *redelijke* eisen van de stakers toe te geven wil hij het recht behouden zich op overmacht te kunnen beroepen. Een eis is bv. niet *redelijk*, wanneer de ondernemer door toe te geven het bestaan van zijn bedrijf in gevaar zou brengen » (nous soulignons).

¹⁴⁹ Par exemple : des solides pertes qui sont supérieures au « manque à gagner » ; situation où la poursuite de l'exécution de l'obligation a pour conséquence de mettre la santé du débiteur en grave péril (voy. R. KRUIHOF, *ibidem*, p. 538, n^o 48). L'on songe également à l'hypothèse où le respect des engagements menacerait la survie de l'entreprise (*ibid.*, p. 538, n^o 48 ; compar. n^o 20 cité à la note précédente).

¹⁵⁰ F. ROUVIÈRE, « La remise en cause du contrat par le juge », in *L'efficacité du contrat* (G. LARDEUX dir.), *op. cit.*, pp. 46 et 47 ; voy. Civ. Turnhout, 4 février 2008, *R.A.B.G.*, 2010, p. 641, note B. VAN ACKER. Il s'agit, en l'espèce, d'une convention visant à remplacer le toit d'une habitation. Il était stipulé que l'entreprise devait impérativement être bouclée pour la fin mars 2006 (« dringend eind maart 2006 »). L'entrepreneur excipe de la force majeure compte tenu des précipitations du 24 au 31 mars qui l'ont empêché d'exécuter son obligation. Le tribunal relève, cependant, qu'il n'a pas plu du 12 au 23 dudit mois ; il se montre, en outre, particulièrement attentif à la formule publicitaire vantant la construction d'un nouveau toit en 24 heures : « nieuw dak in 24 uur ». Les magistrats considèrent, par conséquent, qu'il était possible, dans un délai de 12 jours, d'exécuter les travaux et rejettent le moyen.

degré de diligence auquel le débiteur est tenu et, ce faisant, révèlent et éclairent l'utilité économique de la convention^{151 152}.

2) Choses de genre et obligations pécuniaires

35. *Genera non pereunt.* La doctrine classique enseigne que l'impossibilité d'exécution n'est pas admise lorsque l'obligation porte sur des choses de genre. C'est le sens de l'adage «*genera non pereunt*».

La règle se trouve énoncée à l'article 1302 du Code civil qui précise que le débiteur n'est libéré, en cas de perte de la chose due, que s'il s'agit d'un corps certain.

L'argent étant une chose de genre, le principe sus-énoncé devrait-il conduire à ce que la force majeure soit exclue dans tous les cas où l'obligation du débiteur est de nature pécuniaire? Il existe des exemples jurisprudentiels célèbres qui vont en ce sens, en refusant le bénéfice de la force majeure aux débiteurs victimes d'événements (comme une guerre) les ayant pourtant placés dans une précarité financière inextricable¹⁵³.

¹⁵¹ Prenons l'hypothèse d'une grève qui éclate dans l'entreprise d'un fabricant qui s'est engagé à livrer des marchandises dans un délai déterminé. Peut-on réellement considérer que le contrat est dénué de toute utilité économique? Il n'en demeure pas moins qu'en raison de cet événement extérieur, la convention ne pourra pas être exécutée utilement, dans une mesure raisonnable. Le Tribunal de commerce d'Anvers décida, dans un jugement rendu le 14 novembre 1961 que « de debiteur wel gehouden is als goed huisvader alle aanvaardbare risico's te dragen om zijn verplichtingen te kunnen honoreren, maar dat hij *geenszins verplicht is zulke materiële en zelfs fysieke risico's op zich te nemen*, waardoor het contractuele evenwicht, dat te goeder trouw door contractanten nagestreefd moet worden, volledig verstoord wordt » (Comm. Anvers, 14 novembre 1961, R.W., 1961-1962, col. 716 à 718 (nous soulignons); voy. D. PHILIPPE, *Changements de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 170). La juridiction a ainsi considéré qu'au regard des diligences normales que le créancier pouvait raisonnablement attendre d'un bon père de famille, il n'était pas admissible de faire peser sur l'employeur les risques matériels et physiques que susciterait l'exécution des obligations en cause, à savoir la mise au travail des non grévistes.

¹⁵² Comme nous l'avons noté *supra*, les attentes raisonnables du créancier, quant au risque que son cocontractant doit prendre en charge, sont fonction du contenu et de l'étendue des stipulations. Dans une décision du 24 janvier 1978, le Tribunal de commerce de Liège n'accorde pas la force majeure pour cause de grève dans la mesure où l'entreprise défenderesse n'a pas pris l'engagement *de produire* une quantité déterminée de fil de métal, mais s'est obligée à la livrer à la partie demanderesse dans un délai fixé. Aux yeux de la juridiction, « les contrats ne font nulle mention du fait que les produits seraient en cours de fabrication mais imposent au contraire aux bateliers l'obligation de charger un tonnage déterminé de fil à machine, ce qui suppose que les stocks existent à concurrence de ce tonnage » (Comm. Liège, 24 janvier 1978, J.L., 1978, p. 190). Dès lors, il était « dans l'économie de la convention » que les marchandises à transporter soient disponibles au moment de la mise à port convenue dans l'acte. Compar. avec la formule d'«*équilibre contractuel*» («*het contractuele evenwicht*»), utilisée par le Tribunal de commerce d'Anvers dans la décision précitée du 14 novembre 1961 (voy. note précédente).

¹⁵³ H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., et références citées en pages 608 et 609, notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 1947 n'ayant pas reconnu la force majeure dans le chef d'une débitrice d'une somme d'argent qui s'était vu spoliée de ses biens pendant la guerre et se trouvait dans l'impossibilité d'honorer ses engagements financiers (*Pas*, 1947, I, p. 108). Voy. Bruxelles, 19 janvier 2012, R.A.B.G., 2012, p. 1165: « Dès lors que l'obligation

36. Tempérament à l'adage : le lien avec l'impossibilité d'exécution.

Il faut en réalité garder à l'esprit que l'adage *genera non pereunt* n'est pas un principe général de droit mais l'expression d'une réalité de fait : en matière de choses de genre, l'impossibilité d'exécution sera rarement avérée. En ce sens, l'adage apparaît comme le reflet d'une « constatation statistique »¹⁵⁴.

Ce lien entre l'adage et l'impossibilité d'exécution est d'ailleurs énoncé par la Cour suprême dans l'arrêt du 13 mars 1947 auquel il est fait référence ci-avant : « la contrainte ou la force majeure (admise par le juge du fond) ne libèrent le débiteur que lorsqu'elle rend désormais impossible l'exécution de l'obligation ; pareille impossibilité ne se conçoit pas lorsque l'obligation consiste dans le paiement d'une somme d'argent ».

37. (suite) Admission de la force majeure en cas d'impossibilité absolue d'exécution? *A contrario*, la force majeure pourrait-elle s'appliquer aux choses de genre (et donc aux sommes d'argent), dès l'instant où elle a pour effet de rendre impossible l'exécution par le débiteur de son obligation pécuniaire ?

La Cour de cassation a énoncé dans un arrêt du 13 mai 1996 que la force majeure pouvait être admise lorsqu'une décision constitutive de fait du prince empêchait l'exécution d'une obligation pécuniaire¹⁵⁵. L'arrêt ne porte toutefois pas précisément sur une hypothèse d'insolvabilité du débiteur, mais plutôt sur l'interdiction formelle (et légitime¹⁵⁶) qui lui est faite par l'autorité d'effectuer le moindre paiement.

On trouve en revanche une position plus proche de cette thèse dans un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 31 mars 2006, où la Cour énonce qu'« en application de l'adage *genera non pereunt*, le débiteur de choses de genre qui périclitent par cas fortuit n'est pas libéré dès lors qu'il ne démontre pas l'impossibilité de s'en procurer d'autres »¹⁵⁷ (l'impossibilité absolue d'en obtenir d'autres pouvant donc *a contrario* permettre au débiteur d'invoquer la force majeure).

reposant sur [le débiteur] consistait en la remise d'une somme d'argent [...], il n'y avait point d'impossibilité d'exécution ».

¹⁵⁴ A. DE BOECK, « *Genera non pereunt, of toch wel?* », *R.G.D.C.*, 2009, p. 437.

¹⁵⁵ *Pas.*, 1996, I, p. 455. Voy. le commentaire de 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, pp. 95 et s. D'après cet auteur, 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, *ibidem*, 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^o 54).

¹⁵⁶ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 1401.

¹⁵⁷ *J.T.*, 2006, p. 727 ; dans le même sens, Liège, 27 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 100.

Dans un arrêt récent du 27 janvier 2011, la Cour d'appel de Bruxelles, amenée à se prononcer sur un argument de force majeure invoqué dans le cadre de l'exécution d'une obligation pécuniaire (en l'espèce l'obligation de procéder à une augmentation de capital), semble elle aussi avoir adopté un point de vue similaire, en ne rejetant pas d'emblée la force majeure au seul motif qu'elle ne pourrait s'appliquer à ce type d'obligation (la force majeure sera finalement écartée, mais pour d'autres motifs)¹⁵⁸.

38. (suite) Réserves. Quoi qu'il en soit, les tempéraments à l'adage *genera non pereunt* doivent selon nous être interprétés avec beaucoup de prudence.

D'une part, il sera, dans la plupart des cas, extrêmement difficile pour le débiteur de prouver qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité réelle de trouver une chose de même genre, et partant de bénéficiaire du régime de la force majeure.

Ensuite, même si la perte est d'une telle ampleur qu'elle place le débiteur dans une réelle impossibilité d'y remédier (on songe par exemple à la situation d'insolvabilité permanente et définitive du débiteur), on peut se demander si ouvrir la voie à de telles interprétations ne risquerait pas de mettre en danger nombre de rapports contractuels (en matière pécuniaire, on songe ainsi aux conséquences que cette approche pourrait avoir par exemple sur les opérations de crédit, si le débiteur peut s'exonérer de ses obligations en cas de force majeure).

Ceci étant précisé, on peut imaginer des cas extrêmes où la question de la force majeure peut se poser même en matière d'obligations pécuniaires. On songe par exemple à la situation d'un débiteur qui se serait engagé à procéder à un important investissement financier en escomptant lui-même une importante rentrée d'argent qui finalement n'interviendra pas en raison d'un événement de force majeure : pourra-t-il dans ce cas être libéré de ses engagements ?

Si l'on admet que l'exécution de l'obligation ne serait possible dans ce cas qu'au prix de la ruine du débiteur, celui-ci pourrait théoriquement démontrer que l'obligation est impossible à exécuter et en être ainsi libéré.

Tel ne serait toutefois pas le cas si le débiteur était responsable de sa situation financière fragilisée, que l'événement de force majeure a fait basculer dans l'insolvabilité. C'est ce que la Cour d'appel de Bruxelles a décidé dans l'affaire Sabena, en considérant que les événements du 11 septembre 2001 qui ont précipité Swissairgroup et Swissairlines vers la faillite, rendant impossible l'exécution de l'augmentation de capital à laquelle elles étaient tenues vis-à-vis de la Sabena, ne pouvaient être invoqués au titre de force majeure dans la mesure où les deux sociétés avaient elles-mêmes obéré leur situation financière

¹⁵⁸ Bruxelles, 27 janvier 2011, 2004/AR/1114, www.juridat.be.

en procédant à des rachats massifs de compagnies aériennes pour des sommes considérables.¹⁵⁹

D. Cas d'application

39. Intérêt purement exemplatif des cas d'application. Compte tenu du critère de l'absence de faute qui permet d'appréhender de manière théorique le concept de force majeure, il devient superflu de vouloir dresser une longue liste des événements constitutifs de force majeure. Les situations de fait susceptibles de compromettre la bonne exécution d'un contrat sont en effet sans limite.

Sous l'angle pratique, il est néanmoins utile de passer en revue quelques cas d'espèce fréquemment rencontrés afin de permettre au praticien de visualiser les situations factuelles habituellement invoquées et la manière dont elles sont accueillies par la jurisprudence¹⁶⁰.

40. Force majeure et événement climatique. On a déjà cité plus haut quelques exemples d'événements climatiques. L'approche de ce type de phénomène consiste dans la plupart des cas à apprécier si oui ou non l'événement était ou non prévisible, en tenant compte du degré d'information ou de renseignement que le débiteur est supposé détenir en fonction de ses qualifications¹⁶¹.

Ainsi, dans le cas d'un effondrement de toiture suite à des chutes de neige, la Cour d'appel de Bruxelles a souligné, dans un arrêt du 9 février 1982, que l'entrepreneur devait concevoir la construction afin qu'elle puisse faire face «à tout phénomène météorologique connu et, partant, prévisible, encore qu'il ne se manifeste qu'à intervalles espacés ou irréguliers». Il ne peut donc s'exonérer de sa responsabilité en cas de chutes de neige qui, bien qu'entraînant une surcharge de poids exceptionnelle, n'atteignent pas un niveau record qui avait été atteint trois fois en 80 ans.

De même, les tempêtes violentes sont rarement considérées comme des cas de force majeure¹⁶². Ainsi des vents soufflant à 80 km/h¹⁶³, à 104 km/h¹⁶⁴

¹⁵⁹ 2004/AR/1114, www.juridat.be.

¹⁶⁰ Voy. égal. les nos 23 à 27 (spéc. pour les hypothèses de vol et d'incendie).

¹⁶¹ Pour une étude de la question dans le domaine de la construction, voy. B. VAN ACKER, « Wordt Neerslag beschouwd als overmacht in de private bouwsector? », *R.A.B.G.*, 2010/10.

¹⁶² S. MICHAUX et D. PHILIPPE, « La force majeure », in *Obligations, traité théorique et pratique, op. cit.*, p. 152; Anvers (4^e ch.), 22 septembre 1992, *Bull. ass.*, 1993, p. 57.

¹⁶³ Bruxelles (16^e ch.), 18 septembre 2002, *R.G.A.R.*, 2003, n° 13.736 (en matière quasi-délictuelle).

¹⁶⁴ Gand (9^e ch.), 19 mars 2004, *Bull. ass.*, 2005, p. 159.

voire à 111 km/h (ce qui n'est pas exceptionnel en Belgique)¹⁶⁵ n'ont pas été retenus comme exonérateurs.

41. Force majeure et mandat. La force majeure ne peut être invoquée au seul motif qu'un mandataire aurait commis une faute ou une négligence. Aussi ne peut-on invoquer la force majeure lorsque l'avocat, mandataire de son client, a oublié de signifier une décision dans le délai légal¹⁶⁶, ou a laissé passer un délai d'appel par négligence¹⁶⁷, comme dans ce cas d'espèce où le fils d'un avocat avait oublié de poster la lettre enjoignant l'huissier de dénoncer l'appel¹⁶⁸. Comme le souligne la Cour d'appel de Bruxelles, c'est là une conséquence logique des règles du mandat : les fautes ou négligences du mandataire engagent le mandant lorsqu'elles sont commises dans le cadre du mandat¹⁶⁹. Le concept de force majeure est donc interprété dans toute sa rigueur en matière de mandat. Aucune faute ne doit donc exister, non seulement dans le chef de la partie concernée, mais également dans celui de son mandataire. Ce n'est que lorsque ces conditions sont rencontrées que l'on peut admettre la force majeure, et donc, en matière de délai de recours, le dépassement du délai applicable. C'est notamment le cas lorsqu'une circulaire fiscale, qui précise que le délai de déchéance d'une disposition particulière est de trois mois, intervient de manière rétroactive en telle sorte que le contribuable en question est hors délai en raison d'un événement indépendant de sa volonté¹⁷⁰.

Un arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 2011 résonne comme un coup de tonnerre dans cette jurisprudence constante. La Haute juridiction judiciaire a, en effet, considéré que la faute de l'huissier de justice peut constituer un cas de force majeure justifiant la prorogation des délais légaux de recours – *in casu* d'opposition – « du temps durant lequel le condamné s'est trouvé dans l'impossibilité absolue de former son recours »¹⁷¹. Il apparaît, toutefois, que cette solution ne doit pas être élargie aux autres mandataires, dans la mesure où elle a été inspirée par la situation spécifique que réserve la loi aux huissiers de justice. Le Code judiciaire leur confère, notamment, un monopole particulier et balise leur compétence territoriale¹⁷².

¹⁶⁵ Cass., 8 janvier 1973, *Entr. et dr.*, 1978, p. 279.

¹⁶⁶ Cass., 8 novembre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 279.

¹⁶⁷ Cass., 9 octobre 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1203.

¹⁶⁸ Bruxelles, 12 mai 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1214.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ Cass., 4 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 287. Pour plus de développements en matière fiscale, voy. E. VAN BRUSTEM, « Délai de réclamation – prolongation – fait de l'administration – force majeure », *Revue Générale du Contentieux Fiscal*, 2003/1, p. 22.

¹⁷¹ Cass. (2^e ch.), 9 novembre 2011, R.G. n° P.11.1027.F.

¹⁷² R. SALZBURGER, « La faute contractuelle commise par l'huissier de justice-mandataire constitue-t-elle un cas de force majeure pour son mandant ? », note sous Cass. (2^e ch.), 9 novembre 2011, *R.G.D.C.*, 2012, pp. 445 et s.

42. Force majeure et accident de santé. Si le débiteur est victime d'un accident indépendant de sa volonté qui rend impossible l'exécution de sa prestation, cet événement peut bien entendu être invoqué au titre de force majeure. Le Tribunal de commerce de Leuven l'a confirmé dans un jugement du 29 novembre 1966, où un entrepreneur chargé de la réalisation de plantations avait été victime d'une fracture de la jambe après la conclusion du contrat¹⁷³. Dans un arrêt du 26 octobre 2007, la Cour d'appel de Liège a considéré que la maladie frappant brusquement l'armurier constituait un cas de force majeure¹⁷⁴. En revanche, le juge de paix de Tournai a estimé, dans une décision du 25 septembre 2001¹⁷⁵, qu'un accident de santé, provoquant une incapacité de travail supérieure à 66 %, ne constituait pas un obstacle irrésistible rendant impossible l'exécution de l'obligation : à supposer que le locataire était inapte à exploiter personnellement le bien, rien ne lui interdisait d'en confier la gestion à un gérant ou à un préposé. En outre, en fermant de sa propre initiative le débit de boisson, sans en avoir préalablement informé la brasserie, le preneur a commis une faute qui a causé un grave préjudice au bailleur.

43. Force majeure et rupture du contrat sous-jacent. La Cour d'appel de Bruxelles a été amenée à se prononcer sur une affaire où un entrepreneur avait, dans le cadre d'un contrat relatif la construction d'un immeuble, acheté en son nom les ascenseurs destinés à être placés dans l'immeuble. Le contrat d'entreprise ayant été rompu, l'entrepreneur avait invoqué cet événement au titre de cas de force majeure pour être libéré de son engagement d'acheter les ascenseurs. La Cour a considéré qu'il ne pouvait être question de force majeure dans ce cas d'espèce dès lors que l'entrepreneur n'avait à aucun moment lié le contrat de vente des ascenseurs au contrat d'entreprise et qu'en outre, la dissolution de ce contrat ne rendait pas l'exécution de la vente impossible. En revanche, la Cour a considéré que le vendeur des ascenseurs était libéré de son obligation de les installer, vu la disparition du contrat d'entreprise de construction (ce qui a éteint l'obligation corrélative de payer ce placement)¹⁷⁶. Cet arrêt semble sévère par rapport à l'appréciation raisonnable de l'impossibilité d'exécution. S'il est vrai que l'exécution du contrat de vente n'était pas devenue rigoureusement impossible, le fait que les ascenseurs ne puissent plus être placés (ce que constate la Cour), rendait en effet l'opération rigoureusement inutile pour l'acheteur, qui s'exposait par ailleurs à un préjudice important à supposer qu'il puisse prouver l'impossibilité de placer ces ascenseurs dans le cadre d'un autre chantier.

¹⁷³ Comm. Leuven, 19 novembre 1966, *J.C.B.*, 1968, p. 537.

¹⁷⁴ Liège (14^e ch.), 26 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1203 (somm.).

¹⁷⁵ J.P. Tournai (2^e cant.), 25 septembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 516.

¹⁷⁶ Bruxelles, 6 février 1985, *J.T.*, 1985, p. 390.

Dans une autre espèce, la Cour d'appel de Bruxelles a considéré que l'arrêt de fabrication d'accessoires très spécifiques indispensables à la fourniture d'un équipement industriel constituait pour le vendeur dudit équipement un cas de force majeure le libérant de son engagement de livrer ledit équipement¹⁷⁷.

44. Force majeure et faillite. La faillite n'est pas assimilée à un cas de force majeure pour le débiteur failli sauf si elle-même a été provoquée par un événement de force majeure¹⁷⁸, et à la condition toutefois que l'événement de force majeure invoqué n'ait pas été en réalité un simple élément déclencheur d'une situation financière déjà fragilisée par le fait du débiteur lui-même¹⁷⁹. Dans une décision du 26 janvier 2012¹⁸⁰, il a été jugé que la faillite de l'entrepreneur ne pouvait être considérée comme un cas de force majeure pour la R.T.B.F. qui s'était engagée à décerner au gagnant d'un concours un bon d'une valeur de 125.000 euros H.T.V.A., destiné à la conception et à la construction d'une maison «Delta Concept». En outre, le diffuseur des émissions télévisées (R.T.B.F.) avait, en l'espèce, «expressément envisagé sa responsabilité sous certaines conditions en cas de cessation d'activité de Delta Concept [le constructeur]»¹⁸¹.

45. Force majeure et grève. La Cour d'appel de Liège a décidé qu'une grève postale que connaissait ou devait connaître l'avocat chargé du dépôt d'une requête d'appel ne pouvait excuser un dépôt tardif¹⁸². La Cour d'appel d'Anvers a adopté une position identique dans un arrêt du 27 avril 2009¹⁸³. Dans un arrêt du 4 juin 2008, le Conseil d'État a pris une décision en sens contraire dans un cas où il était établi que le pli avait été remis le dernier jour utile au bureau de poste mais que le récépissé du dépôt a été estampillé avec un jour de retard en raison de la grève¹⁸⁴.

Dans une décision du 16 septembre 1986, le Tribunal du travail d'Anvers a estimé que l'employeur ne pouvait invoquer la grève au titre de force majeure s'il n'établissait pas que les conditions de travail dans l'entreprise étaient adéquates et qu'il a tout fait pour prévenir un conflit social¹⁸⁵. Dans le même

¹⁷⁷ Bruxelles, 14 avril 1989, *J.T.*, 1989, p. 356.

¹⁷⁸ Bruxelles, 6 juin 1985, *Res et jura imm.*, 1986, p. 17; Comm. Dinant, 26 mai 1987, *Rev. Banq.*, 1988, p. 33.

¹⁷⁹ Bruxelles, 27 janvier 2011, 2004/AR/1114, www.juridat.be.

¹⁸⁰ Civ. Bruxelles (71^e ch.), 26 janvier 2012, *D.C.C.R.*, 2012, p. 125.

¹⁸¹ «En cas de cessation de l'activité de la société offrant les prix, avant la mise en œuvre du gain ou pendant l'organisation du concours, la RTBF se trouve déchargée de toute responsabilité à l'égard des concurrents et des gagnants» (clause du règlement du concours).

¹⁸² Liège, 16 novembre 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 809.

¹⁸³ *Limb. Rechtsl.*, 2009, liv. 4, p. 305.

¹⁸⁴ C.E., 4 juin 2008, *T.G.R.*, 2009, liv. 1, p. 4.

¹⁸⁵ *Limb. Rechtsl.*, 1987, p. 31.

ordre d'idées, il a été jugé par le Tribunal de première instance de Bruxelles le 27 mars 2003 que l'État ne pouvait s'exonérer de sa responsabilité en invoquant une grève des gardiens de prison s'il ne prouvait pas avoir tout mis en œuvre pour en pallier les conséquences¹⁸⁶. La Cour du travail de Liège a souligné dans un arrêt du 12 décembre 2002 que si la grève était assimilée à un cas de force majeure, elle pouvait exonérer l'employeur du paiement des rémunérations en ce compris pour les travailleurs non grévistes, si aucune prestation n'a pu être accomplie¹⁸⁷. Dans une décision du 16 janvier 1992, le Tribunal du travail de Bruxelles refuse cette exonération à l'employeur qui, malgré la grève, était en mesure de faire travailler les non grévistes mais ne l'a pas fait¹⁸⁸.

Sous-section 3

Preuve de la force majeure

46. La charge de la preuve pèse sur le débiteur. Il appartient au débiteur qui invoque la force majeure de l'établir selon le principe général de l'article 1315, al. 2, du Code civil¹⁸⁹. La règle se trouve formellement exprimée à l'article 1302 du Code civil en matière d'obligation de délivrance d'un corps certain : « le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue ».

Ainsi par exemple, « l'emprunteur qui ne peut satisfaire à son obligation de restituer la chose prêtée en raison de la perte de l'objet prêté par suite d'un cas fortuit, est tenu, pour se libérer de son obligation, d'apporter la preuve de la cause étrangère »¹⁹⁰.

S'agissant de la preuve d'un fait juridique, celle-ci peut être rapportée par toutes voies de droit, y compris les témoignages et présomptions¹⁹¹.

47. Objet de la preuve – renvoi aux nos 21 à 27.

¹⁸⁶ Civ. Bruxelles, 27 mars 2003, *J.T.*, 2003, p. 568.

¹⁸⁷ C. Trav. Liège, 12 décembre 2002, *J.T.T.*, 2004, p. 25.

¹⁸⁸ Trib. trav. Bruxelles, 16 janvier 1992, *Chron. dr. soc.*, 1995, p. 277.

¹⁸⁹ Cass., 6 novembre 2008, C.06.0628.F, www.juridat.be; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., p. 1395; H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., n° 604; P. WÉRY, *Droit des obligations*, Volume 1, *Théorie générale du contrat*, op. cit., 2011, p. 501; R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht*, Deel III, op. cit., p. 71.

¹⁹⁰ Mons, 23 avril 1993, *Pas.*, 1992, II, p. 184.

¹⁹¹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, Volume 1, *Théorie générale du contrat*, op. cit., 2011, p. 542, n° 566.

Sous-section 4

Effets de la force majeure**A. Effets sur l'obligation inexécutée**1) *Effet libératoire*

48. Principe. La force majeure a un effet libératoire : le débiteur est libéré de toute responsabilité¹⁹².

La règle se trouve exprimée notamment à l'article 1302 du Code civil en matière de perte de la chose due : « [...] l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur ».

Aux termes d'une analyse convaincante relative aux fondements d'un tel effet libératoire, P.A. Foriers et Ch. de Leval retiennent en substance que celui-ci repose à la fois sur l'impossibilité d'exécution résultant de l'événement de force majeure, qui rend caduque l'obligation qui impliquait une exécution en nature, et sur la non imputabilité au débiteur de l'inexécution qui en résulte¹⁹³.

En d'autres termes, l'effet libératoire de la force majeure s'exerce selon la séquence suivante : dans un premier temps, l'obligation concernée s'éteint parce qu'elle est devenue caduque ; dans un second temps elle est remplacée par une obligation de réparation (par équivalent) dont le débiteur est libéré en l'absence de faute pouvant lui être imputée dans l'impossibilité d'exécution. La force majeure n'entraîne en ce sens aucuns dommages et intérêts¹⁹⁴.

49. Double composante de l'effet libératoire. L'effet libératoire apparaît ainsi comme le strict reflet des deux composantes de la force majeure : l'impossibilité d'exécution et la non imputabilité (cette dernière révélant l'absence de faute ou l'absence de causalité)¹⁹⁵. Un tel effet libératoire ne se justifie que si et dans la mesure où l'obligation est impossible à exécuter et si et dans la mesure où cette impossibilité d'exécution n'est pas due à la faute du débiteur.

¹⁹² H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., p. 608 ; P. VAN OMMELAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., p. 1397 ; P. WÉRY, *Droit des obligations, Volume 1, Théorie générale du contrat*, op. cit., 2011, p. 543 ; S. MICHAUX et D. PHILIPPE, « La force majeure », in *Obligations, traité théorique et pratique*, op. cit., p. 157 ; R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht*, Deel III, op. cit., p. 72.

¹⁹³ « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et bicentenaire du Code civil*, op. cit., pp. 258 à 260 et références citées.

¹⁹⁴ Bruxelles, 13 janvier 1988, R.W., 1990-1991, p. 783 ; Bruxelles, 14 avril 1989, J.T., 1989, p. 356.

¹⁹⁵ Le concept d'imputabilité est frappé, d'après l'expression de X. THUNIS, « d'une ambiguïté congénitale » (X. THUNIS, « Théorie générale de la faute. vol. 3. La faute comme acte imputable à son auteur », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titre II, Livre 20^{ter}, Waterloo, Kluwer, 15 décembre 2011, p. 6, n° 3). D'une part, il fait écho à l'absence de faute dans la genèse et les conséquences de l'événement de force majeure et à l'exigence de l'impossibilité *non fautive* ; d'autre part, la notion d'imputabilité traduit un raisonnement en termes de causalité : le dommage n'est pas dû au comportement (le cas échéant) fautif du débiteur.

50. (suite) Application au caractère temporaire ou définitif de la force majeure. L'identification de ces deux composantes de l'effet libératoire de la force majeure permet de mieux en cerner la portée, en particulier quant à son caractère temporaire ou définitif¹⁹⁶.

On enseigne traditionnellement que la force majeure a un effet temporaire si elle ne constitue qu'un obstacle provisoire à l'exécution de l'obligation¹⁹⁷, laquelle pourra donc être normalement exécutée dès que l'obstacle aura disparu, à la condition toutefois qu'une telle exécution soit encore utile à ce moment (ce qui ne sera pas le cas, par exemple, si l'obligation devait être exécutée dans un certain délai qui a entre-temps expiré¹⁹⁸).

Or, le caractère provisoire ou définitif de la force majeure n'est pas toujours aisé à déterminer en pratique. Si l'on prend l'exemple d'un obstacle empêchant un avocat de déposer une requête d'appel une heure avant la fin du délai (survenance d'une panne informatique occasionnant une perte du texte de la requête d'appel), et qui n'est levé qu'à l'issue du délai d'appel, il est évident que la force majeure a un effet libératoire définitif. Si en revanche on prend le même exemple, mais en supposant que la panne informatique soit survenue 24 heures avant la date de dépôt, l'impossibilité d'exécution sera certes toujours existante aussi longtemps que la panne informatique ne sera pas réglée mais à mesure que le temps passe, le critère de la faute aura tendance à s'estomper, le débiteur étant supposé utiliser le temps mis à sa disposition pour faire face à cette impossibilité d'exécution. On pourra considérer alors que la force majeure a pris fin au moment où le débiteur était censé avoir trouvé une solution de rechange et avoir réécrit le texte de la requête d'appel. Les effets de la force majeure se mesurent donc, quant à leur durée, pendant la période où les deux composantes sont rencontrées (impossibilité d'exécution et absence de faute).

Il en va de même pour les effets matériels de la force majeure : la libération du créancier ne lui sera accordée que dans la mesure de l'impossibilité d'exécution *et* de son caractère non fautif. Par exemple, des chutes de neige peuvent libérer le débiteur de livrer dans le délai qu'il avait promis, mais pas de livrer dans un délai prolongé, dont la durée sera calculée par rapport à ce que

¹⁹⁶ P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et bicentenaire du Code civil*, op. cit., p. 260.

¹⁹⁷ P. WÉRY, *Droit des obligations, Volume 1, Théorie générale du contrat*, op. cit., 2011, p. 549, n° 577 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., p. 1397 ; L. CORNELIS, « De schorsing van verbintenissen », *T.P.R.*, 2008, p. 497.

¹⁹⁸ H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., p. 608. À l'inverse, le paiement d'une somme d'argent conserve toujours son utilité (voy. A. DE BOECK, « De schorsing bij overmacht in het gemene verbintenissen- en contractenrecht », in *Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten*, Brugge, Die Keure, 2010, p. 75).

l'on pouvait raisonnablement attendre de lui dans ces circonstances (absence de faute)¹⁹⁹.

2) *Exceptions*

a. *Mise en demeure*

51. Transfert de la charge des risques. La mise en demeure opère un transfert des risques du créancier à son débiteur.

Par la mise en demeure, l'obligation se trouve, selon les termes du droit romain, « perpétuée » : elle n'est plus susceptible de subir des modifications en raison des circonstances ; elle devient figée, définitive²⁰⁰. Le débiteur assume par conséquent tous les risques relatifs à son obligation, non seulement ceux qui résultent de son fait, mais aussi ceux qui résultent de toutes circonstances généralement quelconques comme le cas fortuit ou la force majeure.

52. Conséquence sur l'effet libératoire. Il en résulte très concrètement que la force majeure n'aura plus d'effet libératoire pour le débiteur une fois que celui-ci a été mis en demeure.

Le contrat pourra donc être résolu ou faire l'objet d'une exécution forcée comme pour toute inexécution fautive²⁰¹.

H. De Page explique parfaitement la logique d'une telle sanction²⁰² : « Le débiteur qui ne s'exécute pas sur injonction du créancier est *ipso facto* en faute, et la sanction rationnelle, en même temps que très énergique, de cette faute est la prise en charge de tous les événements résultant des circonstances, l'attribution des risques. La demeure est un retard coupable, qui a pour effet de modifier la théorie de l'imputabilité, telle qu'elle résulte du droit commun. »

En vertu de l'article 1302, al. 2, le débiteur est, néanmoins, libéré par le cas fortuit, même après la mise en demeure, « dans le cas où la chose fût également périée chez le créancier ». Dans ce cas, en effet, le lien causal entre le comportement fautif du débiteur et le dommage fait défaut²⁰³.

¹⁹⁹ Pour autant qu'une exécution partielle soit encore suffisamment utile pour que le créancier puisse l'exiger (P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et bicentenaire du Code civil, op. cit.*, p. 261).

²⁰⁰ H. DE PAGE, *Traité*, t. III, 3^e éd., 1967, p. 112, n^o 83. L'auteur rappelle que c'est là l'effet *essentiel* de l'institution de la mise en demeure, celui pour lequel elle a été inventée.

²⁰¹ P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et bicentenaire du Code civil, op. cit.*, p. 283.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VI, *Effets des obligations*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931, p. 669, n^o 616.

b. *Clause contraire*

53. Liberté des parties – limites. La matière étant supplétive, les parties peuvent parfaitement prévoir que la responsabilité du débiteur sera étendue aux cas de force majeure²⁰⁴. Notons toutefois que sont interdites les clauses mettant à charge du consommateur des dommages et intérêts s'il rompt le contrat pour force majeure (article 74/12 de la loi relative aux pratiques de marché et à la protection du consommateur)²⁰⁵.

c. *Dispositions légales particulières*

54. Régimes dérogatoires. Certaines dispositions légales mettent à charge du débiteur le risque de perte par cas fortuit. C'est par exemple le cas de celui qui a volé un bien qui a ensuite été détruit ou perdu (article 1302, al. 4). C'est également le cas de celui qui a reçu un paiement de mauvaise foi (article 1379 du Code civil).

B. Effets sur le contrat

1) Contrats unilatéraux

55. Res perit creditori. Si la force majeure affecte une obligation principale du débiteur, le contrat unilatéral est dissout et le créancier en supporte les conséquences (*res perit creditori*)²⁰⁶.

Si c'est une obligation accessoire qui est concernée, seule celle-ci sera dissoute sauf si les liens avec les autres obligations sont tels qu'elle ne peut être divisée de l'ensemble du contrat. De même, si l'obligation essentielle du contrat est partiellement visée, le créancier pourra refuser une exécution partielle si l'économie du contrat ne s'y prête pas²⁰⁷.

2) Contrats synallagmatiques – théorie des risques

Une présentation approfondie de la théorie des risques dépasserait le cadre de cette étude²⁰⁸.

²⁰⁴ P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et bicentenaire du Code civil*, op. cit., p. 609; P. WÉRY, *Droit des obligations, Volume 1, Théorie générale du contrat*, op. cit., 2011, p. 544.

²⁰⁵ M.B., 12 avril 2010.

²⁰⁶ P. WÉRY, *Droit des obligations, Volume 1, Théorie générale du contrat*, op. cit., 2011, pp. 545 et 546; P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et bicentenaire du Code civil*, op. cit., p. 609.

²⁰⁷ S. MICHAUX et D. PHILIPPE, « La force majeure », in *Obligations, traité théorique et pratique*, op. cit., p. 170.

²⁰⁸ Cons. P. WÉRY, « Les adages 'Res perit debitori', 'Res perit creditori' et 'Res perit domino' », in *Le droit romain d'hier à aujourd'hui. Liber amicorum en l'honneur de Gilbert Hanard*, Bruxelles, Publ. F.U.S.L., 2009, pp. 287 et s;

Nous nous bornerons ici à rappeler très brièvement les points qui retiennent l'attention.

56. Force majeure totale ou partielle, temporaire ou définitive.

Lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle résulte de la survenance d'un cas de force majeure, il faut distinguer plusieurs situations : soit la force majeure est totale et définitive et entraîne la dissolution du contrat, soit la force majeure est temporaire et peut entraîner une suspension du contrat. La force majeure peut par ailleurs présenter un caractère partiel et se pose alors la question de savoir si elle entraîne une dissolution du contrat ou une réduction (temporaire ou définitive) de celui-ci.

57. Force majeure totale et définitive – *res perit creditori*. La force majeure totale et définitive a pour effet, dans un contrat synallagmatique, non seulement de libérer le débiteur de l'exécution de son obligation, mais également d'éteindre les obligations corrélatives. Cette extinction des obligations corrélatives est le résultat de la théorie des risques, selon laquelle la force majeure qui affecte l'obligation principale d'un contrat synallagmatique entraîne la dissolution du contrat entier. Autrement dit, les risques sont pour le débiteur (*res perit debitori*) qui, tout en étant libéré de l'exécution de son obligation, perd également le bénéfice de la créance corrélatrice²⁰⁹.

La théorie des risques a été consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt de principe du 27 juin 1946, où elle énonce que dans un contrat synallagmatique, l'extinction des obligations d'une partie par la force majeure entraîne celle des obligations corrélatives de l'autre partie, eu égard à l'interdépendance des obligations réciproques caractérisant le rapport synallagmatique²¹⁰. La Cour l'a confirmé par la suite, notamment dans un arrêt du 17 juin 1993, où elle souligne que l'article 1722 du Code civil relatif à la destruction par cas fortuit de la chose donnée en location « n'est qu'une application de la règle de droit suivant laquelle, dans les contrats synallagmatiques, l'extinction, par la force majeure, des obligations d'une partie, entraîne l'extinction des obligations corrélatives de l'autre partie et justifie, dès lors, la dissolution du contrat »²¹¹.

La théorie des risques est ainsi érigée au rang de cause spécifique de dissolution du contrat. La dissolution ne repose pas sur une faute comme dans le cas de l'article 1184 du Code civil, mais sur la nature même du contrat

P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et bicentenaire du Code civil*, op. cit., pp. 268 et s.

²⁰⁹ H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., n° 606; S.J. NUDELHOLE, « Les incidences de la théorie des risques sur les restitutions consécutives à l'annulation du contrat », *R.C.J.B.*, 1988, p. 236.

²¹⁰ Cass., 27 juin 1946, *Pas.*, 1946, I, pp. 270 à 275.

²¹¹ *Pas.*, 1993, I, p. 582; dans le même sens, Cass., 6 novembre 2008, R.G. n° C.06.0628.F, www.juridat.be; Civ. Nivelles (9^e ch.), 30 octobre 2003, *Res et jura imm.*, 2004, p. 7.

synallagmatique (interdépendance des obligations réciproques), en vertu de laquelle l'impossibilité d'exécuter une obligation entraîne l'extinction du contrat entier²¹².

58. Force majeure temporaire. La force majeure temporaire entraîne quant à elle une suspension du contrat aussi longtemps que persiste l'obstacle. Comme la Cour de cassation le souligne dans son arrêt de principe du 13 janvier 1956, la force majeure «suspend l'exécution de tous les engagements nés d'un contrat synallagmatique, lorsque cet empêchement n'est que temporaire et que le contrat peut encore être utilement exécuté après le délai»²¹³.

59. (suite) Lien avec le concept de faute. Ici encore, le concept de faute est utile pour appréhender les différentes situations où la force majeure a un effet provisoire. Il y a bien entendu l'hypothèse classique de la disparition pure et simple du cas fortuit qui faisait obstacle à l'exécution de l'obligation. Dans ce cas, il est clair que le débiteur qui ne s'exécute pas à ce moment sera en faute et ne pourra plus invoquer le bénéfice de la force majeure. Mais il se peut aussi que l'événement se maintienne sans pour autant que la force majeure perde son caractère temporaire. Dans certains cas en effet, le débiteur sera supposé trouver, avec l'écoulement du temps, des moyens pour faire face au cas fortuit. Si le temps passe sans qu'il mette en œuvre ces moyens, il convient d'admettre qu'il sera en faute et qu'il ne pourra plus invoquer le cas fortuit au titre de force majeure²¹⁴.

Il va de soi que l'effet temporaire de la force majeure ne peut être admis que si le contrat peut encore être utilement exécuté au moment où elle prend fin²¹⁵ ²¹⁶. Comme le souligne la Cour de cassation : «si la force majeure per-

²¹² P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., p. 848.

²¹³ *Pas.*, 1956, I, p. 460.

²¹⁴ En ce sens, Gand, 7 mai 1998, *Iuris*, 2000, p. 1064.

²¹⁵ Voy. Gand (12^e ch.), 3 mars 1993, *R.G.D.C.*, 1995, p. 75 et note K. CREYF, «De verplichting tot inontvangstneming door de koper». En l'espèce, il a été jugé que l'appelant ne démontrait pas que l'impossibilité temporaire (grève) – et le retard qu'elle provoqua dans l'exécution de l'obligation – était de nature à ôter toute utilité à la livraison de la voiture commandée.

²¹⁶ Dans une contribution récente, A. DE BOECK se demande dans quelles situations on peut considérer que l'exécution de l'obligation est devenue inutile pour le créancier. L'auteur propose de s'inspirer des règles qui concernent la validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Une telle clause est illicite si elle porte atteinte à l'essence même du contrat ou qu'elle «vide le contrat de sa substance». Dès lors, «een analoge toepassing van dit criterium in de situatie van tijdelijke overmacht zou dan meebrengen dat de rechter de overeenkomst moet interpreteren en moet onderzoeken welke essentiële en substantiële elementen voorwerp zijn geweest van de wilsovereenstemming tussen de partijen en vervolgens zal moeten nagaan of, vanuit de positie van de schuldeiser beoordeeld [...] deze kern van de overeenkomst door de tijdelijke overmacht al dan niet onherroepelijk is aangetast» (voy. A. DE BOECK, «De schorsing bij overmacht in het gemene verbintenissen- en contractenrecht», in *Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten*, op. cit., pp. 74 et 75.

siste, de sorte que cette dernière condition n'est plus remplie, le contrat est dissout de plein droit»²¹⁷.

60. (suite) Sort du contrat pendant la période de suspension. Pendant la période de suspension, le contrat n'entre pas en léthargie complète²¹⁸. Il faut que les parties collaborent loyalement à sa conservation, et qu'elles fassent le nécessaire, en ce qui concerne les obligations dont elles sont débitrices, pour surmonter l'obstacle constitutif de force majeure dans les meilleurs délais²¹⁹. Ainsi le distributeur d'électricité, une fois informé de l'explosion d'un fusible dans une cabine électrique, doit-il remédier à la panne dans un laps de temps raisonnable²²⁰.

61. Force majeure partielle. La force majeure partielle peut quant à elle entraîner, selon qu'elle est temporaire ou définitive, la suspension ou la dissolution partielle du contrat. Ces mécanismes ne trouveront toutefois à s'appliquer que si l'économie du contrat peut s'accommoder d'une exécution partielle et si celle-ci présente encore une utilité pour les parties²²¹.

La règle se trouve exprimée à l'article 1722 du Code civil (dont la Cour de cassation a admis la portée générale comme on l'a vu), qui permet au preneur, en cas de destruction partielle de la chose louée, soit de solliciter une diminution partielle du loyer, soit de solliciter la dissolution («résiliation») du bail. Comme l'a souligné la Cour de cassation le fait pour le preneur d'avoir continué à payer les loyers après la destruction partielle des lieux loués et d'avoir même tenté de céder le fonds de commerce exploité dans l'immeuble est une circonstance établissant que le preneur a renoncé à la dissolution²²².

3) Contrats impliquant un transfert de propriété

62. Régime dérogatoire pour les corps certains. La règle qui fait peser la charge des risques sur le débiteur connaît toutefois une exception lorsque le contrat synallagmatique a pour objet le transfert de la propriété d'un *corps certain*.

²¹⁷ *Pas.*, 1956, I, p. 460.

²¹⁸ A. DE BOECK, «De schorsing bij overmacht in het gemene verbintenissen- en contractenrecht», in *Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten*, *op. cit.*, pp. 76 et s. Le contrat «ne dort que d'une oreille» (*ibid.*, p. 81). L'auteur expose les obligations – d'information, de loyauté, de modération, etc. (*ibid.*, p. 76) – qui s'imposent aux parties dès l'émergence de la force majeure temporaire (*ibid.*, pp. 80 à 82), durant la période de suspension (*ibid.*, pp. 82 à 84) et lorsque l'impossibilité temporaire cesse (*ibid.*, pp. 84 et s.).

²¹⁹ P. WÉRY, *Droit des obligations, Volume 1, Théorie générale du contrat*, *op. cit.*, 2011, p. 549, n° 577.

²²⁰ Gand, 7 mai 1998, *luvis*, 2000, p. 1064.

²²¹ P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, «Force majeure et contrat», in *Le droit des obligations contractuelles et bicentenaire du Code civil*, *op. cit.*, p. 277.

²²² Cass., 27 mars 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 814.

L'article 1138 du Code civil dispose en effet que « l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer : auquel cas la chose reste aux risques de celui-ci ».

Dans un tel cas, le débiteur de l'obligation de livrer en est libéré mais conserve néanmoins le droit de demander le paiement du prix. Les risques sont donc pour le créancier, propriétaire de la chose vendue (« *res perit creditori* », ou « *res perit domino* »)²²³.

63. Mécanismes de réserve de propriété. Si l'on souscrit à la thèse selon laquelle le transfert immédiat des risques à l'acheteur résulte du transfert de propriété intervenu *solo consensu* au moment de la conclusion du contrat de

²²³ Sur cette question et le rapprochement avec l'adage « *res perit domino* », voy. not. P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et bicentenaire du Code civil*, op. cit., pp. 274 et s.; P. WÉRY, « Les adages '*Res perit debitori*', '*Res perit creditori*' et '*Res perit domino*' », in *Le droit romain d'hier à aujourd'hui. Liber amicorum en l'honneur de Gilbert Hanard*, op. cit., pp. 287 et s. Ces deux études, pour les motifs qui y sont amplement développés, diffèrent sur l'interprétation à donner à l'article 1138 du Code civil. Pour la première, il s'agirait d'une application du principe *res perit creditori* en matière de vente, selon lequel le risque passe à l'acheteur dès la conclusion du contrat. Pour la seconde, l'adage *res perit domino* expliquerait le mécanisme, à savoir le principe selon lequel les risques suivent la propriété (qui est transférée *solo consensu* à l'acheteur en cas de vente). La controverse n'est pas que théorique. Elle est même susceptible de revêtir des conséquences pratiques considérables lorsqu'il est question de vente avec un transfert différé de la propriété (par exemple en cas de clause de réserve de propriété). Dans une telle situation, si l'on suit l'adage *res perit domino*, les risques restent logés dans le chef du vendeur jusqu'au moment du transfert de propriété. En cas de perte de la chose par cas fortuit, le vendeur ne pourra donc en réclamer le prix de vente à l'acheteur. Si l'on se rallie en revanche à l'adage *res perit creditori*, les risques passeront immédiatement à l'acheteur, qui sera tenu de payer le prix en cas de disparition de la chose vendue par cas fortuit. L'éclairage des travaux préparatoires, fourni par P. WÉRY dans son étude précitée, aux termes desquels le transfert des risques apparaît comme justifié par le fait que la chose vendue devient, par le fait du transfert immédiat de propriété, « au pouvoir de l'acheteur », et donc à ses risques, nous semble faire pencher la balance en faveur de la seconde thèse. Nous ajouterions que le libellé de l'article 1182 du Code civil, qui retarde le transfert des risques au moment de la réalisation de la condition suspensive, justifie littéralement le transfert des risques à ce moment par le fait que le vendeur ne s'est obligé de « **livrer** » que dans le cas de la réalisation de la condition. L'idée semble ici aussi consister à lier le transfert des risques à la maîtrise que l'acheteur peut ou non exercer sur la chose vendue. De même, l'article 1302, al. 2, du Code civil précise que le débiteur peut être exonéré de la charge des risques, même s'il a été mis en demeure de livrer, lorsqu'il peut démontrer que la chose aurait de toute façon péri même si elle avait été en possession du créancier. Ici encore, l'idée de pouvoir sur la chose, caractéristique du droit de propriété, semble associée à la problématique des risques. Le lien entre propriété et risques est encore attesté par l'article 1788 du Code civil qui précise que lorsque l'entrepreneur s'est engagé à livrer la matière, la perte de celle-ci est aux risques de l'entrepreneur si la matière n'a pas encore été réceptionnée, c'est-à-dire si le transfert de propriété n'est pas encore intervenu (P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., p. 849). C'est du reste la position que la Cour de cassation a adoptée dans son arrêt du 9 novembre 1995, en énonçant que « lorsqu'un contrat de vente qui comporte une clause retardant le transfert de propriété est conclu, le vendeur supporte, en principe, le risque de la perte de la chose et, sauf clause contraire, ne peut plus obtenir le paiement du prix et est tenu de restituer à l'acheteur le prix ou la partie du prix déjà payée » (C.930035.N, www.juridat.be). La Cour d'appel de Mons a adopté une position identique dans un arrêt du 20 mai 2003 (J.L.M.B., 2004, p. 690).

vente (« *res perit domino* »)²²⁴, il s'agira d'être attentif aux mécanismes de réserve de propriété présents dans de nombreux contrats, qui auraient alors pour effet de loger les risques chez le vendeur, sauf pour celui-ci à avoir pris le soin de préciser que les risques étaient transférés immédiatement à l'acheteur, en dépit de la réserve de propriété.

La question pourra également se poser en matière de ventes commerciales de marchandises, où l'on considère en règle générale que la propriété n'est transférée qu'au moment de leur réception²²⁵.

Si la vente porte sur une chose de genre, c'est la spécification (ou individualisation) qui marquera le moment du transfert des risques (et de la propriété). Les risques restent donc pour le vendeur jusqu'à ce moment. Même si, en principe, la force majeure ne trouvera pas à s'appliquer à des telles situations en vertu de l'adage *genera non pereunt*, on pourrait imaginer des situations où la question se pose, comme par exemple celle où le vendeur est tenu de délivrer des choses de genre dont la fabrication a été arrêtée.

Si la vente est affectée d'une condition suspensive, « la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition » (article 1182 du Code civil). Il en résulte que le vendeur sera privé de son droit d'obtenir le prix de vente si la chose vient à périr *pendente conditione*.

64. Dispositions légales particulières. Enfin, des dispositions particulières peuvent prévoir, en certaines matières, des dérogations à la règle *res perit domino*. C'est notamment le cas de la loi Breyne, qui dispose en son article 5 que « le transfert des risques [...] ne peut s'opérer avant la réception provisoire des travaux »²²⁶.

4) Effets dans le temps

65. Dissolution *ex nunc*. La dissolution survenue par force majeure opère en principe *ex nunc*²²⁷.

Toutefois, si l'obligation a été partiellement exécutée, le créancier devra restituer au débiteur l'objet de cette exécution partielle²²⁸. Dans le cas d'une vente de deux camions, où les parties ont convenu que le transfert de propriété serait retardé jusqu'au paiement complet du prix, et où les camions ont été

²²⁴ Cf. note précédente.

²²⁵ VAN RYN et HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, 1960, n° 1692.

²²⁶ Loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction, *M.B.*, 11 septembre 1971.

²²⁷ Bruxelles, 14 avril 1989, *J.T.*, 1989, p. 356.

²²⁸ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 853.

complètement détruits alors que seulement une partie du prix avait été payée, la Cour de cassation considère que le vendeur « est tenu de restituer à l'acheteur le prix ou la partie du prix déjà payée »²²⁹.

66. Tempéraments. P.A. Foriers et Ch. de Leval, dans leur étude déjà citée, évoquent l'hypothèse que la dissolution fondée sur la théorie des risques, à savoir sur une inexécution sans faute, devrait être analysée, sous l'angle de ses effets dans le temps, de la même manière que la dissolution pour inexécution fautive de l'article 1184 du Code civil²³⁰.

Il s'agirait alors de se démarquer de la règle de non rétroactivité pour appliquer en matière de théorie des risques les mêmes raisonnements qu'en matière de résolution, impliquant que le caractère rétroactif ou non de la dissolution soit lié au caractère divisible ou indivisible du contrat²³¹ (le contrat pouvant être considéré comme divisible lorsque les prestations dont il fait l'objet sont parfaitement séparables). Selon cette approche, lorsque survient la cause de dissolution, il ne se justifie donc pas de revenir sur la période contractuelle qui a été exécutée et « consommée » à l'entière satisfaction de chacun : si le contrat est divisible, l'équilibre contractuel doit être – selon l'économie voulue par les parties – respecté pour le passé et la dissolution ne doit sortir ses effets qu'à dater de la cause de dissolution. Si en revanche le contrat est indivisible, il forme un ensemble « inséparable ». Dans ce cas, même si la convention est correctement exécutée dans un premier temps, elle ne remplira son but « qu'en étant exécutée convenablement du début à la fin » (même si le rez-de-chaussée d'un immeuble est correctement construit, l'exécution du contrat d'entreprise ne sera parfaite que lorsque le toit sera posé)²³². Dans ce type de conventions, la cause de dissolution survenant en cours d'exécution du contrat rompt l'équilibre contractuel dans son ensemble, et donc pour le passé, ce qui implique que la dissolution doit rétroagir.

Dans le cas cité plus haut de la vente de deux camions, la Cour de cassation considère que dans la mesure où les deux camions avaient déjà été partiellement utilisés au moment de la survenance du cas fortuit, « le vendeur a droit à la contre-valeur de la jouissance de la chose par l'acheteur »²³³. Bien que la Cour ne le précise pas, cette dernière restitution trouve probablement

²²⁹ Cass., 9 novembre 1995, C.0930035.N, www.juridat.be.

²³⁰ P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et bicentenaire du Code civil*, op. cit., pp. 278 et s.

²³¹ Voy. à ce sujet M. FONTAINE, « La rétroactivité de la résolution des contrats pour inexécution fautive », *R.C.J.B.*, 1990, pp. 398 et s.; S. STIJNS, « La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en œuvre et ses effets », op. cit., p. 456.

²³² *Ibidem*.

²³³ Cass., 9 novembre 1995 (arrêt précité).

son fondement dans la théorie de l'enrichissement sans cause²³⁴ et semble aller dans le sens d'un assouplissement du principe de non rétroactivité.

Sous-section 5

Clauses de force majeure

67. Liberté des parties. La force majeure n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent en aménager librement les conditions et les effets^{235 236}.

On peut même imaginer qu'elles excluent purement et simplement la force majeure du champ contractuel. Dans ce cas, le débiteur de l'obligation ne pourra se prétendre libéré par la survenance de l'événement de force majeure et sera tenu de s'exécuter quoi qu'il arrive (en nature ou par équivalent, si l'exécution en nature est impossible). De telles clauses s'apparentent en réalité à des clauses de garantie procédant d'une responsabilité quasiment objective puisque le débiteur sera presque toujours responsable du dommage résultant de l'inexécution sans pouvoir invoquer la moindre cause d'exonération²³⁷.

Le plus souvent toutefois, la clause de force majeure consistera à organiser contractuellement les relations des parties en cas de survenance d'un événement fortuit.

Comme le souligne P. Van Ommeslaghe dans une étude approfondie de la question, de telles clauses de force majeure trouvent en général leur place dans des contrats à prestations successives qui impliquent l'écoulement d'une certaine durée entre le moment de leur conclusion et celui leur exécution²³⁸. L'écoulement du temps soumet les parties à un aléa dont elles ne peuvent se permettre de ne pas régler les conséquences, compte tenu des enjeux économiques en présence et, bien souvent, de l'implication de tiers dans le marché. Les clauses de force majeure sont là pour fixer les règles du jeu dès le départ sur

²³⁴ En ce sens, P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 853.

²³⁵ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 501, H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., p. 609, n° 607. Sur cette question, voy. not. M. FONTAINE et F. DE LY, *Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction des clauses*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 435 et s.; M. FONTAINE et F. DE LY, *Drafting international contracts : an analysis of contract clauses*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009; E. ENKELS, S. VAN DEN BROEKE et T. DE CLERCK, *Algemene voorwaarden*, Gent, Larcier, 2012, pp. 233 et s.; X, *La rédaction de contrats internationaux. Conseils aux praticiens & approche de droit comparé* (D. PHILIPPE dir.), Bruxelles, Bruylant, 2012.

²³⁶ Pour des exemples de rédactions de clauses, voy. J.-Fr. GERMAIN et Y. NINANE, « Force majeure et imprévision en matière contractuelle », *op. cit.*, pp. 117 à 123.

²³⁷ Voy. not. Cass. 17 juin 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 582 (« N'est pas incompatible avec le contrat de location-financement (leasing) la clause prévoyant qu'en cas de perte de jouissance totale ou partielle du matériel loué, le locataire ne peut invoquer aucune suspension ou résiliation du bail »). P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et bicentenaire du Code civil, op. cit.*, p. 253 et références citées.

²³⁸ P. VAN OMMESLAGHE, « Les clauses de force majeure et l'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux », *R.D.I.D.C.*, 1980, pp. 7 et s.

ce qu'il convient d'entendre ou d'exclure comme événement de force majeure, et sur la manière dont il faudra en régler les effets. La clause de force majeure stigmatise bien souvent le rapport de force des parties en présence. Dans les contrats de service, elle révèle en général l'ascendant pris par le service des achats du client, qui n'entend pas souffrir la moindre conséquence des aléas contractuels et entend s'en décharger intégralement sur son prestataire.

Section 2

La théorie de l'imprévision

68. Introduction – objet de la question. Qu'advient-il et des droits et des obligations des parties lorsque, par le fait de la survenance d'un événement qui ne leur est pas imputable, imprévisible lors de la conclusion du contrat et survenu postérieurement à celle-ci, l'équilibre contractuel se trouve gravement bouleversé, au point que l'exécution des obligations de la partie qui en subit les conséquences devient largement plus difficile ou plus onéreuse, sans toutefois s'avérer impossible ?

Les parties disposent-elles du droit de remettre leurs engagements en question ou de solliciter la dissolution ou l'adaptation du contrat par le juge ? Doit-on, au contraire, considérer que dans pareille hypothèse le principe de la convention-loi consacré à l'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil ne connaît pas d'exception et que le contrat doit être exécuté intégralement tel que conclu à l'origine par les parties ?

C'est à ces questions que la théorie de l'imprévision – également envisagée sous le vocable de bouleversement de l'économie contractuelle – tente d'apporter une réponse originale, alliant le respect de la parole donnée à l'équité.

69. Plan de la présente section. Nous rappellerons, dans un premier temps, la notion d'imprévision telle que définie par la doctrine et la jurisprudence, en veillant à évoquer courtement les principaux fondements juridiques proposés par ses défenseurs (§ 1^{er}). Nous constaterons ensuite que la théorie de l'imprévision n'est pas reçue, en droit belge, comme un principe général de droit des obligations (§ 2). Notre droit n'ignore toutefois pas totalement la question du bouleversement de l'économie contractuelle. Il recèle en effet d'autres figures juridiques permettant de rencontrer, de manière limitée et sans doute imparfaite, les problèmes posés par la rupture de l'équilibre contractuel tel qu'envisagé lors de la conclusion du contrat suite à la survenance d'un événement imprévu. Nous pointerons en outre les législations particulières qui consacrent, pour des matières spécifiques, la théorie de l'imprévision. Enfin,

nous aborderons la brèche introduite par la Cour de cassation dans le cadre de la vente internationale des marchandises (§ 3).

Sous-section 1

Notion et fondement

A. Définition

70. Cour de cassation. Dans son arrêt du 30 octobre 1924, la Cour de cassation énonce que « la théorie juridique dite de l'imprévision tend à faire admettre qu'en toute matière, la partie lésée par un contrat peut être déliée de ses engagements, lorsque des événements extraordinaires, échappant à toute prévision au moment où ce contrat a pris naissance, en ont altéré si profondément l'économie, qu'il soit certain qu'elle n'aurait pas consenti à assumer l'aggravation de charges qui en résulte »²³⁹.

71. Doctrine. Cette définition a été critiquée par certains auteurs.

H. De Page lui reproche de mettre trop l'accent sur la situation de l'une des parties alors que l'équilibre initial du contrat et l'absence de consentement à supporter l'aggravation sans commune mesure des charges qui résulterait de la survenance d'un événement imprévisible est « un pacte adjoint commun aux deux parties »²⁴⁰.

L'éminent auteur propose ainsi de définir l'imprévision comme « le déséquilibre des prestations réciproques qui vient à se produire, dans les contrats à prestations successives ou différées, par l'effet d'événements ultérieurs à la formation du contrat, indépendants de la volonté des parties, et se révélant tellement extraordinaires, tellement anormaux, qu'il n'était guère possible de raisonnablement les prévoir ». Il poursuit en précisant que « la survenance de pareils événements a pour effet, pour résultat, d'altérer si profondément l'économie du contrat, d'en bouleverser à ce point l'équilibre tel qu'il a été initialement fixé, qu'il apparaît certain que les parties n'eussent point contracté si elles avaient pu les prévoir »²⁴¹.

D. Philippe porte, quant à lui, trois griefs à la définition donnée par la Cour de cassation dans son arrêt du 30 octobre 1924²⁴²:

- 1) selon lui, il n'est pas requis que les événements imprévisibles soient « anormaux » ou « extraordinaires ». On considèrera en effet volontiers avec

²³⁹ Cass., 30 octobre 1924, *Pas.*, 1924, I, p. 565.

²⁴⁰ H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 559, note n° 2.

²⁴¹ H. DE PAGE, *ibidem*, p. 560, note n° 574.

²⁴² Certains de ces griefs sont pareillement applicables à la définition de DE PAGE ci-dessus.

l'auteur que des événements ordinaires, mais imprévisibles au moment de la conclusion du contrat, peuvent bouleverser l'équilibre contractuel. «Seuls les effets [*de ces événements*] sur le contrat pourraient être considérés comme extraordinaires»²⁴³;

- 2) pour juger du bouleversement de l'équilibre contractuel, la Cour de cassation ne prend en considération que l'obligation de la partie lésée «prise en soi», indépendamment des «risques et des usages commerciaux découlant de la nature même du contrat». Or, l'auteur considère que ces risques doivent être assumés par la partie qui s'engage, même si, à ce moment, «elle ne réalise pas exactement leur portée ou elle les ignore»²⁴⁴;
- 3) dans la définition qu'en donne la Cour de cassation, la théorie de l'imprévision permettrait uniquement à la partie qui s'en prévaut d'«être déliée de ses engagements» alors que cette théorie permet également l'adaptation du contrat aux circonstances nouvelles²⁴⁵.

Compte tenu de ces considérations, l'auteur propose la définition suivante : «la théorie de l'imprévision vise à faire admettre la résiliation ou l'adaptation du contrat lorsque surviennent, postérieurement à la conclusion du contrat, des circonstances présentant les caractéristiques suivantes :

- 1) être extérieures à la partie qui l'invoque ;
- 2) être imprévisibles et inévitables ;
- 3) entraîner à coup sûr un bouleversement de l'économie contractuelle»^{246 247}.

72. Conditions d'application. Pour entrer dans le cadre de l'application de la théorie de l'imprévision, les circonstances invoquées doivent répondre aux conditions suivantes :

- *être survenues après la conclusion du contrat*: la théorie de l'imprévision se distingue ainsi de l'hypothèse des sujétions imprévues qui trouve à s'appliquer en matière de contrat d'entreprise et qui concerne «une contrainte préexistante au contrat mais inconnue des parties au moment de la conclusion du contrat. Elle rend l'exécution du contrat non impossible mais seulement beaucoup plus difficile, beaucoup plus onéreuse,

²⁴³ D. PHILIPPE, obs. sous Comm. Bruxelles, 16 janvier 1979, *J.T.*, 1980, p. 460, n° 2.1.

²⁴⁴ *Ibidem*.

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ *Ibidem*. Pour une définition similaire, D. PHILIPPE, note sous Anvers, 6 mai 1987, *R.G.D.C.*, 1990, p. 306; D. PHILIPPE, « Le point sur... l'imprévision », *J.T.*, 2007, p. 738, n° 1.

²⁴⁷ Pour d'autres définitions de l'imprévision, voy. C. DELFORGE, « La modification unilatérale du contrat », in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 2008, pp. 186-187, n° 51; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 165, n° 91 et p. 790, n° 530.

- voir beaucoup plus longue»²⁴⁸. Confronté à ce genre de circonstance, l'entrepreneur a droit soit à une prolongation du délai (adaptation du contrat), soit à une indemnisation « des moyens qu'il a mis en œuvre pour remédier aux aléas rencontrés »²⁴⁹ ;
- être *indépendantes de la faute de l'une des parties* contractantes^{250 251} ;
 - être *objectivement imprévisibles* au moment de la conclusion du contrat. Nous avons en effet souligné que les risques inhérents à la nature du contrat ou découlant des usages commerciaux doivent être assumés par la partie contractante, même si elle les ignore ou si elle n'en saisit pas la pleine portée. Dans le même sens, H. De Page souligne que « la plupart du temps, s'il y a, dans cette hypothèse, « imprévision » c'est plutôt par l'effet de l'imprévoyance de la partie qui s'est engagée que par la survenance d'un risque anormal et extraordinaire. Et, dans ce cas, le principe de la rigidité contractuelle (Code civ., art. 1134, al. 1^{er}) est salubre, parce qu'il ne faut pas protéger à l'excès les imprévoyants, les inhabiles ou les inexpérimentés »²⁵² ;
 - *entraîner un changement radical de l'obligation* contractuelle assumée²⁵³. La sécurité juridique assurée par le contrat doit être maintenue. La remise en cause de la rigidité contractuelle ne doit trouver à s'appliquer que dans des cas exceptionnels²⁵⁴ de bouleversement de l'économie contractuelle, précisément dans le but de sauvegarder la sécurité des transactions : « pour autant, la flexibilité n'induit pas l'insécurité. Au contraire. C'est le bouleversement de l'économie initiale qui déstabilise le contrat »²⁵⁵.

²⁴⁸ A. DELVAUX et al., *La responsabilité des professionnels de la construction*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 151, n° 245. Pour une autre définition, similaire, voy. M.A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX, F. POTTIER., « Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1990-2000) », Coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, vol. 29, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 312-313, n° 375.

²⁴⁹ M.A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX, F. POTTIER., « Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1990-2000) », *op. cit.*, p. 313, n° 375. Pour un cas d'application récent, voy. Bruxelles, 8 mars 2001, R.G. n° 95/AR/1732, disponible sur <http://www.juridat.be>, justel n° F-19881205-10.

²⁵⁰ R. KRUIJTHOF, « La modification conventionnelle du contrat », *R.D.I.D.C.*, 1985, p. 101 ; D. PHILIPPE considère, quant à lui, que de telles circonstances doivent être « non imputables à la partie qui s'en prévaut » (D. PHILIPPE, « Le point sur... l'imprévision », *op. cit.*, p. 738, n° 1).

²⁵¹ Sur la condition d'absence de faute dans la force majeure, voy. *supra*, n° 7 et s.

²⁵² H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., p. 569, n° 579.

²⁵³ S. HEREMANS, « Le bouleversement de l'économie contractuelle à la suite d'un changement de circonstances : quelques éclairages nouveaux », *R.G.D.C.*, 2000, p. 485.

²⁵⁴ D. PHILIPPE, « Le point sur... l'imprévision », *op. cit.*, p. 740, n° 6.1.

²⁵⁵ C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme*, thèse, U.C.L., 2006, p. 424, citée par D. PHILIPPE, « Le point sur... l'imprévision », *op. cit.*, p. 740, n° 6.1 (note n° 37).

B. Fondements avancés

73. L'équité. Les auteurs considèrent généralement que la théorie de l'imprévision est fondée sur « les principes supérieurs de l'équité »²⁵⁶ ²⁵⁷. Cette thèse trouve un certain écho dans l'article 1135 du Code civil qui dispose que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que **l'équité**, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

La Cour de cassation considère toutefois, à juste titre²⁵⁸, que si l'équité peut avoir une fonction complétive en ce qui concerne les obligations des parties, elle ne peut avoir pour effet de modifier le contrat. Notre Cour suprême rappelle en effet de manière constante que « si les conventions doivent être exécutées de bonne foi et sans abus de droit, le juge ne peut les modifier pour des motifs d'équité »²⁵⁹ ou encore que « des motifs d'équité ou « d'approche des réalités » ne peuvent dispenser les parties de les exécuter »²⁶⁰.

74. L'interprétation des conventions. Selon H. De Page, l'imprévision était déjà connue des juristes du Moyen Âge. Ils la justifiaient par une disposition contractuelle qui serait implicitement présente dans toutes les conventions : la clause *rebus sic stantibus* en vertu de laquelle les parties ne s'engageraient que sous la réserve que les circonstances présentes à la conclusion du contrat demeurent, dans leur principe, identiques : « les risques normaux sont donc pris en charge par le contrat, mais non les risques anormaux »²⁶¹.

²⁵⁶ H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., p. 566, n^o 577; D. PHILIPPE, obs. sous Comm. Bruxelles, 16 janvier 1979, *J.T.*, 1980, p. 460, n^o 2.2.2.

²⁵⁷ Pour une décision fondant la réformation de conventions préalables à divorces par consentement mutuel sur l'équité, voy. Civ. Namur, 24 juin 1986, *R.R.D.*, 1986, p. 252.

²⁵⁸ En ce qui concerne l'approbation de la position de la Cour de cassation par la doctrine, voy. not. P. WÉRY, *Droit des obligations, Volume 1, Théorie générale du contrat, op. cit.*, 2011, p. 516, n^o 585. X. DIEUX considère, quant à lui, que « les suites que l'équité est susceptible de donner aux obligations conventionnelles doivent, avant tout, être conformes à la nature du contrat; l'équité, au sens de l'article 1135, est donc moins une source propre de droits et d'obligations qu'une directive pour la recherche des conséquences que la nature du contrat peut impliquer » (X. DIEUX, « Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé », *R.C.J.B.*, 1983, p. 394).

²⁵⁹ Cass., 15 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 177.

²⁶⁰ Cass., 30 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 392.

²⁶¹ H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., p. 564, n^o 576. Pour un raisonnement analogue qui considère que la volonté ne peut porter que ce sur ce qu'on est susceptible de prévoir, compte tenu des données existantes lors de la conclusion du contrat, voy. H. DE PAGE, avis avant Civ. Bruxelles, 7 février 1924, *B.J.*, 1924, col. 368-369. Distinguant ainsi le domaine de l'autonomie de la volonté de celui de l'hétéronomie de la volonté, l'auteur considère que les circonstances imprévisibles et extraordinaires ne relèvent pas du champ contractuel.

Ainsi, dans son office d'interprétation du contrat, le juge ne ferait que dégager ce « pacte tacite », en donnant à l'accord des parties « sa pleine et entière valeur »^{262 263}.

S'il est certain que le juge doit, conformément à l'article 1156 du Code civil, « rechercher la commune intention des parties plutôt que de s'attacher au sens littéral des termes » et qu'il peut, pour cela, se fonder tant sur les éléments intrinsèques de la convention que sur des circonstances externes à celle-ci²⁶⁴, il ne peut toutefois déduire cette intention que lorsqu'elle est réelle. Dès lors, à défaut d'éléments précis permettant de démontrer « sans aucune espèce d'équivoque possible, la volonté tacite mais réelle des parties de souscrire à une telle clause »²⁶⁵, le juge ne pourra, par le détour de l'interprétation, ajouter à ce que les parties ont voulu lors de la conclusion du contrat.

La thèse selon laquelle les parties ne contracteraient, en toute hypothèse, que sous la clause tacite *rebus sic stantibus* ne peut donc être admise. On reprochera en effet « à ce raisonnement de présumer, sans élément probant de conviction, une clause dérogatoire au droit commun, ce qui reviendrait non à interpréter des volontés, mais à extrapoler à partir de celles-ci »²⁶⁶.

75. La fonction modificatrice de la bonne foi. Dans la foulée de la doctrine et de la jurisprudence actuelles qui reconnaissent à la bonne foi une fonction complétive et une fonction modératrice²⁶⁷, certains auteurs ont considéré qu'il fallait également donner à celle-ci une fonction modificatrice²⁶⁸ qui autoriserait le juge à adapter le contrat pour tenir compte des circonstances nouvelles ayant bouleversé son équilibre²⁶⁹.

²⁶² H. DE PAGE, *ibidem*, p. 566, n° 577.

²⁶³ Pour une décision faisant application de la théorie de l'imprévision, voy. l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 28 avril 1920 qui considère que « la loi du 11 octobre 1919, relative à la résiliation et à la révision de certains contrats conclus avant ou pendant la guerre, n'a pas eu pour but ni pour effet de déroger au droit commun et d'interdire au juge quant aux contrats [*n'entrant pas dans le champ d'application de cette législation particulière*] de trouver dans les faits de la cause la preuve que les parties n'avaient contracté que sous la clause tacite *rebus sic stantibus* et de déclarer que, par suite des modifications d'exécution du contrat litigieux, les parties se trouvent dégagées de leurs obligations » (*Pas.*, 1920, II, p. 153; réédité in *Centenaire J.L. – J.L.M.B.*, Bruxelles, Larcier, 1988, p. 284 et note D. PHILIPPE, « Changement de circonstances en matière contractuelle »).

²⁶⁴ Cass., 6 octobre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 390.

²⁶⁵ H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., p. 567, n° 578.

²⁶⁶ J. VAN MULLEN, « L'incidence des variations monétaires sur le droit belge des obligations », *Ann. dr. Liège*, 1978, p. 68, n° 17.

²⁶⁷ Sur le principe général de bonne foi et son contenu, voy. not. S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) », *J.T.*, 1990, pp. 33 à 36, n° 1; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, pp. 701 à 704; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations, op. cit.*, pp. 168 et s., spéc. pp. 173 à 185.

²⁶⁸ Ou encore « adaptatrice » ou « transformatrice », « wijzigend » en néerlandais.

²⁶⁹ M. FONTAINE, « Portée et limites du principe de la convention-loi », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 1984, p. 196, n° 70; J. DUBAERE, « Een brug over troebel water », *R.W.*, 1988-1989, p. 1422; R. KRUIHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », *R.C.J.B.*, 1989, p. 28, n° 14.

La doctrine, largement majoritaire²⁷⁰, est toutefois réticente à reconnaître une telle fonction modificatrice à la bonne foi. Elle est en outre rejetée par la Cour de cassation qui, par son arrêt de principe du 7 février 1994 énonce clairement qu'« à défaut de bonne foi dans le chef d'une partie lors de la conclusion ou de l'exécution du contrat, il n'appartient pas au juge de réviser la convention et de déclarer ladite partie totalement déchue du droit qu'elle déduit du contrat »²⁷¹.

Sous-section 2

Rejet par la doctrine et la jurisprudence majoritaires

76. Doctrine. Pour séduisante qu'elle soit, la théorie de l'imprévision est rejetée par la doctrine belge qui refuse quasi-unanimentement de lui reconnaître l'attribut de principe général de droit²⁷².

Nous avons en effet constaté ci-dessus que les fondements avancés pour justifier l'admission de l'imprévision ne pouvaient être retenus. C'est en définitive le principe de la convention-loi, consacré à l'article 1134 du Code civil qui justifie le rejet de la théorie de l'imprévision : « la théorie de l'imprévision [...] n'est pas un principe général de droit commun qui régit toutes les obligations contractuelles : le Code civil s'inspire tout entier de la doctrine de l'autonomie de la volonté et proclame à l'égard d'un dogme, la force obligatoire et l'intangibilité du contrat ; aux termes de l'article 1134, dont certains auteurs ont souligné à juste titre le caractère énergique, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »²⁷³.

²⁷⁰ Voy. not. S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) », *J.T.*, 1990, p. 35, note n° 38 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 704, n° 37 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 179, n° 101.

²⁷¹ Cass., 7 février 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 150.

²⁷² Voy. not. Y. HANNEQUART, « La portée du contrat », in *Les nouvelles, Droit civil*, t. IV, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 1958, pp. 52 et s. ; H. DE PAGE, *Traité, op. cit.*, pp. 566 à 570, n°s 578 et 579 (voy. toutefois l'avis que l'auteur rendait avant avant Civ., Bruxelles, 7 février 1924, *B.J.*, 1924, col. 362 à 382) ; J. VAN MULLEN, « L'incidence des variations monétaires sur le droit belge des obligations », *op. cit.*, p. 73, n° 25 ; X. DIEUX, « Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé », *op. cit.*, pp. 386 à 409 ; P.A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *R.C.J.B.*, 1994, p. 233 ; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Story-Scientia, 1999, p. 143, n° 205 ; C. DELFORGE, « La modification unilatérale du contrat », *op. cit.*, p. 197, n° 56 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 802, n° 537 ; P. WÉRY, *Droit des obligations, Volume 1, Théorie générale du contrat, op. cit.*, 2011, pp. 513 et 514, n° 581.

²⁷³ Civ. Gand, 21 juin 1983, *B.J.*, 1924, col. 48 cité par P. WÉRY, *ibidem*, p. 514, note n° 2697.

77. Juridictions de fond. Sous réserve de plusieurs décisions prononcées dans l'entre-deux-guerres²⁷⁴ et quelques décisions plus récentes mais isolées²⁷⁵, la jurisprudence refuse, dans sa très grande majorité²⁷⁶, de faire application de la théorie de l'imprévision²⁷⁷.

78. Cour de cassation. La Cour de cassation a rejeté, par deux arrêts prononcés en 1994, la théorie de l'imprévision.

Dans son arrêt du 7 février 1994, la Cour énonce qu'« à défaut de bonne foi dans le chef d'une partie lors de la conclusion ou de l'exécution du contrat, il n'appartient pas au juge de réviser la convention et de déclarer ladite partie totalement déchue du droit qu'elle déduit dudit contrat »²⁷⁸.

Deux mois plus tard, la Cour a confirmé sa jurisprudence par un arrêt du 14 avril 1994 qui précise que « la règle de l'exécution de bonne foi des conventions n'implique pas que, si des circonstances nouvelles et non prévues par les parties rendent l'exécution du contrat plus difficile pour le débiteur, le créancier ne puisse demander le paiement de sa créance »²⁷⁹.

La Cour a eu l'occasion de confirmer cette jurisprudence dans un arrêt récent du 20 avril 2006²⁸⁰.

²⁷⁴ Voy. not. Liège, 28 avril 1920, *Pas.*, 1920, II, p. 153 (cité); Liège, 22 juillet 1924, *J.L.*, 1924, p. 241; Civ. Charleroi, 3 janvier 1938, *Pas.*, 1938, III, p. 138.

²⁷⁵ Voy. not. Comm. Bruxelles, 16 janvier 1979, *J.T.*, 1980, p. 458 et obs. D. PHILIPPE; *R.C.J.B.*, 1983, p. 380 et note X. DIEUX; Civ. Namur, 24 juin 1986, *R.R.D.*, 1986, p. 252; Civ. Gand, 21 décembre 2000, *T.G.R.*, 2001, p. 177: « Les contrats ne peuvent être dissociés du contexte socio-économique dans lequel ils ont été conclus et qui justifie également leur force obligatoire. En cas de modification essentielle de ce cadre socio-économique, la *ratio legis* de la règle « *pacta sunt servanda* » disparaît. La théorie de l'imprévision peut par conséquent être invoquée lorsqu'une modification législative a un impact important et immédiat sur le revenu normal du débiteur alimentaire et si elle peut difficilement être attribuée en tant que telle aux risques normaux du contrat conclu ».

²⁷⁶ Voy. les références citées par P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) – Les obligations », p. 44, n° 6 et par S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995) », *op. cit.*, p. 728, n° 112.

²⁷⁷ P. WÉRY relève toutefois que « depuis quelques années, certaines juridictions de fond apparaissent plus enclines à conférer droit de cité au concept d'imprévision » en acceptant de vérifier si les diverses conditions de l'imprévision sont rencontrées dans l'espèce qui leur était soumise. Généralement, les actions ont été rejetées au motif que ces conditions n'étaient pas réunies (P. WÉRY, « L'imprévision et ses succédanés », note sous Liège, 27 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 105 et les références citées à la note n° 17.

²⁷⁸ Cass., 7 février 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 150.

²⁷⁹ Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 365; *R.W.*, 1994-1995, p. 435, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1591.

²⁸⁰ Cass., 20 avril 2006, *Pas.*, 2006, liv. 4, p. 884; *R.G.D.C.*, 2009, p. 34.

Sous-section 3

Tempéraments**A. Remèdes du droit commun**

79. Les «succédanés»²⁸¹ de l'imprévision. L'imprévision n'est pas un principe général du droit des obligations. D'autres figures juridiques du droit commun permettent toutefois de rencontrer certaines situations de bouleversement de l'économie contractuelle suite à la survenance d'événements imprévus. Citons, à titre exemplatif, la force majeure, l'abus de droit, l'état de nécessité, la caducité. Ces remèdes n'offrent cependant pas toutes les potentialités de l'imprévision. Dans le cadre de cette contribution, nous n'examinerons que la force majeure et l'abus de droit et renvoyons, pour le surplus, à l'abondante littérature sur le sujet²⁸².

80. Force majeure. Nous avons eu l'occasion de préciser que la force majeure n'est pas cet « obstacle pour géants imaginé par la doctrine classique »²⁸³ et qu'elle doit s'apprécier raisonnablement²⁸⁴, par référence à l'obligation contractuelle assumée et donc compte tenu du degré de diligence incombant au débiteur²⁸⁵. La doctrine admet en effet qu'« il serait inadmissible de pousser le débiteur à la ruine pour procurer au créancier l'avantage qu'il devait normalement retirer du contrat, alors que celui-ci impose seulement d'exercer une certaine diligence en vue d'atteindre ce résultat »²⁸⁶.

Le bouleversement de l'équilibre contractuel pourrait dès lors être rencontré par le recours à la notion de force majeure chaque fois que l'impossibilité d'exécution de l'obligation contractée n'est pas absolue mais qu'il se révèle que le changement de circonstance est à ce point radical qu'une telle exécution s'avère impossible compte tenu du degré de diligence normalement due par celui qui le subit.

Un arrêt récent de la Cour d'appel de Gand illustre, de manière éloquente, l'évanescence de la frontière qui sépare la force majeure de l'imprévision²⁸⁷. Les faits de la cause peuvent être résumés comme suit : une entreprise s'est inscrite

²⁸¹ P. WÉRY, « L'imprévision et ses succédanés », *op. cit.*, pp. 100 et s.

²⁸² Voy. P.A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 232, n° 29; J.-Fr. GERMAIN et Y. NINANE, « Force majeure et imprévision en matière contractuelle », *op. cit.*, pp. 131 et s.; D. PHILIPPE, « Le point sur... l'imprévision », *op. cit.*, p. 738; P. WÉRY, « L'imprévision et ses succédanés », *op. cit.*, p. 107.

²⁸³ J. HEENEN, « La responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeure », *op. cit.*, p. 87, n° 5.

²⁸⁴ Voy. *supra*, n° 30.

²⁸⁵ Voy. *supra*, n° 9.

²⁸⁶ J. HEENEN, « La responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeure », *op. cit.*, p. 94.

²⁸⁷ Gand, 2 avril 2012, *NJ.W.*, 2013, p. 32, note C. LEBON.

à l'« Open Bedrijvendag » (Journée Découverte Entreprises). Après la signature de la convention, la société apprend que des travaux de voirie, de longue durée, vont être exécutés dans la rue où elle est située. En raison de ce chantier, la salle d'exposition de l'entreprise n'est accessible que par l'arrière et non par la voie normale. La société souhaite annuler sa participation à cette journée et invoque, à cet effet, la force majeure. Les organisateurs se retranchent derrière une clause de dédit et réclament le paiement intégral des droits d'inscription. Le Tribunal de commerce de Gand refuse de faire droit à la force majeure. La Cour d'appel adopte, en revanche, la position inverse²⁸⁸. Cette dernière juridiction interprète en effet simplement la condition d'impossibilité d'exécution, à la lumière du critère de l'homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances : « Alhier blijkt [...] dat de wegeniswerken [...] het weliswaar niet volledig onmogelijk maakten voor cliënteel om haar toonzaal te bereiken, doch dat het bijzonder moeilijk was en dit in die mate dat het binnen het kader van een Open Bedrijvendag – waar het dan toch de bedoeling is van een voortdurend komen en gaan van mensen – als onmogelijk moet worden bestempeld ».

Ainsi, la Cour ne reconnaît-elle pas l'imprévision par le biais d'une interprétation extensive de la force majeure ?²⁸⁹ La juridiction semble, en effet, considérer, initialement, qu'il est « particulièrement difficile », pour des clients potentiels, d'accéder à l'entreprise ; elle conclut, néanmoins, à l'impossibilité d'exécution du contrat²⁹⁰ et retient la force majeure. Nul doute que l'économie de la convention en cause l'a aidée à franchir le pas. L'on soulignera, dans l'arrêt, la précision selon laquelle il est dans l'objectif (« bedoeling ») d'une telle journée portes ouvertes d'assurer des allées et venues continues des visiteurs²⁹¹.

²⁸⁸ La Cour rappelle les deux conditions principales de la force majeure : l'impossibilité d'exécution et la non-imputabilité de celle-ci à une quelconque faute du débiteur. S'agissant de cette dernière exigence, la Cour examine le caractère imprévisible de l'événement et de ses conséquences.

²⁸⁹ C. LEBON, « Erkennen imprevisie via ruime interpretatie van overmacht ? », note sous Gand, 2 avril 2012, *N.J.W.*, 2013, p. 34.

²⁹⁰ L'obligation principale de l'entreprise consiste à payer le prix de la participation. Il nous semble délicat de conclure à l'impossibilité d'exécution d'un tel engagement compte tenu de l'adage *genera non pereunt*. On pourrait soutenir, le cas échéant, que les organisateurs se sont engagés, en vertu du contrat, à assurer l'accès des clients aux différentes salles d'exposition. Dans ces conditions, le débiteur du prix – l'entreprise – devrait être libérée non pas en vertu de la force majeure mais par application de la théorie des risques. En réalité, la Cour d'appel de Gand a utilisé le concept de force majeure dans une situation que l'on pourrait qualifier « d'impossibilité d'exercer un droit ». Nous avons, dès lors, préféré la formule – plus neutre – d'impossibilité d'exécution du contrat, déjà utilisée par d'autres juridictions dans des hypothèses comparables ; voy. J.P. Tournai (2^e cant), 8 mai 2007, *J.T.*, 2008, p. 162 : « Attendu que dès l'instant où l'obstacle à l'exécution du contrat est définitif, le débiteur est définitivement libéré, et le créancier ne peut obtenir ni l'exécution en nature, ni l'exécution par équivalent, ni la résolution » (nous soulignons).

²⁹¹ « De weg lag compleet open. Met wagens van de belangstellenden – steeds binnen het kader van de Open Bedrijvendag – was het onmogelijk een normale toe- en uitgang voor de mensen open te hebben » ; voy. I. SAMOY et S. VAN LOOCK, « Actuele ontwikkelingen inzake uitvoering en beëindiging van contracten », in *Verbindenissenrecht* (S. STIJNS et al. dir.), Cahier 75, Themis, Brugge, Die Keure, 2012, pp. 106 et s.

81. (suite) L'utilité économique du contrat comme critère de démarcation. Nous avons exposé ci-dessus que nous pensions voir dans le concept d'utilité contractuelle un critère de distinction entre l'impossibilité d'exécution et l'exécution rendue plus difficile ou plus onéreuse²⁹².

Ainsi, tant que l'exécution de l'obligation n'exposera pas le débiteur à la ruine, il n'y aura pas impossibilité (même raisonnable) d'exécution et le débiteur ne pourra pas se prévaloir de l'événement fortuit pour se prétendre libéré sur base de la force majeure.

Ce critère permet de placer une limite claire entre les cas de force majeure et ceux d'imprévision. Ainsi par exemple, le cas des transformations importantes qui doivent être apportées aux lieux loués suite à une modification de la réglementation administrative a fait débat. Plusieurs jugements ont considéré que, dans ce cas, «le bailleur se trouve dans l'impossibilité de prester la jouissance paisible de la chose louée» et que, partant, il se trouve «dégagé de sa propre obligation vis-à-vis du preneur, celui-ci étant à son tour dégagé de ses propres obligations, conformément à la théorie des risques»²⁹³. D. Philippe y voit «une application trop large, voire erronée, de la force majeure», estimant qu'il s'agit de cas de décisions qui «admettent la théorie de l'imprévision sous le couvert d'autres concepts»²⁹⁴. On constate cependant à la lecture de ces décisions qu'elles concernent toutes des «transformations fondamentales du bien loué, entraînant pour [le bailleur] des dépenses hors de proportion avec le loyer convenu»²⁹⁵. En d'autres termes, si le bailleur avait été contraint d'effectuer les travaux requis par les modifications réglementaires intervenues, le montant du loyer n'aurait pas permis d'amortir les frais qu'il aurait dû exposer pour les réaliser²⁹⁶. En outre, dans chacun des cas d'espèces concernés, la néces-

²⁹² Voy. *supra*, n° 33.

²⁹³ Civ. Bruxelles, 14 novembre 1969, *J.T.*, 1970, p. 86. Dans le même sens, J.P. Stavelot, 20 avril 1970, *J.T.*, 1970, p. 600; Civ. Bruxelles, 15 février 1973, *J.T.*, 1973, p. 258.

²⁹⁴ D. PHILIPPE, note sous Comm. Bruxelles, 16 janvier 1979, *J.T.*, 1980, pp. 460-461, n° 2.3.2.

²⁹⁵ Civ. Bruxelles, 15 février 1973, *J.T.*, 1973, p. 259.

²⁹⁶ Dans un arrêt du 21 novembre 2011, la Cour suprême a dit pour droit que «lorsque le bail porte sur un bien spécialement destiné à une exploitation déterminée et aménagé en vue de celle-ci, le bailleur doit, sauf convention contraire, délivrer le bien en un état qui rende cette exploitation possible, compte tenu des prescriptions administratives applicables lors de la conclusion du bail, et, sous réserve d'une modification postérieure de celles-ci, maintenir le bien dans cet état pendant la durée du bail». La Cour valide la décision qui a considéré que le bailleur devait supporter la charge des travaux d'aménagement, relatifs à l'exploitation des lieux mis en location, établis en l'espèce. En effet, le bien loué – un café et une salle des fêtes située à l'arrière – ne répondait pas, dès la conclusion du contrat, à l'usage auquel il était destiné, dans la mesure où il n'était pas conforme aux prescriptions du service régional d'incendie qui étaient en vigueur à cette époque. La Cour confirme, toutefois, la réserve introduite dans de précédents arrêts: si de nouvelles réglementations (en matière de sécurité, etc.) sont édictées par les autorités après la conclusion du bail, et qu'elles imposent de nouveaux travaux, il n'incombe pas au bailleur, ni davantage au locataire, de les prendre en charge. Voy. Cass. (3^e ch.), 21 novembre 2011, *J.T.*, 2012, p. 640 et note M. HIGNY, «La délivrance du bien loué en droit commun du bail immobilier»; voy. Cass. (3^e ch.), 29 mai 1989, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 533 et s., note Y. MERCHERS. «L'incidence

sité des travaux résultait de l'activité exercée par le preneur dans les lieux loués. En conséquence, si le bailleur avait été contraint d'effectuer les transformations, il eût dû les faire à perte alors qu'elles n'auraient été utiles qu'au preneur, et pas nécessairement à tout utilisateur ultérieur de l'immeuble. Si l'on applique le critère de l'utilité contractuelle, on constate que dans les cas analysés, le bailleur a perdu tout intérêt à exécuter son obligation de garantie de jouissance paisible et que, partant, il y a bien impossibilité d'exécution dans son chef, constitutive de force majeure, comme le décident à juste titre les jugements commentés²⁹⁷.

82. (suite) La « perte » du bien loué : une application du critère de l'utilité économique ? La notion de « perte » du bien loué, visée à l'article 1722 du Code civil, a débouché, en France, sur un courant prétorien qui suscite des commentaires du même acabit. Une jurisprudence constante considère que la chose est perdue lorsque, suite à un événement non imputable au bailleur, ce dernier est contraint, au titre de son obligation d'assurer la jouissance paisible du bien, d'effectuer des réparations jugées excessives, « soit que leur montant atteigne la valeur du bien lui-même, soit une partie importante de cette valeur »²⁹⁸. Dans un arrêt récent, la Cour de cassation française a confirmé cette position. En l'espèce, le locataire d'un immeuble réclamait la réalisation de travaux de remise en état du bien ; le bailleur invoquait la « résiliation » du bail en raison de la perte totale du bâtiment. La Cour d'appel estima, toutefois, que la destruction n'était que partielle : il en résulte que la convention ne peut être dissoute de plein droit et que, en vertu de la lettre de l'article 1722 du Code civil, il n'appartient qu'au locataire de postuler « ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail ». La Cour suprême censura cette décision dès lors que la juridiction de fond n'a pas recherché si le coût des réparations n'était pas disproportionné par rapport à la valeur de l'immeuble loué et, dès lors, assimilable à la perte totale du bien²⁹⁹.

Les solutions et interprétations qui prévalent outre-Quévrain sont transposables en droit belge. À la lecture de l'article 1722 du Code civil, il convient de distinguer deux hypothèses³⁰⁰. Si le juge constate que le bien est détruit

sur les relations contractuelles entre bailleur et preneur de normes nouvelles émanant d'une autorité publique imposant des travaux de transformation et d'aménagement du bien ».

²⁹⁷ Dans le même sens, X. DIEUX, « Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé », *R.C.J.B.*, 1983, p. 408, n° 11.

²⁹⁸ Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 335, n° 249 ; Cass. fr. (3^e ch. civ.), 3 mai 1978, *Bull. civ.*, III, n° 176 ; Cass. fr. (3^e ch. civ.), 6 mars 1984, *Bull. civ.*, III, n° 59. Voy. également les références citées par C. POULLET, « La garantie du bailleur d'immeuble d'habitation collective en cas de troubles de jouissance causés par un colocataire », *Ann. dr.*, 2007, p. 314, n° 96.

²⁹⁹ Cass. fr. (3^e ch. civ.), 9 décembre 2009, *Petites affiches*, 14 juin 2010, n° 117, p. 33, note R. RAFFI.

³⁰⁰ Voy. S. DENOO, « Geen ontbinding van rechtswege van een huurovereenkomst bij gedeeltelijk tenietgaan van het verhuurde goed », note sous Cass. (1^e ch.), 5 décembre 1996, *R.W.*, 1998-1999, p. 745. *Adde*: S. NAPORA, « Effets de l'inexécution fautive et non fautive », in *Le droit commun du bail, op. cit.*, pp. 371 et s.

totale par un cas fortuit ou de force majeure, il doit prononcer la « résiliation » du bail, laquelle opère de plein droit. En ce sens, le juge ne bénéficie pas de marge de manœuvre. En revanche, s'il reconnaît que le bien n'est détruit que partiellement, le créancier dispose d'un droit d'option qui lui permet de demander soit une réduction du prix, soit la dissolution du bail³⁰¹. Celle-ci n'a, cependant, pas lieu de plein droit puisque le magistrat jouit d'une marge d'appréciation pour évaluer si le choix du locataire est fondé. À cet égard, certaines voix laissent toutefois entendre, par analogie à la doctrine et à la jurisprudence françaises, que nonobstant une destruction matérielle partielle, l'impossibilité de jouissance doit être considérée comme totale « lorsque les coûts de reconstruction du bien détruit sont excessifs par rapport à la nature et à la valeur du bien loué »³⁰². Le Juge de paix de Namur a, semble-t-il, fait application de ce principe dans une décision du 18 mars 1980. Après avoir relevé que la preneuse a dû quitter les lieux suite à l'incendie, que les travaux de remise en état ont duré un an et coûté près de 2.000.000 de francs, le magistrat déclare que le bail est résilié « de plein droit ». En effet, « pour que soit applicable l'article 1722 du Code civil, il n'est pas nécessaire que la destruction soit totale au sens strict du mot ». Selon la juridiction, les destructions suffisamment graves, qui rendent la chose impropre à l'usage auquel elle est destinée, sont assimilées à une perte totale³⁰³.

En somme, les décisions précitées dénotent la prise en compte du critère de l'utilité économique de la convention : l'onérosité excessive des travaux, qui astreint le débiteur à assurer – à perte – la jouissance de la chose, contribue à traduire une destruction totale du bien menant à la dissolution – de plein droit – du contrat en suite d'un cas fortuit³⁰⁴.

83. (suite) La force majeure : un pis-aller. La force majeure, même envisagée raisonnablement n'offre toutefois pas la même souplesse que l'imprévision. Elle se limite en effet à libérer temporairement ou définitivement le

³⁰¹ Cass. (1^{re} ch.), 17 avril 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1030; Civ. Audenarde (2^e ch.), 8 décembre 2004, *R.W.*, 2005-2006, p. 1147. Afin de pouvoir réclamer une diminution du loyer, en application de l'article 1722 du Code civil, le preneur doit démontrer qu'il a subi un manque à gagner dans la jouissance du bien loué et que ce préjudice découle du fait que le bailleur est, en raison d'un cas fortuit ou de force majeure, dans l'impossibilité de fournir la jouissance promise dans le contrat de bail.

³⁰² C. POULLET, « La garantie du bailleur d'immeuble d'habitation collective en cas de troubles de jouissance causés par un colocataire », *Ann. dr.*, 2007, p. 314, n° 96.

³⁰³ J.P. Namur (1^{er} cant.), 18 mars 1980, *R.R.D.*, 1980, p. 232. Voy. égal. Civ. Verviers, 1^{er} février 1989, *Rev. not. belge*, 1989, p. 171.

³⁰⁴ Voy., plus récemment, Civ. Bruxelles, 2 juin 2006, *J.J.P.*, 2007, p. 131; compar. Civ. Bruxelles (75^e ch.), 22 novembre 2007, *J.J.P.*, 2009, p. 394. L'argument du coût de la remise en état est généralement joint à d'autres facteurs qui sont de nature à établir la perte totale du bien loué : la jouissance de la chose, suivant la destination convenue, doit être devenue impossible, et ce, bien qu'elle ne soit pas entièrement détruite (voy. Y. MERCHERS, « Le bail en général », *Rép. not.*, t. VIII – les baux, livre I, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 329, n° 560).

débiteur de son obligation³⁰⁵ et, par application de la théorie des risques, à suspendre ou à dissoudre le contrat³⁰⁶. Elle ne permet donc pas au juge de forcer les parties à négocier et encore moins d'adapter les dispositions contractuelles³⁰⁷.

En outre, le recours à la force majeure n'offrira aucun remède au débiteur d'une chose fongible qui se trouvera confronté à l'adage *genera non pereunt*³⁰⁸.

84. Abus de droit (fonction modératrice de la bonne foi). Nous avons vu que certains auteurs prêtaient une fonction modificatrice à la bonne foi et que cette fonction avait été avancée comme fondement de l'imprévision³⁰⁹. Cette fonction modificatrice fut pourtant rejetée, par la Cour de cassation dans ses arrêts des 7 février et 14 avril 1994³¹⁰.

Dans ce dernier arrêt, notre Cour suprême constate toutefois que le jugement attaqué « ne décide pas que l'exécution du contrat était devenue impossible ni que les parties avaient entendu, par leur convention, étendre la possibilité de révision de la convention à d'autres cas que ceux qui y étaient expressément prévus *ni que la demanderesse ait abusé de son droit* »³¹¹. La Cour semble donc admettre qu'une partie qui exige l'exécution intégrale des obligations de son cocontractant malgré le bouleversement de l'équilibre contractuel abuserait de son droit³¹².

Rappelons que, dans son arrêt du 19 septembre 1983, la Cour de cassation indiquait que l'abus de droit se fondait, en matière contractuelle, sur le principe général d'exécution de bonne foi des conventions : « le principe d'exécution de bonne foi des conventions, consacré à l'article 1134 du Code civil, interdit à une partie à un contrat d'abuser des droits que lui confère celui-ci »³¹³ et lui impose donc un devoir de modération³¹⁴.

³⁰⁵ Voy. *supra*, n^{os} 49 et s.

³⁰⁶ Voy. *supra*, n^{os} 57 et s.

³⁰⁷ P. WÉRY, « L'imprévision et ses succédanés », *op. cit.*, p. 107 ; S. HEREMANS, « Le bouleversement de l'économie contractuelle à la suite d'un changement de circonstances : quelques éclairages nouveaux », *op. cit.*, p. 583.

³⁰⁸ Voy. *supra*, n^{os} 36 et s. Voy. également Liège, 27 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 100 : « s'agissant d'une obligation de donner une chose de genre, il ne peut y avoir une impossibilité d'exécution, une chose de même qualité et en même quantité pouvant toujours être trouvée par le débiteur ».

³⁰⁹ Voy. *supra*, n^o 76.

³¹⁰ Cass., 7 février 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 150 ; Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 365 ; *R.W.*, 1994-1995, p. 435, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1591 (précités). Voy. aussi Cass. (1^{re} ch.), 20 avril 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 884.

³¹¹ Ce sont les soussignés qui soulignent.

³¹² Dans le même sens, voy. C. DELFORGE, « La modification unilatérale du contrat », *op. cit.*, pp. 206 et 207, n^{os} 65-66.

³¹³ Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55 ; *R.W.*, 1983-1984, col. 1480 ; *J.T.*, 1985, p. 56 ; *R.C.J.B.*, 1986, p. 282 et note J.-L. FAGNART.

³¹⁴ Sur cette question, voy. not. S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) », *op. cit.*, p. 35, n^{os} 1.2.3 et 1.3.1.

La fonction modératrice de la bonne foi permet donc de remédier à certains cas de bouleversement de l'économie contractuelle.

Dans un arrêt du 21 décembre 2001, la Cour d'appel de Liège énonce ainsi que « le principe d'exécution de bonne foi des conventions s'oppose à ce que le créancier, malgré le bouleversement de l'économie contractuelle que les deux parties pouvaient prévoir, continue d'exiger le respect de l'accord primitif allant jusqu'à la ruine du débiteur »³¹⁵ et qu'« une partie poursuivant l'exécution d'un contrat devenu radicalement déséquilibré dans son économie, au grand désavantage du cocontractant pourrait être considérée comme abusant de son droit dans les circonstances précises du cas d'espèce »^{316 317}.

La doctrine considère par ailleurs qu'« en refusant de renégocier les termes du contrat profondément bouleversé, le créancier commet un abus de droit »^{318 319}.

85. (suite) L'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010. L'application de l'abus de droit en matière d'imprévision apparaît de manière éclatante dans un arrêt de la Cour suprême du 14 octobre 2010³²⁰. En l'espèce,

³¹⁵ On remarquera toutefois que, par application du critère d'utilité économique que nous proposons (voy. *supra* n° 33 et n° 81), la circonstance que l'exécution stricte du contrat puisse provoquer « la ruine du débiteur » permettrait de qualifier la situation de cas de force majeure et non d'imprévision. L'espèce concernait toutefois une obligation de paiement d'une somme d'argent, de sorte que l'impossibilité d'exécution aurait pu être contestée sur base de l'adage *genera non pereunt* (voy. toutefois, pour un tempérament à cette question, *supra*, n° 37 et s.).

³¹⁶ Liège, 21 décembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 564.

³¹⁷ Voy. J.P. Gand (4^e cant.), 21 janvier 1997, *T.G.R.*, 2000, p. 237 (à propos du paiement d'une pension alimentaire après divorce par consentement mutuel) : « Waar een overeenkomst der partijen tot wet strekt, mag deze regel niet worden doorgetrokken tot gevallen waarin de debiteur, ingevolge omstandigheden onafhankelijk van zijn wil, tot het onmogelijke zou zijn gehouden ingeval de schuldeiser onverminderd zou aandringen op volledige uitvoering van de verbintenissen. [...] Een dergelijk correctief [...] ligt zelfs besloten in artikel 1134 lid 3 Burgerlijk Wetboek ». La référence à cette dernière disposition fait indéniablement écho à l'abus de droit (et à la fonction limitative de la bonne foi). De surcroît, la juridiction paraît « confondre » la force majeure et l'imprévision : « Dit houdt in dat de overeenkomst der partijen tot wet strekt, en een partij slechts kan worden ontslaan van de uitvoering van zijn verbintenissen, het weze tijdelijk, dan wel definitief, mits uitzonderlijke omstandigheden worden aangetoond, die de uitvoering van de verbintenissen in hoofde van deze partij *bezwarend dan wel onmogelijk maken* » (nous soulignons).

³¹⁸ P. WÉRY, « L'imprévision et ses succédanés », *op. cit.*, p. 108 ; P.A. FORTIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 232.

³¹⁹ La matière du bail offre de nombreux cas d'application de ce principe. Plusieurs jugements considèrent en effet que le bailleur qui refuse de prendre en compte le changement de circonstances subi par le preneur et les propositions raisonnables de résiliation amiable émanant de ce dernier, en exigeant la poursuite du bail jusqu'à son terme, commet un abus de droit. Voy. not. M. VANDERMERSCH et Th. DE RIDDER, « L'abus de droit du bailleur en cas de départ anticipé (faufit) du locataire », *J.L.M.B.*, 1997, pp. 683 et s. ; C. DELFORGE, « La modification unilatérale du contrat », *op. cit.*, p. 208 et les nombreuses décisions citées à la note n° 304.

³²⁰ Cass. (1^{re} ch.), 14 octobre 2010, *D.A./O.R.*, 2012, p. 17. Voy. J. VAN ZUYLEN, « Quelques réflexions sur l'utilité économique du contrat au départ de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010 », *D.A./O.R.*, 2012, pp. 5 et s. Cet arrêt est innovant en ce qu'il accepte, concrètement, d'appliquer l'abus de droit dans les circonstances de l'espèce. Par le passé, la figure de l'abus de droit, en guise de tempérament à l'immutabilité – de principe – des conventions en cas de divorce par consentement mutuel, était certes théoriquement ouverte (*cf.* arrêt

les parties ont signé une convention préalable au divorce par consentement mutuel contenant, à charge de l'ex-mari, l'obligation de payer, mensuellement, à son ex-épouse une pension alimentaire d'une valeur de 210 euros. Par le jeu de l'indexation, ce montant s'élève actuellement à 568,90 euros par mois alors que les revenus mensuels du débiteur se chiffrent à 1.040,50 euros et ceux du bénéficiaire sont évalués à 1.050,00 euros. Le Tribunal de première instance de Tournai, statuant en degré d'appel, fait droit à la demande de l'ex-mari consistant en la suppression de la pension. La juridiction déclare en substance que la poursuite de l'exécution de la convention datant de 1979 est abusive. Pour fonder sa décision, le tribunal s'appuie minutieusement sur les circonstances de l'espèce : « la convention est ancienne de près de 30 ans » ; la créancière « a formé un nouveau ménage » et « bénéficie de revenus personnels équivalents à ceux de son ex-époux ». Les juges du fond soulignent, par ailleurs, que le paiement de la pension provoque une réduction drastique des revenus du débiteur « au point de ne lui laisser que des ressources inférieures au revenu d'intégration sociale prévu par la loi du 26 mai 2002 » et de heurter, en conséquence, le droit de tout individu à la dignité humaine consacré par l'article 23 de la Constitution. Enfin, ils notent que la précarité de la situation du demandeur ne lui est pas imputable, « l'indexation ayant évolué de manière disproportionnée par rapport à ses revenus qui sont constitués de l'Office national des pensions ». Et la Cour de cassation de valider la décision critiquée : « le jugement attaqué a pu légalement considérer que la poursuite par la demanderesse de l'exécution de ladite convention était constitutive d'un abus de droit et ordonner la suppression de la pension litigieuse [...] ».

86. Avantages et inconvénients de l'abus de droit par rapport à l'imprévision. Si elle permet de « couvrir un large aspect de la théorie de l'imprévision »³²¹, la fonction modératrice de la bonne foi n'offre pas les mêmes remèdes. En effet, la sanction de l'abus de droit consiste « à imposer l'exercice ordinaire de ce droit ou à réparer le dommage résultant de cet abus »³²². Elle ne permet donc pas au juge de procéder à une adaptation du contrat en tenant compte des circonstances nouvelles³²³.

du 20 avril 2006 précité), mais elle n'avait jamais débouché, à notre connaissance, sur une décision positive sanctionnant l'abus en question; voy. les décisions suivantes qui ont rejeté l'abus de droit: Civ. Bruges (10^e ch.), 2 février 2007, T.G.R., 2007, p. 303; Civ. Bruxelles, 19 octobre 2010, R.A.B.G., 2011, p. 352; J.P. Tournai (2^e cant.), 13 décembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1149.

³²¹ P.A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 233.

³²² Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, liv. 2, p. 244; R.W., 2001-2002, p. 778, note A. VAN OEVELEN; R.G.D.C., 2004, p. 386; P.A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, pp. 206 et 207, n^o 12; voy. S. STIJNS et S. JANSEN, « De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties », R.G.D.C., 2013, pp. 20 et 21, n^{os} 44 et 45.

³²³ P. WÉRY, « L'imprévision et ses succédanés », *op. cit.*, p. 108; C. DELFORGE, « La modification unilatérale du contrat », *op. cit.*, p. 208, n^o 66.

Pour le débiteur, l'abus de droit présente toutefois un avantage sur l'imprévision : alors que l'absence d'imputabilité des circonstances nouvelles à celui qui les invoque constitue une condition d'application de la théorie de l'imprévision³²⁴, le débiteur est admis à invoquer l'abus de droit de son cocontractant même lorsqu'il a commis une faute³²⁵.

B. Des brèches dans le rejet de l'imprévision

87. Des réceptions légales ponctuelles de l'imprévision. Le législateur a, par plusieurs lois particulières, tenu compte de l'évolution ou de la surveillance de circonstances ayant pour effet de rompre l'équilibre originnaire voulu par les parties au contrat. Ces interventions législatives n'ont pas vocation à être étendues à d'autres situations ou à faire l'objet d'une application générale. Nous ne reviendrons pas sur ces différentes législations³²⁶ qui ont déjà fait l'objet de commentaires approfondis³²⁷.

Mentionnons, toutefois, l'évolution (récente) en matière de divorce par consentement mutuel. L'actuel article 1288, al. 3, du Code judiciaire³²⁸ dispose que le juge peut modifier la pension que doit payer l'un des époux à l'autre, durant les épreuves et après le divorce « si, à la suite de circonstances nouvelles et indépendantes de la volonté des parties, son montant n'est plus adapté »³²⁹ 330. La faculté de révision des pensions alimentaires (après divorce)

³²⁴ Voy. *supra*, n° 73.

³²⁵ P. WÉRY, « L'imprévision et ses succédanés », *op. cit.*, p. 109 et les références citées à la note n° 45.

³²⁶ Voy. (en matière de bail) : art. 6 de la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux, *M.B.*, 10 mai 1951 ; art. 7 de la loi du 20 février 1991 sur les baux à loyer, *M.B.*, 22 février 1991. *Adde* (en matière de marchés publics) : art. 16, § 2, du Cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et des concessions de travaux publics (annexé à l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, *M.B.*, 18 octobre 1996).

³²⁷ Cons. J.- Fr. GERMAIN et Y. NINANE, « Force majeure et imprévision en matière contractuelle », *op. cit.*, pp. 137 à 140 ; S. HEREMANS, « Le bouleversement de l'économie contractuelle à la suite d'un changement de circonstances : quelques éclairages nouveaux », *op. cit.*, pp. 486 à 503 ; L. VAEL, « Enkele beschouwingen betreffende het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (imprevisieeler) : omtrent de lotsverbondenheid van contractspartijen bij een gewijzigd contractueel verhoudingskader », in *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen-Gronigen, Intersentia, 2000, pp. 181 à 205.

³²⁸ Tel qu'inséré par la loi du 2 juin 2010, *M.B.*, 21 juin 2010.

³²⁹ « Sauf si les parties ont convenu expressément le contraire » (C. jud., art. 1288, al. 3).

³³⁰ La consécration de l'imprévision fût portée, dans un premier temps, par le nouvel article 301, § 7, al. 1^{er}, du Code civil (tel que remplacé par la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce). La substance de la modification a été, dans un second temps, transférée, par une loi du 2 juin 2010, dans le Code judiciaire. Il s'agit d'un « toilettage technique » afin de veiller à la cohérence des textes ; cf. Proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la procédure de divorce, amendement n° 17, *Doc. parl.*, chambre, sess. ord., 2008-2009, n° 52/1517/5, p. 2.

entre époux³³¹ complète ainsi celle qui était prévue pour les contributions alimentaires à l'égard des enfants.

88. L'arrêt de la Cour de cassation du 19 juin 2009 en matière de vente internationale de marchandises : un premier pas ? La Cour de cassation a toutefois rompu une lance en faveur de l'acceptation de la théorie de l'imprévision dans un domaine d'application spécifique : celui de la Convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises (C.V.I.M.). La Haute juridiction fût *amenée* à se pencher sur l'article 79, al. 1^{er}, de ladite Convention aux termes duquel « une partie n'est pas responsable de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle prévienne ou surmonte les conséquences »³³². Selon la Cour, le terme « empêchement » visé par cette disposition couvre non seulement les hypothèses de force majeure – c'est-à-dire celle d'une impossibilité d'exécution –, mais aussi les modifications de circonstances qui n'étaient pas raisonnablement prévisibles lors de la conclusion du contrat et « qui sont incontestablement de nature à aggraver la charge de l'exécution du débiteur »³³³. En d'autres termes, la notion d'empêchement doit faire l'objet d'une interprétation suffisamment large de manière à englober les situations d'imprévision. En l'espèce la Cour a admis que l'augmentation – de manière imprévisible – de 70 % du prix de l'acier était de nature à constituer un empêchement au sens de la disposition précitée de la C.V.I.M. Par ailleurs, la juridiction suprême ajoute que les principes Unidroit relatifs aux contrats de commerce international confèrent à la partie victime d'une perturbation pro-

³³¹ Toutefois, la loi du 27 avril 2007, initiant cette modification substantielle, n'a pas prévu de disposition transitoire. La nouvelle mesure ne concerne dès lors que les procédures engagées après le 1^{er} septembre 2007. Les conventions de divorce par consentement mutuel signées avant cette date restent soumises au principe classique de l'immutabilité des conventions (sous réserve des enseignements de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010 (précité)). Cons. D. CARRE, « La pension alimentaire après divorce et le droit transitoire », note sous C.C., 17 septembre 2009, n° 138/2009, *Act. dr. fam.*, 2009, pp. 180 et 181. La Cour constitutionnelle a dit en substance que l'absence de mesures transitoires n'est pas discriminatoire ; elle considère « qu'en n'appliquant la disposition nouvelle qu'aux seules procédures nouvelles, le législateur a eu pour souci de respecter l'immutabilité des conventions antérieures et la légitime confiance que les parties ont pu avoir pour leurs engagements contractuels » (*ibidem*, p. 181).

³³² Nous soulignons.

³³³ Cass., 19 juin 2009, *Pas.*, 2009, liv. 6-8, p. 1590 ; *R.W.*, 2009-2010, p. 744 et note K. COX ; *D.A./O.R.*, 2010, p. 149 et note D. PHILIPPE ; *R.D.C.*, 2010, p. 879 et note J. MALFLIET : « En matière de contrats de vente internationale de marchandises, des circonstances modifiées qui n'étaient pas raisonnablement prévisibles lors de la conclusion du contrat et qui sont incontestablement de nature à aggraver la charge de l'exécution du contrat peuvent, dans certains cas, constituer un empêchement indépendant de sa volonté exonérant la partie de sa responsabilité en cas d'inexécution de l'une de ses obligations ; la partie au contrat qui invoque de telles circonstances modifiées ébranlant fondamentalement l'équilibre contractuel a aussi le droit de réclamer une nouvelle négociation du contrat ».

fonde de l'équilibre contractuel en raison d'un changement de circonstances, le droit de postuler la renégociation du contrat³³⁴. Le Professeur Philippe appréhende cet arrêt comme une « porte entrouverte »³³⁵ à la consécration de la théorie de l'imprévision en droit belge.

Conclusion

89. Le concept de force majeure. Simple à appréhender en apparence, la force majeure se révèle un concept délicat à cerner en droit. Le Code civil n'en livre aucune définition générale. De leur côté, doctrine et jurisprudence l'ont souvent réduit à certains traits de caractères (imprévisibilité, irrésistibilité, inévitabilité, caractère insurmontable, etc.) mais sans en proposer une lecture systématique.

L'examen des très nombreux exemples que livre la jurisprudence révèle que la force majeure ne peut être enfermée dans les traits de caractère qu'on lui attribue traditionnellement. Dans certains cas, un événement, bien qu'imprévisible, ne sera pas admis au titre de force majeure, alors que dans d'autres, on accordera le bénéfice de la force majeure au débiteur, même si l'obstacle qu'il invoque était annoncé et prévisible. Tantôt la force majeure pourra être invoquée en dépit du fait que l'exécution du contrat est encore partiellement possible, tantôt elle sera refusée même s'il est rigoureusement impossible pour le débiteur de s'exécuter. Il arrive que le débiteur se voie refuser le bénéfice de la force majeure alors même que l'événement est totalement imprévu et rende impossible l'exécution de l'obligation, ou encore que des circonstances rigoureusement identiques constituent des cas fortuits pour certains débiteurs et non pour d'autres.

Il serait donc vain de vouloir définir la force majeure à partir de caractéristiques à ce point fluctuantes. Le praticien doit au contraire disposer d'une grille de lecture claire et objective, permettant d'appliquer la solution la plus uniforme possible à la multitude de circonstances susceptibles de survenir au cours de la vie d'un contrat.

90. Force majeure et contenu de l'obligation. Le lien établi par une partie de la doctrine, aujourd'hui majoritaire, entre la force majeure et le contenu de l'obligation est de loin l'approche la plus convaincante. La force majeure devient dans cette optique la limite de l'obligation, ou plus précisé-

³³⁴ J. MALFLIET, « Hoe contracteren onder CISG aanleiding kan geven tot onvoorziene omstandigheden », *R.D.C.*, 2010, p. 892.

³³⁵ D. PHILIPPE, « Renégociation du contrat en cas de changement de circonstances : une porte entrouverte ? », *D.A./O.R.*, 2010, p. 156.

ment de l'exécution que l'on peut raisonnablement attendre d'un débiteur normalement diligent lorsqu'il se trouve confronté à la circonstance fortuite³³⁶. La force majeure exonérera le débiteur (de sa responsabilité) si ce dernier démontre qu'il n'a commis aucune faute face à l'événement – au stade de sa genèse ou de ses conséquences – ou que toute possibilité de faute est exclue (lorsque la cause de l'inexécution n'est pas déterminée). La force majeure suppose, en effet, que le lien causal entre le comportement du débiteur et le dommage soit neutralisé³³⁷.

Par ailleurs, définir la force majeure en fonction du contenu de l'obligation permet de souligner le caractère relatif de la notion. On comprend alors mieux qu'une circonstance puisse être annoncée au débiteur (une tempête) sans nécessairement qu'il soit fautif pour ne pas l'avoir anticipée, et pour ne pas être en mesure d'y résister. On comprend également mieux pourquoi dans certains cas, un débiteur professionnel sera fautif pour ne pas avoir pu résister à un événement donné, tandis que l'on ne sollicitera pas la même résistance d'un débiteur non professionnel confronté à un événement identique. Le critère de l'absence de faute offre ainsi une lecture plus exacte des conditions de la force majeure à tous les niveaux (genèse, gestion des conséquences).

91. Une impossibilité – non fautive – entendue raisonnablement : le critère de l'utilité économique. Lorsque se pose la question de savoir si le débiteur est libéré de ses engagements contractuels et s'il se trouve véritablement dans une situation de force majeure (par opposition à l'imprévision), l'exigence d'impossibilité d'exécution de l'obligation ne peut être ignorée. Il convient, néanmoins, d'apprécier cette condition de manière raisonnable. À cet égard, nous avons proposé de se référer au principe de l'utilité (économique) du contrat, déjà présent dans d'autres matières comme la résolution pour inexécution fautive, où il a déjà fait l'objet d'applications convaincantes par la jurisprudence³³⁸.

92. Rejet de l'imprévision et portes de sortie. La distinction entre la force majeure et l'imprévision se révèle essentielle. Tout d'abord, des conséquences différentes sont attachées à chacune de ces notions. Alors que l'une a pour effet de libérer provisoirement ou définitivement le débiteur de son obligation (et, par voie de conséquence, de suspendre ou de dissoudre le contrat synallagmatique par l'effet de la théorie des risques), l'autre ne peut mener qu'à une réadaptation ou une résiliation du contrat. En outre et surtout, la force majeure est consacrée en droit belge alors que l'imprévision ne l'est pas.

³³⁶ Voy. *supra*, n^{os} 7 et s.

³³⁷ Voy. *supra*, n^o 25.

³³⁸ Voy. *supra*, n^o 35.

De lege lata, il est donc nécessaire de faire appel à d'autres figures du droit commun des obligations en vue d'appréhender des situations dites de « bouleversement de l'économie contractuelle ». Nous avons vu qu'à cet égard notre droit n'est pas sans ressource et que, en particulier, le principe d'exécution de bonne foi des conventions offrait certaines perspectives³³⁹. Par ailleurs, si le législateur est intervenu ponctuellement pour régir des situations d'imprévision dans des matières spécifiques, il nous paraît souhaitable que celui-ci pose clairement, dans une définition à vocation générale, les conditions d'application de la théorie de l'imprévision et les effets qu'elle doit se voir reconnaître. De telles balises légales permettraient d'obvier à une interprétation par trop extensive de la force majeure.

³³⁹ Voy. *supra*, n^{os} 85 et s.