

L'impossibilité d'exercer un droit. Pour une évolution du droit belge de la force majeure à la lumière des droits français et néerlandais

Jean VAN ZUYLEN*

Abstract: In Belgian and French law, force majeure traditionally refers to an obstacle, subsequent to the conclusion of the contract, which makes it impossible for the debtor to perform his obligation, without this non-performance being attributable to him. However, it is necessary to examine whether this ground can be invoked when the impossibility applies not to the debtor's obligation but to the creditor's right. The article thus analyses to what extent a creditor can rely on force majeure when he is prevented (for example, because of illness) from benefiting from the performance due to him.

Based on a decision of the French Court of Cassation of 25 November 2020, which has been commented on extensively, the author first explains the position of legal scholars and case law – both Belgian and French – on the question of whether a creditor can invoke force majeure when he is unable to exercise a right, and points out that the solutions are inconsistent or, at the very least, marked by hesitation.

The author then shows that certain situations in which the creditor cannot benefit from the promised performance can in fact be linked to the traditional definition of force majeure. Thus, the creditor who is prevented from exercising his right can be released from his obligation to pay, sometimes because another – non-monetary – obligation can be identified for him, and sometimes because of the application of the risk theory. Nevertheless, he points out that the classical approach – in terms of the impossibility of performance of an obligation – is hardly satisfactory for solving all cases of impossibility of exercising a right, and that it sometimes has artificial sides.

Thirdly, the study of Dutch law, including the notions of *schuldeisersverzuim* (*mora creditoris*) and *schuldeisersovermacht* ('creditor's force majeure'), suggests that situations of impossibility to exercise a right should be approached more in terms of a 'sphere of risks'. Finally, the author examines to what extent the lessons learned from the analysis of Dutch law can be transposed to Belgian law. He proposes certain evolutions of the theoretical framework of force majeure, which would make it possible to provide a more appropriate response to the hypotheses of impossibility to exercise a right.

Résumé: En droits belge et français, la force majeure désigne traditionnellement l'obstacle, postérieur à la conclusion du contrat, qui rend impossible l'exécution de l'*obligation* du *débiteur*, sans que cette inexécution soit imputable à ce dernier.

* L'auteur remercie les Professeurs Patrick Wéry et Pierre Jadoul pour leur relecture attentive. Les recherches ont été arrêtées au 30 août 2022. Email: jean.vanzuylen@usaintlouis.be.

Il convient toutefois d'examiner si ce fondement peut être invoqué lorsque l'impossibilité s'applique non pas à l'obligation du débiteur mais *au droit* du créancier. L'article analyse ainsi dans quelle mesure un créancier peut se prévaloir de la force majeure lorsqu'il est empêché (par exemple, en raison d'une maladie) de profiter de la prestation qui lui est due.

A la faveur d'un arrêt de la Cour de cassation de France du 25 novembre 2020, abondamment commenté, l'auteur expose, dans un premier temps, la position de la doctrine et de la jurisprudence – belges et françaises – sur la question de savoir si un créancier peut invoquer la force majeure lorsqu'il est dans l'impossibilité d'exercer un droit, et relève que les solutions manquent de constance ou sont, à tout le moins, empreintes d'hésitation.

L'auteur montre, dans un deuxième temps, que certaines situations, dans lesquelles le créancier ne peut bénéficier de la prestation promise, peuvent, en réalité, être rattachées à la définition traditionnelle de la force majeure. Ainsi, le créancier empêché peut être libéré de son obligation de payer le prix, tantôt parce que l'on parvient à identifier dans son chef une (autre) obligation – non pécuniaire – impossible à exécuter, tantôt par application de la théorie des risques. Il souligne néanmoins que l'approche classique – en termes d'impossibilité d'exécution d'une obligation – n'est guère satisfaisante pour résoudre tous les cas relevant de l'impossibilité d'exercer un droit, et qu'elle présente parfois des côtés artificiels.

Dans un troisième temps, l'étude du droit néerlandais, où sont notamment abordées les notions de *schuldeisersverzuim* (« demeure du créancier ») et de *schuldeisersovermacht* (« force majeure du créancier ») donne à penser que les situations d'impossibilité d'exercer un droit doivent davantage être appréhendées à l'aune d'une approche en termes de « sphère de risques ». L'auteur examine, enfin, dans quelle mesure les enseignements tirés de l'analyse du droit néerlandais peuvent être transposés en droit belge. Il propose certaines évolutions du cadre théorique de la force majeure, qui permettraient d'apporter une réponse plus appropriée aux hypothèses d'impossibilité d'exercer un droit.

Zusammenfassung: Im belgischen und französischen Recht bezeichnet höhere Gewalt traditionell ein Hindernis nach Abschluss des Vertrags, das die Erfüllung der Verpflichtung des Schuldners unmöglich macht, ohne dass dieser für die Nichterfüllung verantwortlich ist. Es ist jedoch zu prüfen, ob diese Grundlage auch dann herangezogen werden kann, wenn sich die Unmöglichkeit nicht auf die Verpflichtung des Schuldners, sondern auf das Recht des Gläubigers bezieht. Der Artikel untersucht daher, inwieweit sich ein Gläubiger auf höhere Gewalt berufen kann, wenn er (z. B. aufgrund einer Krankheit) daran gehindert wird, die ihm zustehende Leistung in Anspruch zu nehmen.

Anhand eines ausführlich kommentierten Urteils des französischen Kassationsgerichts vom 25. November 2020 legt der Autor zunächst die Position der – belgischen und französischen – Lehre und Rechtsprechung zu der Frage dar, ob sich ein Gläubiger auf höhere Gewalt berufen kann, wenn er ein Recht nicht ausüben kann, und stellt fest, dass es den Lösungen an Konstanz mangelt oder sie zumindest von Zögern geprägt sind.

In einem zweiten Schritt zeigt der Autor, dass einige Situationen, in denen der Gläubiger die versprochene Leistung nicht erhalten kann, tatsächlich der traditionellen Definition von höherer Gewalt zugeordnet werden können. So kann der verhinderte Gläubiger von seiner Verpflichtung zur Zahlung des Preises befreit werden, sei es, weil eine (andere) Verpflichtung – nicht finanzieller Art – identifiziert werden kann, die nicht erfüllt werden kann, sei es durch Anwendung der Risikotheorie. Er weist jedoch darauf hin, dass der klassische Ansatz – die Unmöglichkeit, eine Verpflichtung zu erfüllen – nicht alle Fälle der Unmöglichkeit, ein Recht auszuüben, zufriedenstellend lösen kann, und dass er manchmal künstliche Züge aufweist.

In einem dritten Schritt wird das niederländische Recht untersucht, wobei insbesondere die Begriffe schuldeisersverzuim ('Gläubigerverzug') und schuldeisersovermacht ('höhere Gewalt des Gläubigers') erörtert werden, was darauf hindeutet, dass Situationen der Unmöglichkeit, ein Recht auszuüben, eher im Rahmen eines 'Risikosphärenansatzes' betrachtet werden sollten. Schließlich untersucht der Autor, inwieweit die aus der Analyse des niederländischen Rechts gewonnenen Erkenntnisse auf das belgische Recht übertragen werden können. Er schlägt einige Weiterentwicklungen des theoretischen Rahmens der höheren Gewalt vor, die eine angemessenere Reaktion auf Fälle ermöglichen würden, in denen ein Recht nicht ausgeübt werden kann.

Mots clés: Droit comparé et instruments internationaux – Force majeure – Imprévision – Impossibilité d'exercer un droit – Sphère de risques – Schuldeisersverzuim – Schuldeisersovermacht

1. Introduction

1. *Objet de la contribution.* En droit belge des contrats, la force majeure désigne traditionnellement l'événement, postérieur à la conclusion de la convention, qui rend impossible l'exécution de l'obligation du débiteur, sans que cette inexécution soit imputable à ce dernier.¹ Afin d'apprécier si les conditions d'impossibilité

1 Voy. I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks* (Antwerpen: Intersentia 2021), pp 459 et s.; J.-F. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, « La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles », in I. BOUIOUKLIEV (ed.), *La force majeure. État des lieux* (Limal: Anthemis 2013), p (7) at 9 et s.; A. VAN OEVELEN et A. DE BOECK, « Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht », in J. ROZIE, S. RUTTEN et A. VAN OEVELEN (eds), *Overmacht* (Antwerpen: Intersentia 2015), p (1) at 4, n° 4; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les obligations* (Bruxelles: Bruylant 2013), vol. 2, pp 1424-1425, n° 966; P. WÉRY, *Droit des obligations*, v. 1, *Théorie générale du contrat* (Bruxelles: Larcier, 3^e éd. 2021), pp 578-580, n° 654; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht, Leerboek 1* (Brugge: Die Keure 2022), pp 196-197; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs* (Brussel: Larcier 1977), pp 183-187.

d'exécution et de non-imputabilité² sont remplies, « il est tenu compte du caractère imprévisible et inévitable de l'obstacle à l'exécution ».³ Ainsi, par exemple, si l'immeuble donné en location est ravagé par un incendie non imputable au bailleur, ce dernier ne peut plus fournir au locataire la jouissance de la chose, de sorte que son obligation sera éteinte. Le locataire sera, quant à lui, libéré de son obligation corrélatrice, en l'occurrence, le paiement du loyer, par application de la théorie des risques.⁴

Prenons à présent l'hypothèse d'une personne qui, partie pour le weekend, a réservé une nuitée dans une chambre d'hôtes. En raison d'une tempête violente soudaine et de fortes chutes de neige rendant la circulation impossible, il ne peut effectuer le déplacement pour profiter de la chambre mise à sa disposition. Lui est-il permis d'exciper de la force majeure en vue d'être libéré de son obligation ? De même, la force majeure pourrait-elle venir au secours d'un client qui, en raison d'une maladie soudaine, a dû interrompre ou annuler son séjour dans une station thermale ? Pourrait-elle être invoquée par un amateur d'alpinisme, affilié à un club, qui est devenu tétraplégique à la suite d'un accident de voiture ? Les exemples peuvent être multipliés à l'envi.⁵ Dans ces situations, le cocontractant « empêché » n'est pas dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, laquelle consiste généralement dans le paiement d'une somme d'argent; il est plutôt dans l'impossibilité d'exercer un droit et de profiter du bien ou du service qui lui a été promis.

La présente contribution a pour objet d'examiner dans quelle mesure la force majeure peut être invoquée par un créancier qui se trouve dans l'impossibilité

-
- 2 Pour que cette condition de non-imputabilité soit remplie, il faut non seulement qu'aucune faute personnelle ne puisse être reprochée au débiteur, mais aussi que ce dernier ne soit pas tenu de répondre de l'inexécution en vertu de la loi ou d'une acte juridique (voy. Proposition de loi du 24 février 2021 portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/1, pp 259-260 et p 355 (commentaire de l'article 5.225); ci-après: « Proposition de Livre 5, n° 55-1806/1, <https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/55/1806/55K1806001.pdf>).
 - 3 Voy. l'article 5.226, § 1^{er}, al. 1, du Code civil. En d'autres termes, les différents critères - imprévisibilité, inévitabilité, extériorité, etc. - qui sont généralement invoqués en doctrine et jurisprudence pour caractériser la force majeure, ne constituent pas des conditions à part entière de la notion, mais servent à éclairer et à concrétiser les deux exigences principales que sont l'impossibilité d'exécution, d'une part, et la non-imputabilité, d'autre part.
 - 4 Sur la théorie des risques, voy. *infra*, n° 16.
 - 5 Par ailleurs, la crise sanitaire liée à la pandémie de Covid-19 a mis en lumière des situations qui, dans une certaine mesure, peuvent s'apparenter à la problématique de l'impossibilité d'exercer un droit. On peut songer au locataire empêché de profiter de sa location (par exemple, un commerce ou une seconde résidence) en raison des mesures de confinement édictées par les autorités. Encore que, dans ces cas-là, une lecture à partir de la conception traditionnelle de la force majeure nous paraît envisageable (voy. *infra*, n° 16 et s.), même si l'on doit reconnaître que la question est controversée (voy. Cass. fr. (3^e civ.), 30 juin 2022, n° 21-20.190, ECLI:FR:CCASS:2022:C300604, cité *infra*, n° 4; voy. ég. *infra* n° 11).

d'exercer son droit. Dès lors que la doctrine et la jurisprudence belges accordent généralement peu d'attention à cette question,⁶ le pari a été fait de rechercher dans le droit comparé, et plus spécifiquement dans les droits français⁷ et néerlandais,⁸ des éléments de réflexion permettant d'évaluer la pertinence de la force majeure comme grille de lecture de cette problématique et de proposer, le cas échéant, une autre approche de celle-ci. Sans doute peut-on déjà poser que toutes les situations d'impossibilité d'exercer un droit ne doivent pas recevoir la même solution.

2. *Plan de la contribution.* Nous exposerons, dans un premier temps, la position de la doctrine et de la jurisprudence – belges et françaises – sur la question de savoir si un créancier peut invoquer la force majeure lorsqu'il est dans l'impossibilité d'exercer un droit (2). Il apparaîtra que les solutions manquent de constance ou sont, à tout le moins, empreintes d'hésitation. Nous tâcherons dès lors, dans un deuxième temps, de déceler ce qui peut être à l'origine de ces variations doctrinales et jurisprudentielles. Nous montrerons que l'admission de la force majeure, dans les situations étudiées, s'explique par un rattachement – parfois artificiel – à la condition classique de l'impossibilité d'exécution et pointerons, à cet égard, les limites d'une telle approche (3). Enfin, un détour par le droit néerlandais nous donnera l'occasion de proposer une autre manière d'appréhender les situations d'impossibilité d'exercer un droit, davantage axée sur une logique de « sphère de risques » (4). Si les premières étapes de cette étude s'inscrivent dans une approche principalement descriptive et évaluative, la dernière partie s'inscrit quant à elle résolument dans une perspective plus normative, l'objectif étant de proposer une évolution dans l'interprétation du droit belge de la force majeure de nature à concilier, d'une part, les exigences de sécurité juridique traduites par le principe de la convention-loi et, d'autre part, le souci d'offrir une solution équitable aux hypothèses où le créancier se trouve dans une situation d'impossibilité d'exercer son droit.

-
- 6 J. VAN ZUYLEN, « L'obligation de somme peut-elle être atteinte par la force majeure ? Une question de genre ! », *RGDC (Revue générale de droit civil)* 2020, pp (26), 33 à 36. Voy. ég. les références citées par M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De overmachts- en de imprevisieleer : één gespleten persoonlijkheid », *TPR* 2018, p (219) at 249-250, n° 34: on signalera toutefois que les décisions en question ne sont pas abordées sous l'angle de l'impossibilité d'exercer un droit mais plutôt sous celui de la perte du but contractuel. Voy. ég. *infra*, n° 10 et s., en part. n° 12.
 - 7 Ce point de comparaison nous paraît pertinent pour la raison suivante: le droit belge est, pour une large part, issu du droit français, compte tenu de leur ancêtre commun, le Code civil Napoléonien de 1804.
 - 8 La comparaison avec le droit néerlandais nous paraît pertinente en raison de l'influence exercée par le droit d'un pays limitrophe – Les Pays-Bas – et qui s'exprime dans l'une des principales langues nationales, en l'occurrence la langue néerlandaise.

2. La force majeure invoquée par un créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit: Réception en droits belge et français

2.1. En droit français: Une valse-hésitation doctrinale et jurisprudentielle

3. *Annonce du plan.* Nous examinerons, tout d'abord, la position de la Cour de cassation de France. On relèvera, en particulier, un arrêt du 25 novembre 2020 que l'on mettra en perspective avec la jurisprudence antérieure de la Haute juridiction (2.1.1). Nous nous pencherons, ensuite, sur la réception – en doctrine – de ces diverses décisions (2.1.2).

2.1.1. Position de la jurisprudence

4. *Arrêt de la Cour de cassation de France du 25 novembre 2020 (et sa confirmation ultérieure).* Dans un arrêt du 25 novembre 2020,⁹ la Cour de cassation de France s'est penchée sur la question de savoir si un créancier peut se prévaloir de la force majeure lorsqu'il ne peut bénéficier de la prestation à laquelle il a droit. En l'espèce, deux époux avaient souscrit, le 15 juin 2017,¹⁰ un contrat d'hébergement auprès de la société Chaîne thermique du soleil (ci-après: la société), pour une période d'environ trois semaines (du 30 septembre 2017 au 22 octobre 2017). Le prix fut payé au début du séjour. Malheureusement, le 4 octobre, Monsieur fut hospitalisé en urgence. Quelques jours plus tard, le 8 octobre, Madame quitta également le lieu d'hébergement pour accompagner son mari. Les époux assignèrent la société en justice pour réclamer la dissolution du contrat et la restitution d'une partie du prix versé. Ils soutenaient que, par l'effet de la force majeure (en l'occurrence l'hospitalisation de Monsieur), ils n'avaient pas pu bénéficier des deux dernières semaines d'hébergement.

Le tribunal d'instance de Manosque fit droit à la demande des époux et admit la force majeure. Les juges du fond considérèrent que Monsieur avait été

9 Cass. fr. (1^{re} civ.), 25 novembre 2020, ECLI:FR:CCAS:2020:C100714, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/714_25_45977.html, *Contrats, concurrence, consommation (CCC)*, n° 7, juillet 2021, étude 7, p 8, note N. DUPONT = *Actualité juridique droit immobilier (AJDI)* 2021, p 118, note D. HOUTCIEFF = *D.* 2021, p 89, note C. GRIMALDI = *Revue des contrats* 2021/1, n° 117j1, p 17, note M. LATINA = *CCC* 2021, comm. 1, obs. L. LEVENEUR = *JCP G* 2020, 1409, p 2263, obs. M. MEKKI = *Gaz. Pal.* 2 février 2021, n° 395u6, p 17, note C.-M. PÉGLION-ZIKA = *D.* 2021, p 114, note S. TISSEYRE.

10 Le contrat a donc été signé après l'entrée en vigueur de la réforme du droit des obligations en France (voy. Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* 21 avril 2018, <https://www.legifrance.gouv.fr/>; Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* 11 février 2016).

victime d'un problème de santé imprévisible et irrésistible et que Madame avait dû l'accompagner en raison de son transfert dans une clinique située à plus de 130 kilomètres des thermes. La société se pourvut néanmoins en cassation et reprocha au jugement attaqué d'avoir violé la notion de force majeure visée à l'article 1218 du Code civil (français), dans la mesure où les difficultés de santé invoquées ne l'empêchaient aucunement d'exécuter l'obligation dont il était débiteur, mais uniquement de profiter de la prestation dont il était créancier.

Dans sa décision, la Cour de cassation rappelle qu'aux termes de l'article 1218, alinéa 1^{er}, du Code civil (français), « il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ». Il en résulte, selon elle, « que le créancier qui n'a pu profiter de la prestation à laquelle il avait droit ne peut obtenir la résolution du contrat en invoquant la force majeure ». La Haute juridiction casse dès lors la décision attaquée qui avait admis la force majeure alors que Monsieur et Madame s'étaient acquittés du prix du séjour et qu'ils avaient « seulement été empêchés de profiter de la prestation dont ils étaient créanciers ».

L'application de l'article 1218 du Code civil français suppose, en d'autres termes, une impossibilité d'exécution de l'obligation dans le chef du débiteur, et non une simple impossibilité d'exercer son droit dans le chef du créancier.

Dans un arrêt du 30 juin 2022, la Cour de cassation de France confirme sa jurisprudence: « Il résulte de l'article 1218 du code civil que le créancier qui n'a pu profiter de la contrepartie à laquelle il avait droit ne peut obtenir la résolution du contrat ou la suspension de son obligation en invoquant la force majeure ». En l'espèce, il a été décidé que le locataire, qui n'avait pas pu exploiter son commerce à cause de la fermeture des locaux pendant la crise sanitaire liée à la pandémie de Covid-19, ne peut se prévaloir de la force majeure.^{11,12}

11 Voy. Cass. fr. (3^e ch. civ.), 30 juin 2022, n° 21-20.190, ECLI:FR:CCASS:2022:C300604, <https://www.legifrance.gouv.fr/>. Voy. ég. P. GAIARDO, *Covid-19: fin de partie pour les locataires*, Dalloz actualité (4 juillet 2022), <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/covid-19-fin-de-partie-pour-locataires#.Yw3RnuxBz9A>: l'auteur commente 3 arrêts de la Cour de cassation (n° 21-20.127, n° 21-20.190 et n° 21-19.889) dans lesquels il a été décidé notamment que les mesures sanitaires n'empêchaient pas les bailleurs d'exécuter leur obligation de délivrance, dès lors que le maintien de l'ouverture des commerces n'était pas compris dans l'objet de leur obligation.

12 On épinglera par ailleurs un arrêt de la Cour de cassation de France du 6 juillet 2022 (Cass. fr. (1^{re} civ.), 6 juillet 2022, n° 21-11.310 ECLI:FR:CCASS:2022:C100573). Si les faits dont question dans l'arrêt sont intéressants au regard de la question de l'impossibilité d'exercer un droit, la décision de la Cour ne permet cependant pas d'en tirer quelque enseignement en ce qui concerne la problématique examinée. En l'espèce, Monsieur et Madame avaient, en vue de leur mariage prévu les 27 et 28 juin 2020, conclu un contrat de réservation d'une salle auprès la société A&P Réceptions et avaient payé à celle-ci un acompte de 1 650 euros. Le contrat stipulait qu'en cas d'annulation de la manifestation par le client, le montant de la location resterait intégralement dû

5. *Jurisprudence antérieure de la Cour de cassation de France.* Force est pourtant de constater que la Cour de cassation de France n'a pas toujours été hostile à une application de la force majeure au bénéfice du créancier qui est empêché de profiter de la prestation qui lui est due. Ainsi, dans un arrêt – remarqué – du 10 février 1998,¹³ elle a admis ce raisonnement au profit d'une étudiante qui, en raison de son état de santé, ne pouvait plus suivre les cours d'un certificat d'aptitude professionnelle de coiffure auxquels elle venait de s'inscrire.¹⁴ Si les auteurs reconnaissent que la solution est « juste » pour le cocontractant malade, ils s'interrogent sur son fondement juridique et cherchent à « revêtir d'une parure technique cette solution d'équité ».¹⁵ La décision tranche, en effet, avec la conception classique de la force majeure dans la mesure où l'obligation de l'étudiante, qui consiste dans le paiement des frais de scolarité et donc d'une somme d'argent, n'est nullement impossible à exécuter (*cf.* l'adage *genera*

à la société, sauf cas de force majeure. Les juges du fond décidèrent que la crise sanitaire liée à la pandémie de Covid-19 était constitutive d'une situation de force majeure et que l'acompte devait donc être remboursé. La société, demanderesse en cassation, reprochait notamment à la décision attaquée d'avoir admis la force majeure dans une situation qui ne rendait nullement impossible l'exécution de l'obligation – monétaire – du couple mais empêchait uniquement ce dernier de profiter de la prestation dont il était créancier. La Cour de cassation rejette toutefois le pourvoi en énonçant ce qui suit: « 6. C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation et sans être tenue de répondre à des conclusions que ses constatations rendaient inopérantes que la cour d'appel a estimé, au vu des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, qu'était caractérisé un cas de force majeure rendant impossible l'exécution des obligations contractuelles et justifiant, en application de la clause du contrat, un remboursement de l'acompte versé. 7. Le moyen, nouveau et mélangé de fait, en ce qu'il se prévaut de l'impossibilité de s'exonérer d'une obligation contractuelle monétaire inexécutée en invoquant un cas de force majeure, et comme tel irrecevable, n'est donc pas fondé pour le surplus ». Ainsi la Haute juridiction ne se prononce pas en tant que telles sur les conséquences légales de l'impossibilité d'exercer un droit; elle se contente d'admettre que soit donné effet aux stipulations contractuelles dont il résultait en l'espèce le remboursement de l'acompte dans l'hypothèse d'une annulation pour cause de force majeure.

- 13 Cass. fr. (1^{re} civ.) 10 février 1998, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007039517>, *Bull. civ.* I, n° 53 = *JCP G* 1998, I, 155, n° 12, note C. JAMIN, et II, 10124, comm. G. PAISANT = *D.* 1998, p 539, note D MAZEAUD = *RTD civ.* 1998, p 689 et obs. P. JOURDAIN.
- 14 Certes, le débat ne portait pas directement sur la faculté pour le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit d'invoquer la force majeure. Néanmoins, en rejetant le pourvoi qui faisait valoir, à juste titre, que la maladie n'empêchait pas l'étudiante de s'acquitter de son obligation de payer le prix, la Cour de cassation permet « implicitement mais nécessairement » au créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit de se prévaloir de la force majeure (voy. en ce sens: C. GRIMALDI, « La force majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit », *D.* 2009, p (1298) at 1299, n° 9; G. PAISANT, note sous Cass. fr. (1^e civ.), 10 février 1998, *JCP G* 1998, II, 10124, p (1379) at 1380, n° 6.
- 15 Voy. D. MAZEAUD, note sous Cass. fr. (1^{er} civ.), 10 février 1998, *D.* 1998, p (540) at 541, n° 8 (l'auteur propose de justifier la décision par le recours à la notion de cause); voy. ég. L. LEVENEUR, *CCC* 1998, comm. 70.

*non pereunt*¹⁶). Certes, on peut concevoir que l'éviction de la force majeure, en matière d'obligation monétaire, reçoive exception lorsque le créancier est dans l'impossibilité de profiter de la prestation qui lui est due. Néanmoins, il est permis de se demander si cette exception est la motivation profonde de la décision de la Cour ou, à l'inverse, sa conséquence. Parmi les (autres) explications avancées par la doctrine pour justifier la solution retenue, l'on épinglera le fait que la relation contractuelle opposait un professionnel et un consommateur et semblait, de surcroît contenir une clause abusive. On peut donc voir dans la décision de la Cour une velléité de protection de la partie faible.¹⁷

Par ailleurs, dans un arrêt du 2 octobre 2001,¹⁸ la force majeure, tirée d'un malaise ayant nécessité l'hospitalisation d'une personne le jour de son départ pour un voyage en Chine (organisé par une agence), n'a pas été admise. Le client n'a, en conséquence, pas pu obtenir le remboursement du prix versé anticipativement. La Cour de cassation a estimé que la décision attaquée était légalement justifiée dès lors que les juges du fond avaient relevé que le voyage avait fait l'objet d'une information préalable, spéciale et très suivie, par l'organisateur quant à la possibilité de souscrire une « assurance-annulation ». Comme l'écrit L. Leveneur, « on ne criera pas à l'injustice » (comp. avec la situation de l'étudiante dans l'arrêt du 10 février 1998, cité ci-dessus). Est-ce à dire que, en l'absence du mécanisme d'assurance annulation, la force majeure aurait pu être admise dans une telle situation ? Une partie de la doctrine semble le penser.¹⁹

Enfin, il convient de relever un arrêt de la Cour de cassation de France du 23 janvier 1968²⁰ dont la solution peut être rapprochée de celle retenue par l'arrêt précité du 25 novembre 2020. En l'espèce, deux époux s'étaient engagés à acquérir un fonds de commerce de boulangerie et à verser une indemnité de dédit en cas de non-réalisation de la vente. Ils n'exécutèrent toutefois pas leurs obligations et invoquèrent la force majeure découlant de l'état de santé du mari. Ce dernier ne pouvait plus, pour raison médicale, exercer la fonction de boulanger et devait envisager une reconversion professionnelle. Les juges du fond firent droit à la prétention des (candidats-)acquéreurs. Ils furent néanmoins censurés par la Haute juridiction qui a

16 Voy. *supra* n° 14.

17 Y.-M. LAITHIER, « La force majeure n'est pas une cause d'exonération de l'inexécution des obligations monétaires: le principe et ses limites », *Revue des contrats* 2015(1), p 21; voy. ég. J. VAN ZUYLEN, *RGDC* 2020, p (26) at 33-34, n°13.

18 Cass. fr. (1^{re} civ.), 2 octobre 2001, n° 99-19.816, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007431736/>, CCC 2002, comm. n° 24, n. L. LEVENEUR.

19 F. GRÉAU, *Force majeure, Rép. Civ.* 2017, n° 96; M. LATINA, « Le créancier, qui n'a pas pu profiter de la contrepartie à laquelle il avait droit, ne peut invoquer la force majeure », note sous Cass. fr. (1^{re} civ.), 25 novembre 2020, *Revue des contrats* 2021(1), n° 117j1, p 17, note 19. Voy. ég. D. HOUTCIEFF, *AJDI* 2021, p 118.

20 Cass. fr. (comm.), 23 janvier 1968, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006977537/>, *RTD civ.* 1969, note G. DURRY.

considéré que les caractères imprévisible et insurmontable de la force majeure n'étaient pas établis. Il est vrai que l'événement allégué n'empêchait pas les époux de s'acquitter de leur obligation de somme (ne fût-ce que de l'indemnité de dédit). C'est, tout au plus, l'exploitation du fonds de commerce qui était rendue impossible, de sorte que le contrat ne présentait plus aucun intérêt pour l'une des parties.²¹

2.1.2. Réception en doctrine

6. *Introduction.* Il convient, à présent, de se pencher sur la position adoptée en doctrine en ce qui concerne la possibilité de recourir à la force majeure en cas d'impossibilité d'exercer un droit. Nous examinerons, plus particulièrement, l'accueil que les auteurs ont réservé à l'arrêt précité du 25 novembre 2020.

7. *Doctrine favorable à l'admission de la force majeure dans le chef du créancier empêché d'exercer son droit.* Selon l'enseignement traditionnel, la force majeure libère de son obligation celui qu'elle met dans l'impossibilité de l'exécuter. Elle devrait également, selon certains auteurs, pouvoir être invoquée par celui qui n'est plus en mesure de profiter d'une obligation que son débiteur peut pourtant encore parfaitement exécuter.²² Cette thèse consiste, en d'autres termes, à défendre la « bilatéralisation de la force majeure »,²³ c'est-à-dire permettre au créancier empêché d'exercer son droit d'invoquer la cause étrangère libératoire en vue d'être dispensé d'exécuter sa propre obligation, laquelle consiste généralement en une obligation de somme.

En faveur de la thèse précitée, l'on épinglera, tout particulièrement, le plaidoyer que C. Grimaldi nous offre dans son article intitulé « La force majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit ».²⁴ L'auteur cherche à démontrer que les raisons qui justifient la libération du débiteur, lorsque ce dernier ne peut exécuter son obligation, valent également dans l'hypothèse où c'est le créancier qui est empêché d'exercer son droit. Ainsi il soutient, en substance, que le

21 Voy. ég. un arrêt de la Cour d'appel de Rouen du 9 février 1844, *D.* 1845, *Dispositif Merlin c. Robillard*, p 4. En l'espèce, il a été décidé que la construction d'une voie de chemin de fer constituait un cas de force majeure dans la mesure où elle rendait inutile l'exécution du contrat de service de roulage conclu par les parties (voy. sur cette décision le commentaire critique de D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle* (Bruxelles: Bruylant 1986), p 111).

22 En effet, si l'événement, qui empêche une partie contractante – le créancier – d'exercer son droit, constitue également un obstacle à l'exécution de l'obligation du débiteur, le créancier sera libéré par application de la théorie des risques.

23 Pour reprendre l'expression de M. LATINA, *Revue des contrats* 2021, n° 117j1, p 17.

24 C. GRIMALDI, *D.* 2009, pp 1298 et s. Soucieux de poser des limites à ces nouvelles applications de la force majeure, l'auteur précise que « seul le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit peut invoquer la force majeure, et non celui qui, pouvant l'exercer, n'a plus intérêt à le faire » (*ibid.*, p 1300, n° 10). Ainsi, le contrat par lequel une future mariée commande une robe ne saurait être éteint en raison de l'annulation du mariage. En ce cas, en effet, le droit de l'acheteuse peut toujours être exercé, même s'il est simplement dépourvu d'intérêt.

jeu classique de la force majeure – l'exonération du débiteur confronté à un obstacle à l'exécution – est (principalement) fondé sur la notion d'équité. Dès lors, dans la mesure où il est tout autant « contraire à l'équité que le créancier ne pouvant exercer son droit doive néanmoins, par principe, s'acquitter de son obligation », il conviendrait, par identité de motifs, d'admettre la force majeure au bénéfice du créancier qui est privé de la prestation qui lui est promise.²⁵ Les prémisses du raisonnement peinent toutefois à convaincre pleinement. L'équité ne nous paraît pas, en effet, constituer un fondement juridique totalement satisfaisant pour justifier la « bilatéralisation » de la force majeure.²⁶ En réalité, l'effet libératoire de celle-ci semble reposer davantage sur l'idée selon laquelle, dans un contrat synallagmatique, un cocontractant ne peut être tenu d'exécuter une obligation si, en raison d'une circonstance qui ne lui est pas imputable, il ne peut recevoir la contrepartie prévue.²⁷ Il s'agit, en d'autres termes, de « ne pas rompre la commutation recherchée par les parties au jour de la conclusion du contrat »²⁸ ou, pour le formuler autrement, de ne pas briser l'équilibre objectif inhérent à la relation synallagmatique.²⁹

Il importe toutefois de préciser que, dans la conception prônée par C. Grimaldi, l'admission de la force majeure en cas d'impossibilité d'exercer un droit va de pair avec une remise en cause de la théorie des risques, cette dernière étant actuellement fondée sur une formule abstraite, du type *res perit debitori*³⁰ (pour les contrats non translatifs de propriété).³¹ L'auteur estime ainsi qu'il serait préférable de « répartir les risques – c'est-à-dire les conséquences de l'anéantissement du contrat en cas de force majeure – voire, dans certains cas, de les faire peser exclusivement sur un contractant ». ³² En d'autres termes, il plaide

25 C. GRIMALDI, *D.* 2009, p (1298) at 1999, n° 7.

26 Voy. ég. en ce sens: M. LATINA, *Revue des contrats* 2021, n° 117j1, p 17, n° 3 et 4.

27 Voy. ég. P. JOURDAIN, « Responsabilité civile », *RTD Civ.* 1998, p (680) at 691; C. JAMIN, *JCP G* 1998, I, p 155, n° 12. Comp. P.H. ANTONMATTÉI, *Contribution à l'étude de la force majeure* (Paris: L.G.D.J. 1992), p 161, n° 223.

28 C. GRIMALDI, *D.* 2009, p 1298, n° 5.

29 M. MEKKI, *JCP G* 2020, 1409, p (2263) at 2265.

30 Littéralement: « la chose périt aux risques du débiteur ». Les risques pèsent sur *le débiteur de la prestation impossible à exécuter* dans la mesure où le créancier de celle-ci est libéré de sa propre obligation.

31 On rappellera que les contrats translatifs de propriété obéissent à des règles différentes puisqu'on y applique l'adage *res perit domino* (littéralement: « la chose périt pour le propriétaire »).

32 C. GRIMALDI, *D.* 2009, p (1298) at 1301, n° 15. Comp. avec les auteurs qui plaident pour une attribution des risques au cas par cas, à la lumière de critères concrets tels que la « solidarité contractuelle » ou encore « l'efficacité économique »: voy. ainsi notamment le critère du « *superior risk bearer* » en analyse économique du droit (cf. E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit* (Paris: Dalloz, 2^e éd. 2008), p 395, n° 1419; R.A. POSNER et A.M. ROSENFELD, *Impossibility and related doctrines in contract law: A economic analysis*, Readings in the economics of contract law (Cambridge: University Press 1989), p 212). Comp. ég. avec le courant doctrinal qui tend à remettre en cause le caractère automatique ou « de plein droit » attaché traditionnellement à la théorie des risques: voy. not. Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution* (Paris: L.G.D.

pour une attribution des risques « en équité », par le recours à la notion de bonne foi, et *in concreto* car « tout paraît affaire de casuistique ».³³ Ainsi, le juge devrait pouvoir, en fonction des circonstances de l'espèce, déterminer s'il est opportun de libérer le créancier « empêché » et de procéder ou non aux restitutions consécutives à la dissolution du contrat. A cet égard, la position, selon laquelle le créancier dans l'impossibilité d'exercer un droit ne peut *jamaïs* être libéré de sa propre obligation, peut paraître excessive ou, tout le moins, prête le flanc à la critique, en particulier lorsque cette solution conduit à un enrichissement injustifié du débiteur de l'obligation non pécuniaire (la société thermale, dans l'arrêt du 25 novembre 2020). Il suffit de penser, par exemple, aux économies réalisées par le prestataire de service dès lors que ce dernier ne doit pas exécuter sa prestation à l'égard du créancier empêché; de même, il se pourrait que le débiteur (par ex., la société thermale) puisse s'exécuter au profit d'autrui (par exemple en louant la chambre à un tiers, pour la même période), ce qui lui permettrait d'obtenir deux fois la contrepartie monétaire.³⁴ A l'inverse, la libération pure et simple du créancier « empêché » peut parfois sembler injuste pour le cocontractant débiteur, que ce soit parce que ce dernier a exposé certains frais dont il ne sera pas « indemnisé », à défaut de toucher le prix convenu, ou encore parce qu'il a perdu une opportunité de réaliser un gain.³⁵

La position défendue par C. Grimaldi est partagée par d'autres auteurs. Ainsi, l'on relèvera notamment que F. Gréau³⁶ a écrit, en 2017, que le principe de la libération du créancier, lorsqu'il est empêché de profiter de la prestation qui lui est due, a été « remarquablement défendu en doctrine [...] et mériterait d'être clairement affirmé » (nous soulignons).

J. 2007), pp 106 et s., n° 142 et s.; Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat* (Paris: L.G.D.J. 2004), pp 317-319, n° 234. Pour une critique de la théorie des risques classique, voy. ég. J. CHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat* (Paris: L.G.D.J., 3^e éd. 2001), pp 687-693, n° 647 et 648; C. RADÉ, « Pour une approche renouvelée de la théorie des risques », *LPA* 7 juillet 1995, pp 26 et s.

33 C. GRIMALDI, *D.* 2009, p (1298) at 1301, n° 15: « Le bon sens commande en effet de ne pas traiter identiquement le cas où un passager ne peut effectuer son voyage sur un avion par ailleurs « surbooké », et celui où un individu ne peut honorer la location d'une villa auprès d'un particulier pour les deux mois de l'été »; C. GRIMALDI, « La force majeure, source d'enrichissement », *D.* 2021, p 89, n° 4 à 6.

34 Voy. C. GRIMALDI, *D.* 2021, p 89, n° 6. Voy. ég. en ce sens: M. MEKKI, *JCP G* 2020, 1409, p (2263) at 2265.

35 Voy. ég. M. MEKKI, *JCP G* 2020, 1409, p (2263) at 2265-2266. Voy. et comp. avec L. THIBERGE, *Le contrat face à l'imprévu* (Paris: Economica 2011): l'auteur considère que la disparition définitive du but contractuel constitue un « imprévu dirimant » qui entraîne l'extinction du contrat et, plus précisément, sa « caducité » (*ibid.*, p 437, n° 779 et p 474, n° 838). Celle-ci peut s'accompagner de « dommages et intérêts destinés à compenser les frais engagés par les parties pour le commencement d'exécution, et à éviter un enrichissement sans cause » (*ibid.*, p 485, n° 850).

36 F. GRÉAU, v° *Force majeure Rép. Civ.* 2017, n° 96.

Enfin, M. Mekki a qualifié de « surprenante » la solution retenue par la Cour de cassation, dans l'arrêt précité du 25 novembre 2020, « car certains textes, certains arrêts et une grande partie de la doctrine autorisaient à penser autrement ».³⁷

8. *Arrêt de la Cour de cassation du 25 novembre 2020: une décision approuvée par une partie de la doctrine.* D'autres commentateurs,³⁸ en revanche, approuvent la position adoptée par la Haute juridiction dans l'arrêt du 25 novembre 2020. Ils saluent cette décision qui préserve la force obligatoire du contrat, et s'efforce de ne pas ravalier (davantage qu'elle ne l'est déjà) la convention en « une figure instable et subjective ».³⁹ Comme le relève C. Hélaïne, cette restriction dans l'approche de la force majeure permet « de ne pas étendre ce mécanisme à la portée importante à des terres qui lui sont lointaines ».⁴⁰ En outre, la question de savoir si le créancier peut exercer son droit « rejoint inévitablement » celle de savoir si la prestation promise revêt encore pour lui un intérêt.⁴¹ Or, « la force obligatoire des contrats rend difficilement admissible l'idée qu'un contractant puisse se soustraire à l'exécution de la convention sous prétexte qu'elle n'a plus d'intérêt pour lui ».⁴²

-
- 37 M. MEKKI, *JCP G* 2020, 1409, p (2263) at 2264. L'auteur fait ainsi notamment référence à deux dispositions légales, qualifiées de « textes spéciaux », à savoir l'article L. 444-8, alinéa 2 du Code de l'éducation (qui confère à l'élève la faculté de résilier le contrat s'il est empêché de suivre l'enseignement correspondant) ainsi que l'article L. 211-14, II du Code du tourisme (qui permet au voyageur, dans certaines circonstances, de mettre fin au contrat, avant le début du voyage ou du séjour). Il est intéressant de relever que les arrêts de la Cour de cassation du 10 février 1998 et du 2 octobre 2001, examinés ci-dessus (*cf. supra* n° 4), et cités à l'appui de la thèse selon laquelle la force majeure peut être invoquée par un créancier dans l'impossibilité d'exercer un droit, correspondent aux situations visées par les dispositions légales précitées. Pourrait-on estimer que la souplesse (au regard des principes en matière de force majeure), dont la Haute juridiction a fait preuve, à tout le moins dans l'arrêt (précité) du 10 février 1998, est justifiée par le texte – spécial – du Code de l'éducation ? Le doute est permis même si l'on précisera que le pourvoi ne faisait, à notre connaissance, pas mention de cette disposition (ne fût-ce que dans sa version applicable au moment du litige).
- 38 Voy. en part. D. HOUTCIEFF, *AJDI* 2021, p 118; N. DUPONT, « Le créancier peut-il invoquer la force majeure ? », *CCC* juillet 2021, étude 7, pp 8 et s.
- 39 N. DUPONT, *CCC* juillet 2021, étude 7, p (8) at 12, n° 12.
- 40 C. HÉLAÏNE, *Refus de la force majeure pour le créancier*, Dalloz actualité (8 décembre 2020), <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/refus-de-force-majeure-pour-creancier#.YU2O1NMzauU>.
- 41 N. DUPONT, *CCC* juillet 2021, étude 7, p (8) at 10, n° 5. D'ailleurs, dans l'arrêt commenté, s'il est indéniable que l'époux hospitalisé est dans l'impossibilité d'exercer un droit, on peut se demander s'il en va de même pour son conjoint. Sans doute pourrait-on admettre que Madame était confrontée à une « impossibilité morale ». L'on reconnaîtra toutefois que le *distinguo* entre « l'empêchement » et la « perte d'intérêt » est parfois subtil. *Adde*: L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, p 341, n° 603 et 604 qui pointe également « la difficulté de distinguer l'impossibilité de recevoir la prestation de sa seule inutilité ».
- 42 D. HOUTCIEFF, *AJDI* 2021, p 118. Voy. ég. A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations* (Paris: L.G.D.J., 17^e éd. 2018), p 291, n° 350: « il n'y a pas non plus force majeure lorsque le contrat peut être matériellement exécuté, même s'il ne présente plus d'intérêt pour une partie: par exemple, celui qui achète un fonds de commerce reste tenu d'en payer le prix même si la maladie ou un accident

Par ailleurs, d'aucuns soutiennent que la lettre de l'article 1218, alinéa 1^{er}, du Code civil français ne permet pas de « bilatéraliser » la notion de force majeure. En effet, cette dernière, aux termes de ladite disposition, suppose que le *débiteur* soit *empêché d'exécuter* son obligation. En d'autres termes, le domaine de la force majeure est expressément restreint à l'hypothèse de l'impossibilité d'exécution d'une obligation, dans le chef du débiteur. Le cas du créancier qui ne peut, en raison d'un événement fortuit, profiter de la contrepartie qu'il retire du contrat n'est pas visé par le texte.⁴³

9. *Appréciation personnelle.* A la lumière des différents argumentaires qui fleurissent en doctrine, il nous semble que la solution retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt du 25 novembre 2020 est conforme aux principes en matière de force majeure. Elle est dès lors justifiée sur le plan « strictement juridique » et est conforme à une lecture littérale de l'article 1218, alinéa 1^{er}, du Code civil français. Nous inclinons même à penser que le « précédent », en l'occurrence l'arrêt du 10 février 1998, généralement invoqué à l'appui de la thèse inverse (*i.e.*, en faveur de la « bilatéralisation ») pèse peu de poids au final compte tenu des circonstances particulières de l'espèce et des explications alternatives: d'une part, la décision a pu être motivée par un souci de protection de la partie faible; d'autre part, l'existence d'un « texte spécial » – l'article L. 444-8, alinéa 2 du Code

l'empêche de l'exploiter. On constate toutefois sur ce point des écarts de la jurisprudence, qui a parfois vu la force majeure dans le chômage du débiteur et même dans l'impossibilité pour lui de profiter du contrat ». Voy. ég. J.-C. SAINT-PAU, « Art. 1231 à 1231-7 – Fasc. 11-30: droit à réparation – Exonération de la responsabilité contractuelle – Inexécution imputable à une cause étrangère », *J.-Cl. Civil* 2020, n° 14.

- 43 L. LEVEUR, *CCC* janvier 2021, p (1) at 2: « [...] la Cour de cassation entend faire une application littérale de l'article 1218 du Code civil – ce qui paraît naturel s'agissant d'un texte nouveau – et tirer la stricte conséquence de la définition que donne cet article de la force majeure »; D. HOUTCIEFF, *AJDI* 2021, p 118; M. MEKKI, *JCP G* 2020, 1409, p 2263: « L'article 1218 du Code civil [...] est *formel*. Seul le débiteur peut se prévaloir des conséquences d'un cas de force majeure » (nous soulignons; l'auteur plaide néanmoins pour une autre interprétation du texte et défend une approche plus souple de la répartition des risques).

Comp. toutefois avec M. LATINA, *Revue des contrats* 2021, n° 117j1, p 17, n° 8: « Il n'en reste pas moins que l'article 1218 du Code civil use d'une *formulation ouverte*. S'il précise qu'il y a force majeure dans la situation évoquée, il n'interdit pas qu'il puisse y avoir force majeure dans une autre situation. Pour exclure toute extension de la force majeure, le législateur aurait dû user de la tournure 'ne ... que': 'il n'y a force majeure en matière contractuelle que lorsqu'un événement (...) empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. Reste que la symétrie entre le débiteur, empêché d'exécuter, et le créancier, empêché de profiter, n'étant qu'en trompe-l'œil, la Cour de cassation n'a pas souhaité exploiter la potentialité du texte' » (nous soulignons); C. GRIMALDI, *D.* 2021, p 89, n° 3: « Si l'article 1218, alinéa 1^{er}, ne pouvait fonder la solution du tribunal [*i.e.*, la décision attaquée, dans l'arrêt du 25 novembre 2020], il ne la condamnait pas non plus; ce texte était tout simplement inapplicable. En réalité, aucun texte ne permettait de retenir telle solution plutôt que telle autre ».

de l'éducation – est de nature à relativiser la portée de cette jurisprudence ou, à tout le moins, rend délicate la généralisation de celle-ci.

Il n'en demeure pas moins que l'arrêt du 25 novembre 2020 est loin de clore la discussion sur la question de savoir si le créancier empêché d'exercer son droit peut invoquer la force majeure.

Tout d'abord, si la solution retenue par la Cour se justifie pleinement à la lecture de l'article 1218 du Code civil français et est donc d'une « rigueur juridique inattaquable », ⁴⁴ elle peut néanmoins aboutir à des situations iniques.

Ensuite, l'on verra ci-dessous que les juridictions ont parfois recours à des moyens détournés pour parvenir à une solution qui leur paraît juste. Ils n'hésitent, dès lors, pas à pratiquer ce que l'on pourrait appeler le « forçage de la force majeure » en essayant de faire rentrer – à tout prix – une situation donnée dans les catégories classiques (c'est-à-dire par le recours à la définition traditionnelle de la force majeure, qui requiert l'impossibilité d'exécution d'une obligation). De tels artifices constituent l'expression d'un malaise des juges qui ne saurait laisser indifférent.

Enfin, il ne faut pas perdre de vue que l'arrêt du 25 novembre 2020, qualifié par une partie de la doctrine de « jurisprudence de crise », ⁴⁵ a été rendu en pleine période de pandémie de Covid-19. Il n'est dès lors pas exclu que la Haute juridiction ait jugé utile de faire preuve de fermeté dans l'application de la force majeure afin de dissuader les créanciers de recourir à ce fondement lorsqu'ils n'ont pas pu bénéficier de la prestation promise en raison de la crise du coronavirus. ⁴⁶ En d'autres termes, cette résistance « aux sirènes du solidarisme contractuel » ⁴⁷ pourrait être dictée par des considérations de « politique juridique » ⁴⁸ et, dès lors, « n'être qu'une parenthèse avant des jours meilleurs ». ⁴⁹

44 S. TISSEYRE, « Force majeure: l'impossibilité d'exécuter pour le débiteur n'équivaut pas à l'impossibilité de profiter pour le créancier », note sous Cass. fr. (1^{re} civ.), 25 novembre 2020, *D.* 2021, p 114.

45 C.-M. PÉGLION-ZIKA, « Le créancier peut-il opposer la force majeure au débiteur pour récupérer le prix déjà versé ? », *Gaz. Pal.* 2 févr. 2021, n° 395u6, p 17, n° 10.

46 Voy. not. M. LATINA, *Revue des contrats* 2021, n° 117j1, p 17, n° 9 à 12.

47 N. DUPONT, *CCC* juillet 2021, étude 7, p (8) at 12, n° 14.

48 Voy. not S. DWERNICKI, E. CHESNEAU et Y. GRANJON, « Covid 19: Quel avenir pour la force obligatoire du contrat ? », *LPA (Les Petites affiches)*, 29 décembre 2020, n° 157s3, p 9 qui considèrent qu'il est nécessaire, surtout en période de crise, de contenir le développements du solidarisme contractuel, si l'on veut préserver la sécurité juridique (c'est-à-dire se prémunir contre l'instabilité résultant de la remise en cause de la force obligatoire du contrat), assurer la prévisibilité et la lisibilité des décisions jurisprudentielles et éviter l'engorgement des tribunaux. Comp. toutefois avec M. MEKKI, *JCP G* 2020, 1409, p (2263) at 2266 qui semble, au contraire, estimer qu'une situation de crise devrait conduire, « au nom d'un solidarisme de circonstances », à une appréciation plus souple de la force majeure (notamment sur la question de l'impossibilité d'exercer un droit).

49 C.-M. PÉGLION-ZIKA, *Gaz. Pal.*, n° 5 du 2 février 2021, p 17, n° 10.

2.2 En droit belge: Une doctrine et une jurisprudence divisées

10. *Introduction.* La question de l'admission de la force majeure lorsqu'un créancier est dans l'impossibilité d'exercer son droit est peu examinée en droit belge et n'a, à notre connaissance, jamais été explicitement soumise à la Cour de cassation. Toutefois, l'attachement de la Haute juridiction à l'approche traditionnelle de la force majeure, cette dernière étant conçue comme un obstacle à l'exécution *de l'obligation*, n'est pas sans incidence pour la problématique qui nous occupe.⁵⁰ On ne sera dès lors pas étonné de constater que la jurisprudence rejette généralement la cause étrangère libératoire lorsque l'empêchement du créancier ne correspond pas à une impossibilité d'exécution dans le chef du débiteur. Il semblerait cependant que certaines juridictions de fond admettent la force majeure lorsque le but contractuel ne peut plus être atteint, ce qui peut notamment être le cas lorsque créancier est empêché de profiter de la prestation qui lui est promise, même si cette dernière n'est pas, en soi, impossible à exécuter par le débiteur. A cet égard, il est intéressant de relever que les juges qui ont franchi ce pas le font généralement sous couvert d'une conception classique de la force majeure, mais au prix d'une interprétation extensive de la condition d'impossibilité d'exécution.

11. *Rejet de la force majeure en cas d'impossibilité d'exercer un droit non corrélée à une impossibilité d'exécution.* La plupart des décisions qui illustrent notre propos sont tirées du contentieux locatif et ont trait à la dissolution du bail par application de la théorie des risques.⁵¹ Il est classiquement enseigné que l'article 1722 de l'ancien Code civil, relatif à la perte – matérielle ou juridique – du bien loué suppose un événement qui crée, dans le chef du bailleur, une impossibilité de fournir au preneur la jouissance de la chose louée conformément à la destination convenue.⁵² En d'autres termes, la privation de jouissance doit atteindre la chose elle-même ou « avoir son origine dans le

50 L'on verra plus loin que si, par certains arrêts, la Cour de cassation semble admettre la force majeure dans des situations où le créancier est empêché de profiter de la contreprestation prévue, elle ne s'affranchit pas des catégories classiques, c'est-à-dire d'un raisonnement en termes d'impossibilité d'exécution dans le chef du débiteur (cf. *infra*, n° 16 et s.).

51 Sur la théorie des risques (en matière de contrats non translatifs de propriété), voy. ég. *infra* n° 16.

52 Cass. (1^{re} ch.), 9 janvier 1919, *Pas. (Pasicrisie)* 1919, I, p 52; Cass. (1^{re} ch.), 5 mars 1923, *Pas.* 1923, I, p 410; Cass. (1^{re} ch.), 18 janvier 1924, *Pas.* 1924, I, p. 138; Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1965, *Pas.* 1966, I, p. 52; Cass. (1^{re} ch.), 17 avril 1980, *Pas.* 1980, I, p 1030; Cass. (1^{re} ch.), 17 septembre 1982, *Pas.* 1983, I, p 8; Cass. (1^{re} ch.), 5 décembre 1996, *Pas.* 1996, I, p 1232; Gand (26^e ch.), 6 février 2001, *T. Huur (Tijdschrift Huur)* 2001, p 94; Civ. Audenarde (2^e ch.), 8 décembre 2004, *RW (Rechtskundig weekblad)* 2005-2006, p 1147. Voy. ég. pour des décisions plus récentes rendues dans le cadre de la crise liée la pandémie de Covid-19: J.P. Bruges (4^e cant.), 28 mai 2020 in M. HIGNY et H. VYNCKE, *Panoplie juridique face à une pandémie – Les premières décisions commentées en matière de Covid-19* (Bruges: La Charte 2019), p 29; J.P. Gand (1^{er} cant.), 6 juillet 2020, in M. HIGNY et H. VYNCKE, *Panoplie juridique*, p 39; J.P. Bree, 16 juillet 2020 in M. HIGNY et H. VYNCKE, *Panoplie juridique*, p 63; J.P. SPRIMONT, 9 février 2021, *JJP* 2021, p 346.

chef du bailleur ».⁵³ Dès lors, la théorie des risques ne s'applique pas lorsque le locataire est, en raison de circonstances personnelles (maladie, jambe dans le plâtre, mobilisation, nomination dans une autre ville, etc.), empêché de jouir de la chose.⁵⁴ Ainsi, dans un jugement du 20 juillet 1999, le juge de paix de Messancy a explicitement refusé de faire droit à la force majeure dans une situation où le preneur ne pouvait habiter les lieux loués (et exercer pleinement son droit) en raison de problèmes de santé ayant nécessité son hospitalisation dans une institution psychiatrique: « Attendu que contrairement au cas où le preneur est privé de la jouissance de la chose parce que le bailleur se trouve dans l'impossibilité de la lui fournir par cas de force majeure, l'impossibilité de jouissance résultant de sa situation personnelle ne donne pas au preneur le droit de demander la résiliation du bail ».⁵⁵

Par ailleurs, le juge de paix de Wolvtem n'a pas admis la force majeure dans le chef d'un locataire qui prétendait que, en raison d'un problème cardiaque, il ne pouvait plus emprunter les escaliers, ce qui le contraignait à changer de logement.⁵⁶ En réalité, dans les circonstances de fait de l'espèce, on pouvait douter de l'existence d'une véritable impossibilité de jouir de la chose⁵⁷ (même en appréciant soupagement cette condition), dès lors que l'appartement dans lequel le preneur avait déménagé, et qu'il occupait au moment du procès, n'était, lui aussi, accessible que par un escalier.

-
- 53 Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV (Bruxelles: Bruylant 3^e éd. 1972), p 657, n° 638. Voy. ég. S. NAPORA, « Effets de l'inexécution fautive et non fautive », *Le droit commun du bail* (Bruxelles: La Charte 2006), p 372, n° 71; J. VANKERCKHOVE (dir.), *Le louage de choses. I. Les baux en général*, Les Nouvelles. Droit civil, t. VI (Bruxelles: Larcier, 2^e éd. 2000), p 278, n° 420 et p 282, n° 425; S. STIJNS, S. JANSEN et F. PEERAER, « Hoofdstuk VIII Schorsing en beëindiging van de huurovereenkomst naar gemeen recht », *Handboek algemeen huurrecht* (Brugge: Die Keure 2015), p (685) at 776 et 777, n° 110.
- 54 Y. MERCHERS, « Le bail en général », *Rép. Not.*, t. VIII, liv. 1 (Bruxelles, Larcier 2014), p 334, n° 555; A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux* (Waterloo: Kluwer 2015), p 413, n° 412; M. HIGNY, « Le paiement du loyer et des charges au bailleur dans le bail d'un bien immobilier face au coronavirus », *JT* 2020, p (265) at 269; J. VAN ZUYLEN, *RGDC* 2020, p (26) at 35, n. 77; R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in R. JAFFERALI (ed.), *Le droit commun des contrats. Questions choisies* (Bruxelles: Bruylant 2016), p (129) at 157, note 123.
- 55 J.P. MESSANCY, 20 juillet 1999, *JJP (Journal des juges de paix)* 2000, p 90. Voy. ég. Civ. Mons (1^e ch.), 8 mars 2000, *JLMB (Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles)* 2000, p 1350 (somm.): « La grave maladie inopinée de l'épouse du locataire ne peut constituer un cas de force majeure le dispensant de l'exécution du contrat car elle ne rend pas impossible, ni provisoirement ni définitivement, l'exécution d'un contrat de bail commercial ».
- 56 J.P. WOLVERTEM, 30 mars 1995, *RW* 1996-1997, p 472, note R. VAN RANSBEECK.
- 57 *A priori*, l'impossibilité de jouissance provient, en l'espèce, d'un événement inhérent à la personne du locataire, ce qui ne permet pas, en principe, la dissolution du bail. Nous verrons toutefois qu'il est possible de rattacher ce cas à la conception classique de la force majeure en l'abordant sous l'angle de l'obligation du locataire d'user de la chose louée en bon père de famille et d'occuper les lieux (cf. art. 1728, 1^o, de l'ancien Code civil).

En outre, il nous paraît intéressant de relever certaines décisions, relatives à la crise de Covid-19, où se posait la question de savoir si le preneur dans un bail commercial était tenu de payer le loyer lorsque les lieux loués étaient frappés d'une mesure de fermeture. Certaines juridictions n'ont pas admis la force majeure (et, partant, l'application de la théorie des risques), en se fondant sur le principe selon lequel la perte de la chose, au sens de l'article 1722 de l'ancien Code civil, doit résulter d'un événement qui paralyse l'obligation du bailleur. Elles ont, en effet, considéré que les mesures de fermeture, édictées par les autorités, frappaient non pas l'immeuble donné en location mais uniquement l'activité ou l'exploitation du locataire, ce qui signifie, en d'autres termes, que les obligations du bailleur n'étaient pas impossibles à exécuter.⁵⁸ Cette thèse – « relativement minoritaire »,⁵⁹ du moins en Belgique⁶⁰ – nous paraît prêter le

58 Voy. J.P. SAINT-PIERRE, 2 juillet 2020 in M. HIGNY et H. VYNCKE, *Panoplie juridique*, p 34; J.P. Anvers (3^e cant.), 10 juillet 2020 in M. HIGNY et H. VYNCKE, *Panoplie juridique*, p 49; J.P. IXLLES, 29 octobre 2020, *JLMB* 2021, p 29 et note N. BERNARD. Voy. ég. M. DUPONT et J.-S. LENAERTS, « Bail commercial et coronavirus: premier bilan à la lumière des décisions prononcées par les juges de paix », *JT* 2021, p (205) at 206, n° 2; M. DE POTTER DE TEN BROECK, « Pandemie als overmacht, overmacht als pandemie », *RDC (Revue de droit commercial)* 2020, p (246) at 264, note 169; J. GHUYSEN, « La force majeure, l'abus de droit et l'imprévision à la rescousse des preneurs de bail commercial durant la crise Covid-19 », *Rev. dr. ULg (Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège)* 2022(2), p (303) at 310, n° 10; L. BARNICH et N. WEINER, « Le bail commercial et les fermetures obligatoires », in L. BARNICH (ed.), *Le bail immobilier – Questions choisies* (Limal: Anthemis 2022), p (185) at 200 à 202. Voy. ég. Civ. fr. Bruxelles (5^e ch.), 26 octobre 2021, R.G. n° 20/7370/A, inédit (comp. avec Civ. fr. Bruxelles (6^e ch.), 29 octobre 2021, R.G. n° 20/7256/A, inédit): de larges extraits de ces décisions sont accessibles via le lien suivant, <https://gillescarnoy.be/2021/12/02/les-loyers-sous-covid-la-jurisprudence-dappel-arrive/>.

59 Voy. l'analyse de M. DUPONT et J.-S. LENAERTS, *JT* 2021, p (205) at 206, n° 2.

60 Comp. avec la France où cette opinion semble également défendue par certains auteurs: voy. not. F. DANOS, «Le paiement des loyers relatifs aux baux commerciaux et la crise du Covid-19 », *JCP E*, n° 17 du 23 avril 2020, p (27) at 29, n° 6, p 30, n° 11 et p 31, n° 16; L. PERREAU-SAUSSINE, « Le sort des loyers dans les baux commerciaux à l'épreuve de la crise du covid-19: quid de l'exception d'inexécution ? », *JCP N*, n° 18 du 1^{er} mai 2020, act. 415 (et la doctrine citée en note 14). Voy. ég. P. DE PLATER, « Bail commercial et covid-19: le droit et l'équité », *AJDI* 2021, p 771: l'auteur commente un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 31 mars 2021 qui a décidé que « l'impossibilité d'exploitation ne [peut] aucunement être assimilée à une destruction [au sens de l'article 1722 du Code civil] »; il relève cependant que « cette solution s'oppose à de nombreuses décisions rendues dans le cadre de la covid-19, qui ont [...] admis qu'une décision administrative ordonnant la suspension de l'exploitation d'un commerce équivalait à la perte totale ou partielle de la chose louée [...] ». *Adde*: B. GUITTET, « Bail commercial et crise de Covid-19 – braderie sur le loyer ? Développements jurisprudentiels au Luxembourg, en France et en Belgique », *DAOR (Revue internationale du droit des affaires)* 2021(4), p (3) at 12-13.

Toutefois, dans 3 arrêts du 30 juin 2022, la Cour de cassation de France a décidé que l'effet des mesures prises pour lutter contre la pandémie de Covid-19 et l'interdiction faite notamment aux commerces de recevoir du public est « sans lien direct avec la destination contractuelle du local loué » et « ne peut donc être assimilé à la perte de la chose, au sens de l'article 1722 du code civil » (voy. Cass. fr. (3^e ch. civ.), 30 juin 2022, n° 21-20.190, ECLI:FR:CCASS:2022:C300604; n° 21-19.889, ECLI:FR:CCASS:2022:C300603; n° 21-20.127 ECLI:FR:CCASS:2022:C300605; sur ces

flanc à la critique. Elle perd, en effet, de vue que le bailleur est tenu de fournir la jouissance de la chose conformément à la destination convenue, ce qui, comme on le verra,⁶¹ permet d'incorporer à l'objet de l'obligation l'usage convenu qu'en fait le créancier. Ainsi, dès lors que le bail commercial est défini par la loi elle-même comme celui qui porte sur un immeuble affecté à un commerce « directement en contact avec le public »,⁶² on peut, nous semble-t-il, admettre, en principe, la force majeure (dans le chef du bailleur) lorsque le locataire ne peut exploiter son commerce en raison des mesures sanitaires.⁶³

Enfin, on relèvera une décision du juge de paix de Roeselare du 18 mai 2021⁶⁴ où se posait expressément la question de l'application de la force majeure dans une hypothèse où le créancier était dans l'impossibilité d'exercer son droit. En l'espèce, un couple avait réservé en ligne un sauna privé pour deux personnes dans un centre de wellness mais ne se présente pas le jour prévu au motif que Madame a été victime, la veille, d'une fracture à l'orteil et que son médecin lui a enjoint de ne pas mettre son pied en contact avec de la chaleur ou de l'eau. Afin d'être libéré de son obligation de payer le prix, le couple invoque la force majeure déduite de l'accident subi par Madame. Le juge ne fait toutefois pas droit à ce moyen: il considère, d'une part, que le centre de wellness était en mesure d'exécuter son obligation de mise à disposition du sauna privé et, d'autre part, que le couple n'est pas dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, laquelle consiste dans le paiement du prix convenu. Cette décision peut être rapprochée de l'arrêt de la Cour de cassation de France du 25 novembre 2020 examiné ci-dessus.⁶⁵

12. *Décisions admettant la force majeure en cas de disparition du but contractuel.* Certains juges du fond semblent admettre la force majeure lorsque le but

arrêts voy. ég. *supra* n° 4). Voy. ég. sur l'inadéquation du concept de force majeure (en droit belge et en droit français) pour résoudre la situation d'un locataire empêché d'exploiter son commerce en raison des mesures sanitaires: T. HICK, « The coronacrisis and its impact on creditors: Frustration of purpose », *REDP* 2022(3), p 389, n° 16 et 28.

61 Cf. *supra* n° 17.

62 Voy. l'article 1^{er} de la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux, *MB* 10 mai 1951, <http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm>.

63 Voy. à cet égard N. BERNARD, « Dernières tendances jurisprudentielles en matière de bail commercial et de Covid-19 », obs. sous J.P. Huy (1^{er} cant.) (19 octobre 2020), J.P. IXELLES, 29 octobre 2020, J.P. Etterbeek, 30 octobre 2020 et J.P. BRUXELLES, 19 novembre 2020, *JLMB* 2021, p (39) at 47, n° 10; M. HIGNY, *JT* 2020, p (265) at 266-270; J. VAN ZUYLEN, « Coronavirus et force majeure: questions choisies », *RGDC* 2020, p (382) at 393-394, n° 16. Voy. ég. (en France): F.-X. TESTU, « La dette de loyers commerciaux pendant la période de fermeture ordonnée par le gouvernement », *D.* 2020, p 885; N. DISSAUX, « L'épidémie, cette perte », *D.* 2020, p 887 qui formule l'interrogation suivante: « Qu'importe néanmoins la jouissance de murs destinés au commerce si cette épidémie en empêche l'exploitation ? » (avant de conclure que la pandémie de coronavirus devrait être considérée comme une perte - juridique - de la chose louée).

64 J.P. Roeselare, 18 mai 2021, *JJP* 2021, p 534 et n. C. BIQUET-MATHIEU.

65 Cf. *supra* n° 4.

contractuel ne peut plus être atteint en raison d'un changement de circonstances.⁶⁶ L'hypothèse du créancier empêché d'exercer son droit, en ce sens qu'il ne peut profiter de la contreprestation convenue bien que la prestation du débiteur ne soit pas impossible à exécuter, constitue une déclinaison de la catégorie – plus englobante – de « disparition du but contractuel ». Cette dernière expression permet toutefois de couvrir également les situations où l'exécution du contrat ne présente plus d'intérêt pour une partie, même si elle reste théoriquement possible.⁶⁷ L'on constatera que certains des cas épinglés ci-dessous se rapprochent sans doute davantage de la « perte d'utilité » que de l'impossibilité d'exercer un droit.

Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à un arrêt de la Cour d'appel de Gand, en date du 5 septembre 2013,⁶⁸ une dame qui vient de signer une convention en vue d'acquérir un fonds de commerce, fait état de la récurrence d'un cancer de la peau à titre de force majeure, en vue d'être libérée de ses obligations et de justifier sa décision de ne pas reprendre le bien. La Cour, qui se rallie à une appréciation souple de la force majeure, admet que la maladie constitue un événement imprévisible⁶⁹ et inévitable, donc non imputable au débiteur, qui rend impossible l'exécution des obligations de ce dernier. Bien que la Cour appréhende la situation en des termes classiques – « obligation impossible à exécuter » – nous sommes plutôt enclin à proposer une autre lecture: la force majeure a, en l'espèce, été admise dans une hypothèse où une partie contractante (en l'occurrence, l'acquéreur) était empêchée, en raison de sa maladie, d'exploiter le fonds de commerce, ce qui privait de tout intérêt la contreprestation convenue.⁷⁰

66 Voy. sur ce point: M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De overmachts- en de imprevisieleer: één gespleten persoonlijkheid », *TPR* 2018, p (219) at 249-250, n° 34: « *Anderzijds pasten feitenrechters de overmachtsleer toe op situaties waarbij de schuldenaar door de wijziging van omstandigheden niet langer het doel kon bereiken dat hij met de overeenkomst nastreefde* ».

67 La doctrine donne traditionnellement l'exemple des « coronation cases » (cf. not. l'arrêt *Krell c. Henry*, 1903, 2 K.B. 740, accessible via, www.trans-lex.org): un particulier loue un balcon en vue d'assister au cortège du couronnement du roi Édouard VII mais, en raison de la maladie de ce dernier, la cérémonie est annulée (voy. L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, p 341, n° 604; M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in contractenrecht*, pp 95-97, n° 96; D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, p 10; J. VAN ZUYLEN, « Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat », in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats* (Bruxelles: Larcier 2022), p (282) at 291 à 294, n° 11.

A cet égard, si une distinction peut sans doute être opérée entre l'« impossibilité d'exercer un droit » et la « perte d'intérêt à l'exécution du contrat » (voy. not. C. GRIMALDI, *D.* 2009, p (1298) at 199-1300), il convient de reconnaître que ces notions sont assez proches l'une de l'autre (cf. *supra* n° 8).

68 Gand (1^{re} ch.bis), 5 septembre 2013, *RW* 2015-2016, pp 1109 et note.

69 Même si, précise la Cour, il s'agit d'un cas de récurrence (« *Zelfs al is ze recidiverend gebleken* »).

70 Voy. et comp. avec Cass. fr. (comm.), 23 janvier 1968 (précité; cf. *supra* n° 5).

Une décision du juge de paix de Tournai, en date du 8 mai 2007,⁷¹ nous paraît également constituer une illustration intéressante de la perte du but contractuel. En l'espèce, un étudiant s'était engagé dans les liens d'un bail portant sur un *kot* situé dans un immeuble sis à Tournai, non loin de l'institut scolaire auquel il venait de s'inscrire. Néanmoins, l'établissement d'enseignement lui notifia quelques mois après la conclusion du bail que son inscription ne pouvait être acceptée et qu'il serait dirigé vers une autre implantation, à Bruxelles. Le juge de paix décida que le contrat de bail était dissous pour cause de force majeure. Il a, à cet égard, considéré que l'on ne pouvait exiger du débiteur des prestations disproportionnées (effectuer les navettes entre Tournai et Bruxelles⁷² pour suivre la formation souhaitée). En réalité, la circonstance invoquée ne rendait pas l'obligation du locataire impossible (en tout cas pas celle consistant à payer le loyer⁷³). Elle privait plutôt le bail de son intérêt (du moins, dans le chef de l'étudiant) en ce sens que le but contractuel ne pouvait plus être atteint.⁷⁴

Par ailleurs, il est intéressant d'épingler une décision du juge de paix de Wavre, en date du 18 février 2014,⁷⁵ dont les faits sont analogues à ceux qui ont donné lieu à l'arrêt (précité) de la Cour de cassation de France du 10 février 1998.⁷⁶ En l'espèce, un étudiant réclamait le remboursement du prix qu'il avait payé pour s'inscrire à une semaine de « blocus assisté »,⁷⁷ à laquelle il n'avait cependant pas pu participer en raison d'une maladie attestée par un certificat médical remis tardivement. La juridiction a décidé que la circonstance invoquée était un cas de force majeure et que l'étudiant pouvait dès lors obtenir le remboursement des droits d'inscription payés. En réalité, la portée de cette décision est sans

71 J.P. TOURNAI (2^e cant.), 8 mai 2007, *JT* 2008, p 162.

72 Ces deux villes sont séparées par une distance d'environ 88 kilomètres.

73 On pourrait, le cas échéant, estimer que la décision des autorités académiques a rendu raisonnablement impossible l'obligation d'user de la chose en bon père de famille et selon la destination convenue (voy. J. VAN ZUYLEN, note sous Cass. (1^{re} ch.), 28 juin 2018, *RGDC* 2020, p (26) at 34-35, n° 14; voy. ég. *infra* n° 14).

74 Il est d'ailleurs intéressant de relever que le juge de paix utilise les termes d'« obstacle à l'exécution du contrat » (nous soulignons), plutôt que ceux d'obstacle à l'exécution de l'obligation (J.P. TOURNAI (2^e cant.), 8 mai 2007, *JT* 2008, p 162, précité).

Comp. avec J.P. ZOUTLEEUW, 11 juin 2020, *JJP* 2021, p 113 (également à propos d'un étudiant qui voulait se dégager de son bail, dans la mesure où il ne suivait plus les enseignements dispensés à proximité de son logement): le juge a analysé la situation notamment sous les angles de la caducité par disparition de la cause et de la force majeure et a rejeté ces deux fondements; l'on relèvera toutefois que, dans la décision du 11 juin 2020, l'étudiant avait de sa propre initiative arrêté ses études, de sorte que l'événement invoqué à titre de cause étrangère n'était pas indépendant de sa volonté.

75 J.P. WAVRE (2^e cant.), 18 février 2014, *DCCR (Droit de la consommation)* 2014, p 93 et note J. LAFFINEUR.

76 Cf. *supra* n° 5.

77 En l'espèce, les services proposés par le professionnel comprenaient notamment le logement, la fourniture de repas et un accompagnement par un personnel enseignant.

doute à relativiser dans la mesure où il ne semble guère contesté *in casu* que la maladie de l'étudiant, pour autant qu'elle soit dûment prouvée, est constitutive de force majeure. Le prestataire de service soutenait en effet que l'étudiant s'était désisté pour des motifs de convenance personnelle et que la force majeure, invoquée tardivement (en l'occurrence, 10 jours après l'annonce du désistement), ne pouvait être admise. Le litige paraît dès lors davantage porter sur la preuve de la cause étrangère et la force probante du certificat médical que sur la question de savoir si le créancier empêché de profiter de la contreprestation convenue peut se prévaloir de la force majeure.^{78,79}

3. A l'origine de ces solutions contrastées: Le rattachement – parfois artificiel – à la condition d'impossibilité d'exécution et les limites de cette approche

13. *Introduction.* La doctrine et la jurisprudence examinées semblent plutôt rétives à admettre la bilatéralisation de la force majeure. En d'autres termes, cette dernière ne peut, en principe, pas être invoquée par la partie contractante – généralement débitrice d'une obligation de somme⁸⁰ – qui est (seulement) dans l'impossibilité de profiter de la contreprestation convenue.⁸¹ Nous avons relevé, tant en Belgique qu'en France, certaines décisions qui font droit à la cause étrangère libératoire au bénéfice du créancier empêché d'exercer son droit, mais il nous paraît pour le moins audacieux de considérer qu'elles augurent une application généralisée de la force majeure à ce type de situations. En réalité, on se demande si les cas où la force majeure a été admise ne peuvent pas être rattachés, d'une manière ou d'une autre, à la conception classique, laquelle requiert l'impossibilité d'exécution d'une obligation. Comme l'écrit R. Jafferali⁸²: « [...] en soi, la simple impossibilité pour le créancier d'exercer un droit n'entraîne pas la caducité de l'obligation corrélatrice, mais lorsque cette dernière se trouve elle-même impossible à exécuter, ou lorsqu'une autre obligation du créancier devient pour la même cause impossible à exécuter, alors la caducité peut intervenir ». Ainsi, le créancier peut, tout d'abord, être libéré

78 L'on notera que l'affaire soulevait également d'autres problématiques, telles que l'opposabilité et la validité des conditions générales de l'entreprise et, en particulier, le caractère abusif de certaines clauses (voy. le commentaire de J. LAFFINEUR, « Contrat à distance, conditions générales et force majeure », *DCCR* 2014, pp 101 et s.).

79 Pour d'autres illustrations, voy. M. DE POTTER DE TEN BROECK, *TPR* 2018, p (219) at 250, note 138. Il nous semble toutefois que, parmi les décisions mentionnées par l'auteur, certaines (not. J.P. SAINT-GILLES, 13 septembre 1983, *JT* 1984, p 48; Civ. Bruxelles (4^e ch.), 26 avril 1991, *JT* 1991, p 603) peuvent être rattachées à la « conception classique » de la force majeure, comprise en termes d'impossibilité d'exécution de l'obligation (voy. *infra*).

80 Par exemple, le locataire tenu de payer le loyer, le client tenu de régler le prix de la prestation de service, etc.

81 Par exemple, bénéficier de la jouissance des lieux, profiter de la prestation de service, etc.

82 R. JAFFERALI, in *Le droit commun des contrats*, p (129) at 157.

lorsque l'on décèle, dans son chef, une obligation corrélative au droit dont l'exercice est contrarié par l'événement invoqué, étant entendu que ladite obligation doit être impossible à exécuter (3.1). Ensuite, la libération du créancier peut se justifier par le jeu normal de la théorie des risques, lorsque l'obligation corrélative du débiteur est impossible à exécuter. En ce cas, c'est la dimension subjective de l'objet, lequel doit se comprendre à la lumière des attentes des parties, qui permet d'expliquer en quoi l'existence d'un obstacle à l'exécution de l'obligation peut être retenue (3.2). Nous tâcherons de démontrer, pour chacun de ces deux points, les limites de l'approche proposée (*i.e.*, le fait d'aborder la problématique de l'impossibilité d'exercer un droit par le prisme de la définition traditionnelle de la force majeure et/ou le jeu normal de la théorie des risques).

3.1. *Obligation corrélative du créancier*

14. *Quelle obligation du créancier ?* On peut, tout d'abord, concevoir une application classique de la force majeure lorsque la partie contractante, qui est empêchée d'exercer son droit, se trouve également dans l'impossibilité d'exécuter l'une de ses obligations. Il ne faut, en effet, pas perdre de vue que, dans un contrat synallagmatique, le créancier, titulaire de droits, est également débiteur d'obligations. Par exemple, en contrepartie de la jouissance de la chose fournie par le bailleur, le locataire « est tenu de deux obligations principales » : d'une part, d'user du bien en bon père de famille et suivant sa destination et, d'autre part, de payer le prix convenu (*cf.* l'article 1728 de l'ancien Code civil). Ainsi, le preneur qui serait privé de la jouissance des lieux loués pourrait exciper de la force majeure si l'événement allégué l'empêche d'exécuter l'une de ses obligations.

A cet égard, il est peu probable que les conditions de la force majeure soient réunies en ce qui concerne l'obligation de payer le loyer. Conformément à l'adage *genera non pereunt*, une dette de somme n'est, en règle, pas impossible à exécuter. La Cour de cassation belge l'a rappelé dans un arrêt du 28 juin 2018⁸³; son homologue française semble adopter une position similaire.⁸⁴

En revanche, il pourrait être envisageable d'appréhender la situation par le prisme d'une *autre* obligation du locataire, non pécuniaire, en l'occurrence celle d'user de la chose louée en bon père de famille et suivant sa destination, ce qui implique l'obligation d'occuper les lieux loués⁸⁵ et d'effectuer les réparations locatives ou de « menu entretien ».

83 Cass. (1^{re} ch.), 28 juin 2018, *RGDC* 2020, p 26, note J. VAN ZUYLEN, *RGDC* 2020, pp 26-36.

84 Cass. fr. (comm.), 16 septembre 2014, ECLI:FR:CCASS:2014:CO00708, *Bull. civ.* IV, 2014, n° 118 = *JCP G* 2014, p 1117, note V. MAZEAUD = *Revue des contrats*, 2015, p 21, note Y.-M. LAITHIER = *D.* 2014, p 2217, note J. FRANÇOIS.

85 Cass. (1^{re} ch.), 30 janvier 2003, *Pas.* 2003, p 227.

Un arrêt de la Cour de cassation belge du 27 juin 1946 constitue une illustration intéressante d'une impossibilité d'exécution qui est caractérisée dans le chef du locataire et qui conduit à une libération du bailleur par application de la théorie des risques. En l'espèce, l'occupant nazi avait retiré au preneur (la société Métro-Goldwyn Mayer, demanderesse en cassation) sa licence d'exploitation de représentations cinématographiques, ce qui l'empêchait de jouir des lieux loués conformément à leur destination. Selon la Haute juridiction, le juge du fond qui « constate que la demanderesse n'usait plus de la chose louée suivant la destination qui lui avait été donnée par la convention et qu'elle ne payait plus le loyer stipulé » décide légalement que l'inexécution – non fautive – par le preneur de ses obligations contractuelles « dispense le bailleur de faire la prestation corrélatrice prévue au bail [...] ».⁸⁶

Ainsi, pour être délié du contrat, le créancier empêché d'exercer son droit pourrait tenter de renouer avec la conception classique de la force majeure en démontrant que l'obstacle invoqué paralyse également l'exécution d'une obligation – non pécuniaire – à laquelle il est tenu. On pourrait relire à cette aune la solution retenue par le juge de paix de Tournai dans son jugement du 8 mai 2007⁸⁷ et, partant, considérer que la décision des autorités académiques, à savoir rediriger l'étudiant vers un autre site, a rendu raisonnablement impossible⁸⁸ l'exécution de l'obligation du locataire consistant à occuper les lieux loués – en l'occurrence, un *kot* – et à effectuer les réparations dites locatives.

Si cette piste d'analyse est séduisante, il convient néanmoins de tenir compte des limites exposées ci-dessous.

15. *Limites.* Tout d'abord, l'approche proposée ne constitue qu'un expédient à la problématique de l'impossibilité d'exercer un droit et ne permet pas toujours d'y apporter une réponse. En effet, elle suppose que l'on établisse, dans le chef du cocontractant – créancier – empêché, l'existence d'une obligation *non pécuniaire* en corrélation au droit dont il est privé.⁸⁹ Il est vrai que l'on connaît un certain nombre de situations symétriques où l'obligation d'une partie est le miroir de celle incombant à l'autre. Mentionnons, par exemple, l'obligation de

86 Cass. (1^{re} ch.), 27 juin 1946, *Pas.* 1946, I, p 271, note R.H. = *JT* 1947, p 166, note M. SLUZYNY = *RCJB* 1947, p 268, note A. DE BERSAQUES (voy. les motifs quant au quatrième moyen). L'on relèvera que, dans cette affaire, le jugement attaqué décide par ailleurs que « l'immeuble pouvant encore servir à l'usage auquel il était destiné, les bailleurs sont dans la *possibilité* d'en *assurer la jouissance* » (nous soulignons). Cet aspect de la décision, qui n'était pas en tant que tel critiqué par la demanderesse dans son pourvoi, apparaît contestable dès lors que l'impossibilité de prêter la jouissance doit être appréciée *in concreto*, en considération de la personne du locataire, et non pas *in abstracto*, au regard de tout autre preneur (voy. *infra* n° 17).

87 *Cf. supra* n° 12.

88 La doctrine belge admet en effet que l'impossibilité d'exécution doit s'apprécier de manière raisonnable (voy. *infra* n° 19 et les références citées).

89 Étant entendu que le droit en question (du créancier) correspond à une obligation dans le chef de l'autre partie.

délivrance du vendeur/entrepreneur et l'obligation de retraitement (ou de prise de possession) de l'acheteur/maître de l'ouvrage dans les contrats de vente et d'entreprise,⁹⁰ ou l'obligation du bailleur de fournir la jouissance de la chose et celle du locataire qui consiste à user du bien en bon père de famille et suivant sa destination. Néanmoins, il n'est pas toujours possible d'épingler dans le chef du créancier une obligation non pécuniaire corrélative à son droit.⁹¹ A tout le moins, ce rattachement au domaine d'application classique de la force majeure paraît parfois très artificiel.

Ainsi, l'obligation d'un élève qui s'inscrit à des cours dispensés par un établissement d'enseignement réside principalement dans le paiement du prix. On pourrait certes soutenir qu'il existe une obligation d'assistance au cours, mais l'argument pourrait ne pas convaincre... L'étudiant encourt sans doute des sanctions – académiques voire disciplinaires – s'il ne justifie pas son absence à des cours pour lesquels sa participation est requise. De là à considérer qu'il existe une obligation civile, susceptible de donner lieu à une condamnation du débiteur défaillant à une exécution en nature,⁹² il y a un pas qu'il nous paraît délicat de franchir.⁹³

De même, le spectateur qui dispose d'un billet pour assister à une représentation théâtrale est principalement tenu de payer le prix. Il serait curieux – voire inexact – de prétendre qu'il est débiteur d'une obligation de se rendre et d'assister à la représentation. En réalité, tant que le prix est payé, le prestataire de service n'a cure, en principe, de la présence ou de l'absence du client.

Il serait, pareillement, difficile d'admettre que le passager, dans un contrat de transport de personnes, ait l'obligation de se déplacer jusqu'au lieu d'embarquement.

90 A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, n° 291.

91 Dans une cession de fonds de commerce, par exemple, les parties sont tenues aux obligations qui découlent du régime du contrat de vente (voy. P.A. FORIERS, « Aspects de droit privé de la cession de fonds de commerce – Le contrat de cession de fonds de commerce en droit commun », in H. COUSY, B. TILLEMANS et A. BENOIT-MOURY (eds), *Le fonds de commerce* (Bruges: La Charte 2001), p (127) at 139, n° 166. On peut difficilement soutenir, dans ce cadre, que l'exploitation du fonds de commerce constitue une *obligation* à charge de l'acquéreur.

92 Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat* (3^e éd. 2021), pp 16-18, n° 5 et 5-1; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. IV (3^e éd. 1972), pp 35-41; Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS (eds), *Handboek verbintenissenrecht* (Antwerpen: Intersentia 2019), p 14, n° 19.

93 La doctrine paraît d'ailleurs divisée: comp. D. MAZEAUD, *D.* 1998, p (540) at 541, n° 7: la maladie n'empêchait pas l'élève « d'exécuter son obligation dont l'objet résidait dans le paiement des frais de scolarité, et certainement pas dans l'assistance au cours » (nous soulignons) et L. LEVENEUR, *CCC* 1998, comm. 70, p 10: « Sans doute faut-il reconnaître une particularité aux contrats engendrant une obligation non pécuniaire dont l'exécution suppose nécessairement la participation personnelle du créancier: on ne peut former par des cours qu'un élève présent. Si une raison de force majeure met obstacle à cette présence, ne peut-on considérer qu'en réalité l'obligation non pécuniaire ne peut plus être exécutée [...] ? ».

Certes, s'il ne se présente pas (à temps), il devra en subir les conséquences,⁹⁴ mais, pour autant que le prix soit payé, l'absence du passager n'a pas de réelle importance pour le transporteur.⁹⁵ On peut tenir le même raisonnement en ce qui concerne les contrats relatifs à l'un ou l'autre « service de voyage »,⁹⁶ que celui-ci consiste dans le transport de passager, l'hébergement, ou tout autre service touristique. Comme le relève B. Wyseur, la « seule obligation » du voyageur consiste dans le paiement du prix. En d'autres termes, « il n'est nullement requis, pour l'exécution du contrat, que le voyageur monte effectivement à bord de l'avion, occupe la chambre d'hôtel ou participe à l'excursion ».⁹⁷ L'on pourrait objecter que des obligations de collaboration au sens large ont été extraites du principe de l'exécution de bonne foi, entendu dans sa fonction complétive.⁹⁸ Il nous semble cependant que l'on pervertirait cette institution si l'on admettait que chaque droit du créancier cache une obligation corrélatrice – implicite – de faciliter l'obligation du débiteur. En effet, à suivre cette logique, tout droit, dont l'exercice est empêché, pourrait donner lieu à la force

-
- 94 J.P. KESTELOOT, *Droit des transports* (Bruxelles: Larcier 2020), p 285, n° 618 qui écrit que le passager est tenu à une « obligation de ponctualité » dont le non-respect « ne donne lieu à aucune indemnisation par le transporteur ». On peut se demander s'il ne s'agit pas plutôt d'un devoir, dans la mesure où une condamnation à l'exécution en nature paraît peu concevable en l'espèce. Sur la distinction entre l'obligation et le devoir, voy. not. (en droit belge): P. WÉRY, *Droit des obligations*, p 20 à 22, n° 7.
- 95 Comp. avec le transport de marchandises: « l'expéditeur a l'obligation de mettre à la disposition du transporteur la marchandise convenue, au lieu et à l'époque convenus » (J.P. KESTELOOT, *Droit des transports*, p 105, n° 179).
- 96 Voy. l'article 2, 1°, de la loi du 21 novembre 2017 relative à la vente de voyages à forfait, de prestations de voyages liées et de services de voyage, *MB* 1^{er} décembre 2017, <http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm>.
- 97 Voy. B. WYSEUR, « Voedselvergiftiging als geval van overmacht bij vertrek op huwelijksreis: de vlieger gaat niet op », note sous J.P. Fléron, 17 juin 2013, *DAOR* 2014, p (209) at 222 et 223, n° 22: « *Het is namelijk zo dat bij een individuele transportovereenkomst, hotelovereenkomst of toeristische dienstenovereenkomst er vóór afreis slechts in heel uitzonderlijke gevallen sprake kan zijn an overmacht in hoofde van de reiziger. De enkele verbintenis van de reiziger bestaat erin te betalen. Die betalingsverbintenis kan niet onmogelijk gemaakt worden door ziekte of overlijden. Het is voor de uitvoering van de overeenkomst geenszins vereist dat de reiziger daadwerkelijk op het vliegtuig stapt, daadwerkelijk de hotelkamer betreft of daadwerkelijk de excursie meemaakt* » (notre accent; les extraits cités dans le corps de texte, que nous avons librement traduit, correspondent aux éléments soulignés).
- 98 Sur la fonction complétive de la bonne foi, voy. not. I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, pp 320 et s.; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe de général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi en général et de la fraude en particulier* (fraus omnia corrumpit) (Bruxelles: Bruylant 2000), p 839; J. VAN ZUYLEN, « Fautes, bonne foi et abus de droit: convergences et divergences », *Ann. dr.* 2011, pp 265 et s.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, p 418, n° 394. Voy. ég. Cass. (1^{re} ch.), 5 juin 2014, n° C.13.0549.N, *Arr. Cass.* 2014, p 1418 et concl. de l'av. gén. A. VAN INGELGEM = *Pas.* 2014, p 1422. Voy. ég. M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen* (Bruxelles: Ed. Story-Scientia 1990), pp 197-229.

majeure puisque le créancier pourrait soutenir qu'il a été plongé dans l'impossibilité de collaborer à l'exécution de l'obligation du débiteur.⁹⁹

Par ailleurs, même si l'on arrive à épingler dans le chef du créancier une obligation non pécuniaire, il reste à examiner si celle-ci est impossible à exécuter. Ainsi, en matière de bail, l'on a vu que le preneur est tenu d'user de la chose en bon père de famille et selon sa destination. A cet égard, on peut se demander si la force majeure a des chances d'être admise dans l'hypothèse où le locataire est empêché d'occuper les lieux loués en raison, par exemple, d'une hospitalisation de longue durée. On pourrait y voir, en effet, un événement qui ne rend pas l'exécution de l'obligation impossible, mais seulement plus difficile, dans la mesure où le locataire pourrait confier à un tiers le soin d'entretenir le bien ou encore de veiller à ce que ce dernier ne soit pas dégradé.¹⁰⁰ En d'autres termes, il n'est pas garanti que l'obligation non pécuniaire en question puisse donner prise au jeu de la force majeure.

3.2. *Interprétation extensive de l'objet de l'obligation du débiteur*

16. *Libération du créancier par application de la théorie des risques.* Si aucune obligation – non pécuniaire – impossible à exécuter, ne peut être identifiée dans le chef du créancier empêché,¹⁰¹ on peut encore envisager la libération de ce dernier par une application classique de la théorie des risques, à condition d'établir, cette fois, une impossibilité d'exécution dans le chef du débiteur de l'obligation corrélatrice au droit qui ne peut plus être exercé. Ainsi, pour prendre l'exemple du bail, le locataire privé de la jouissance des lieux loués pourrait démontrer que l'obstacle à l'exercice de son droit résulte, en réalité, d'une impossibilité, pour le bailleur, de fournir la jouissance de la chose. Si la force majeure affecte les obligations du bailleur, la théorie des risques détermine, quant à elle, le sort des obligations du locataire. A cet égard, dans la mesure où le bail est un contrat synallagmatique non translatif de propriété, la force majeure provoque, en fonction de l'étendue de l'impossibilité d'exécution, tantôt l'extinction,¹⁰² tantôt la

99 Voy. ég. *infra* n° 25, nos développements sur la *schuldeisersverzuim* ou « demeure du créancier », en droit néerlandais, et, en particulier, les critères développés par certains auteurs afin de déterminer si le créancier est tenu à une obligation de collaboration.

100 Voy. et comp. R. VAN RANSBEECK, « Kan een huurovereenkomst tenietgaan ingevolge ziekte van de huurder? Bedenkingen omtrent overmacht, verval en rechtsmisbruik », note sous J.P. WOLVERTEM, 30 mars 1995, *RW* 1996-1997, p (474) at 475, n° 4.

101 *Cf. supra* n° 14.

102 Cass., 27 juin 1946, *Pas.* 1946, I, p 270, note R.H: « 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 [...] ». Voy. ég. Cass., 17 juin 1993, *Pas.* 1993, I, p 582.

suspension¹⁰³ – totale ou partielle¹⁰⁴ – des engagements contractuels et libère, dès lors, le preneur de son obligation de payer le loyer.

17. *Le bail: un terrain propice à l'application de la force majeure (et de la théorie des risques) au bénéfice d'un créancier empêché d'exercer son droit.* Il convient de rappeler que, en matière de bail (à tout le moins), l'impossibilité de (fournir la) jouissance doit être appréciée humainement et raisonnablement,¹⁰⁵ à l'aune des circonstances de l'espèce et de la destination convenue entre les parties. Il semble même permis de tenir compte de la personne du locataire *in concreto*. La Cour de cassation a, en effet, décidé à plusieurs reprises « [q]u'au point de vue des obligations et des droits réciproques du bailleur et du preneur, et notamment de l'exonération des loyers à raison d'une privation de jouissance par un fait de guerre, l'immeuble loué doit être considéré dans ses rapports avec les parties contractantes, *in concreto*, et non pas *in abstracto* dans ses rapports hypothétiques avec des parties appartenant à une nationalité autre que celle du preneur ». ¹⁰⁶ Dans les espèces soumises à la Haute juridiction, l'occupant allemand avait, durant la première guerre mondiale, mis sous séquestre les lieux loués à une société française, de sorte que la jouissance convenue se trouvait empêchée par une circonstance propre au locataire, en l'occurrence sa nationalité.

De même, le juge de paix de Saint-Gilles a eu à connaître d'une affaire dans laquelle deux particuliers – El Mesaoudi (locataire) et Rouer (bailleur) – avaient conclu un bail dont l'exécution était entravée par le fait que la commune de Saint-Gilles, soit celle où se situait le bien loué, refusait d'inscrire le locataire dans les registres de la population, parce qu'il s'agissait d'un sujet de nationalité marocaine. Dans un jugement du 13 septembre 1983, il a décidé que le refus d'inscription constitue d'une part

103 Voy. Cass. (1^{re} ch.), 13 janvier 1956, *JT* 1956, p 213: « La force majeure, qui empêche une partie de remplir ses obligations, suspend l'exécution de tous les engagements nés d'un contrat synallagmatique, lorsque cet empêchement n'est que temporaire et que le contrat peut encore être utilement exécuté après le délai convenu ». Voy. ég. Cass. (1^{re} ch.), 9 octobre 1958, *Pas.* 1959, I, p 143.

104 Voy. ég. l'article 1722 de l'ancien Code civil. Sur cette disposition, voy. not. S. JANSEN, *Prijsvermindering. Remedie tot bijsturing van contracten* (Antwerpen, Cambridge: Intersentia 2015), pp 695 et s.

105 Voy. not. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV (3^e ed. 1972), p 656, n° 638; S. JANSEN, *Prijsvermindering*, p 709, n° 902; C. POULLET, « La garantie du bailleur d'immeuble d'habitation collective en cas de troubles de jouissance causés par un colocataire », *Ann. dr. (Annales de Droit de Louvain)* 2007, p (263) at 311, n° 90. Sur le principe de l'appréciation souple ou raisonnable de l'impossibilité d'exécution, voy. ég. les références citées *infra*, n° 19.

106 Cass. (1^{re} ch.), 5 mars 1923, *Pas.* 1923, I, p (410) at 411; Cass. (1^{re} ch.), 18 janvier 1924, *Pas.* 1924, I, p (138) at 140. Voy. ég. sur le principe selon lequel l'impossibilité de prester la jouissance doit être appréciée *in concreto*, en fonction des cocontractants concernés: Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1965, *Pas.* 1966, I, p 52, notes 2 et 3; A. DE BERSAQUES, note sous Cass. (1^{re} ch.), 27 juin 1946, *RCJB* 1947, p (274) at 281 et 282; J.P. THUIN, 7 février 2022, *JJP* (Journal des juges de paix) 2022, p 342 Y. MERCHIEERS, *Rép. Not.*, t. VIII, liv. 1, p 335, n° 558; J. VANKERCKHOVE (dir.), *Le louage de choses*, p 278, n° 420.

une faute, car il est fondé sur la nationalité du locataire, et que, d'autre part, il est « la seule cause de l'impossibilité d'exécuter le contrat [de bail] », ¹⁰⁷ de sorte que ce dernier est dissous en raison du fait du prince. Cette décision s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence de la Cour de cassation qui a admis que l'on prenne en compte la nationalité du locataire pour apprécier si l'obligation de fournir la jouissance de la chose (dans le chef du bailleur) est impossible.

En outre, il apparaît que la notion de force majeure et la théorie des risques pourraient venir au secours du locataire dans des situations où le but que ce dernier recherchait en concluant le contrat, et qui est entré dans le champ contractuel, ne peut plus être atteint. En *common law*, l'affaire *Krell c. Henry* (l'un des « *coronation cases* ») en constitue une illustration topique. En l'espèce, un preneur avait réservé, auprès d'un particulier, un balcon afin d'assister au cortège du couronnement du roi Édouard VII. Toutefois, en raison de la maladie du monarque, la cérémonie fut annulée, ce qui ôtait tout intérêt à l'exécution du bail. Une doctrine autorisée estime que, dans cette hypothèse, il est question d'« impossibilité, par force majeure, pour le bailleur, de remplir son obligation, et, par application de la théorie des risques en matière de conventions synallagmatiques [...], extinction de l'obligation du preneur ». ¹⁰⁸

En réalité, on ne sera guère étonné de constater que le terrain du bail est propice à l'application de la force majeure lorsque l'utilisation de la chose recherchée par le locataire ne peut plus être atteinte. Il ne faut, en effet, pas perdre de vue que le bailleur est légalement tenu de fournir au locataire la jouissance de la chose conformément à la destination convenue. ¹⁰⁹ On peut, dès lors, admettre que le but de la location est intégré à l'objet de l'obligation du

107 J.P. SAINT-GILLES, 13 septembre 1983, *JT* 1984, p 48.

108 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II (3^e éd. 1964), p 561, n° 574bis. *Contra*: D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, p 657, n° 4.1.

109 Voy. *supra* n° 11. *Adde*: H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV (3^e éd. 1972), p 774, n° 749 qui expose que la jouissance de la chose ne doit pas « s'apprécier *in abstracto*, mais *in concreto*, c'est-à-dire en fonction des circonstances et de la destination donnée, *in specie*, à la chose louée par le contrat de bail ». C'est ainsi, poursuit-il, « que le bail d'un immeuble à usage de garage est atteint par la théorie des risques si, pendant la guerre, la circulation des automobiles est complètement supprimée [*ndlr: cf. Cass., 9 janvier 1919, Pas. 1919, I, p 52 (précité)*]. De même, pour un immeuble loué à usage d'hôtel au littoral, en cas de suppression complète de communications entre le littoral et l'intérieur du pays, due au fait de la guerre ». Comme le relève P.A. Foriers, on reconnaît que, dans les exemples précités, l'impossibilité « pèse davantage sur le locataire qui, en raison d'un fait de guerre, ne peut pleinement jouir du bien mis à sa disposition » (P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels: quelques observations en droit positif*, Chaire Francqui, 2004-2005 (Bruxelles, Paris: Larcier, L.G.D.J. 2006), n° 39, note 218).

Voy. ég. Civ. Courtrai (2^e ch.), 18 septembre 1986, *RW* 1988-1989, p 126 (à propos du locataire d'un immeuble, ayant en vue le placement de panneaux publicitaires, qui n'a pas reçu l'autorisation de la commune pour utiliser le bien à cette fin): « il est évident que les défendeurs [les bailleurs] sont tenus de fournir au demandeur [preneur] la jouissance paisible du bien loué conformément à la destination de ce bien telle que convenue par les parties » (traduction libre).

bailleur par l'effet de la loi. Ainsi, la force majeure pourrait être retenue lorsque le bien loué ne répond plus à son usage habituel (par exemple, un locataire commercial ne peut plus y exploiter son activité) ou à un usage particulier qui serait entré dans le champ contractuel (*cf.* l'exemple du balcon loué en vue d'assister au couronnement).¹¹⁰

On épinglera par ailleurs une intéressante décision du juge de paix de Limbourg du 4 novembre 2021.¹¹¹ En l'espèce, par une convention signée en août 2019, un couple avait loué le Château de Crawhez pour le weekend du 21 au 24 août 2020, afin d'y fêter leur mariage avec 150 convives et y organiser une soirée dansante. Toutefois, en raison des mesures sanitaires édictées par les autorités belges en juillet 2020, en vue de lutter contre la pandémie de Covid-19, les cérémonies de mariage ne pouvaient avoir lieu qu'en présence de 10 personnes au total. Les locataires soutinrent notamment que ces mesures gouvernementales constituaient un cas de force majeure empêchant le bailleur d'exécuter ses obligations. La juridiction fait droit à ce raisonnement. Elle relève, tout d'abord, que, dans l'intention des parties, l'obligation du bailleur consiste dans la mise à disposition « de toute une infrastructure permettant l'organisation de mariages d'une certaine ampleur »; elle précise, ensuite, que « le contrat de bail avait *pour cause*¹¹² l'organisation d'un mariage où 150 invités devaient pouvoir participer et profiter des installations mises en location » (nous soulignons) et conclut, enfin, à la perte juridique de la chose au sens de l'article 1722 de l'ancien Code civil. En réalité, si le juge de paix ne suit pas la thèse du bailleur, selon laquelle l'obligation était encore possible à exécuter puisque le mariage pouvait avoir lieu en comité restreint, c'est parce que les lieux loués étaient, en l'espèce, destinés à « accueillir jusqu'à 150 invités avec soirée dansante et possibilité de logement sur place ». Il semblerait donc que le principe selon lequel le bailleur doit fournir au locataire la jouissance de la chose, *conformément à l'usage et à la destination convenus*, est la courroie de transmission qui permet d'intégrer, dans une certaine mesure, les mobiles déterminants du preneur à l'objet de l'obligation du bailleur.

110 Voy. les illustrations de droit comparé citées in E. HONDIUS et H.C. GRIGOLEIT (eds), *Unexpected Circumstances in European Contract Law* (New York, Cambridge: University Press 2011), pp 388-391; P. PICHONNAZ, *Impossibilité et exorbitance. Étude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit suisse* (Ed. Universitaires Fribourg 1997), pp 105 et s., spéc. n° 449 à 456. Voy. ég. J. VAN ZUYLEN, in *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, p (282) at 295, n° 12.

111 J.P. LIMBOURG, 4 novembre 2021, n° 21A166 (inédit).

112 La cause doit, en l'espèce, être entendue au sens des « mobiles déterminants »: il s'agit, selon le juge de paix, de « la raison immédiate pour laquelle le preneur s'engage ». Sur la notion de cause, voy. ég. *infra* n° 18.

18. *Dimension subjective de l'objet.* De manière plus générale, et donc au-delà de la seule hypothèse du bail, on relèvera que l'objet de l'obligation comporte une dimension subjective en ce sens qu'il doit se comprendre à la lumière de la conception qu'en ont eue les cocontractants.¹¹³ Il en résulte que l'objectif contractuel pourrait être incorporé à la prestation promise dans la mesure où il contribue à définir la « représentation intellectuelle »¹¹⁴ que les parties se font de celle-ci.¹¹⁵ On constate ainsi que l'objet de l'obligation, sur lequel porte l'exigence de l'impossibilité d'exécution inhérente notamment à la force majeure, entretient des liens étroits avec la notion de cause, entendue au sens

113 Voy. R. JAFFERALI, in *Le droit commun des contrats*, p (129) at 163 et s., n° 16. Selon l'auteur, la lecture de l'objet à la lumière des intentions communes des parties contractantes permet de réserver un accueil favorable, en droit belge, à la théorie allemande de l'accomplissement du but (*Zweckerreichung*). En vertu de celle-ci, l'obligation devient impossible à exécuter et s'éteint conformément au § 275 du BGB, lorsque le résultat visé par l'exécution ne peut plus être atteint par le débiteur car il a déjà été réalisé par un autre facteur. Par exemple, l'immeuble que l'entrepreneur s'était engagé à démolir s'effondre de lui-même, le patient guérit avant l'intervention prévue du médecin, le bateau coincé sur un banc de sable est libéré par une grande vague avant que le remorqueur arrive. Ces hypothèses sont intéressantes dans la mesure où elles soulignent « à quel point l'objet ne peut se comprendre qu'à la lumière des attentes des parties ». Ainsi, dans les illustrations précitées, l'intervention de l'entrepreneur (au sens juridique du terme) est théoriquement encore possible mais elle est dépourvue de tout sens dans l'intention des parties (*ibid.*, p 165).

Les observations de R. Jafferali valent aussi, nous semble-t-il, pour ce qui concerne la théorie allemande de la disparition du substrat (*Zweckfortfall*). Celle-ci relève également de l'article 275 du BGB et vise l'hypothèse où le but poursuivi par la prestation ne peut plus être atteint dans la mesure où l'objet constituant le substrat de la prestation a entretemps disparu. Il en va ainsi du cas où le bâtiment s'effondre avant que le peintre devant repeindre la façade arrive ou encore de la vache malade qui meurt avant l'arrivée du vétérinaire. Dans ces situations, la prestation du débiteur reste possible, du point de vue du débiteur, mais le résultat escompté ne peut, quant à lui, plus être atteint. Voy. ég. sur ces questions: F. BIEN, *La Zweckstörung – un cas de figure de l'imprévision?*, Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz (Paris: LexisNexis 2018), pp 87-89; P. PICHONNAZ, *Impossibilité et exorbitance*, pp 100-105.

114 P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation. De la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité au principe de l'exécution de bonne foi* (Bruxelles: Bruylant 1998), p 62. Voy. ég. P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, n° 40: « Si l'on se place en matière contractuelle, le mécanisme objectif de la caducité des obligations par disparition de leur objet ne saurait donc faire abstraction d'une approche subjective par le biais de la recherche de la commune intention des parties ».

115 Voy. et comp avec M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, p 132, n° 126, pp 148-150, n° 143 à 145 et pp 192-193: l'auteur propose une définition assez large de l'objet de l'obligation qui semble englober les attentes légitimes des parties et, notamment, le résultat que le créancier pouvait raisonnablement attendre.

de « mobiles déterminants ».¹¹⁶ Cela étant, le seul fait que la convention perde sa raison d'être ou ne réponde plus aux motifs qui ont amené à sa conclusion ne suffit pas à caractériser une impossibilité d'exécution.¹¹⁷ Il faut, comme on l'a dit, que cette raison d'être s'identifie à l'objet de l'une des obligations,¹¹⁸ ce qui suppose que la volonté des parties de réifier le but de la prestation soit établie de manière certaine.¹¹⁹

116 Voy. not. Cass. (1^{re} ch.), 14 mars 2008, *Pas.* 2008, p 708; Cass. (1^{re} ch.), 12 décembre 2008, *Pas.* 2008, p 2934 = *RCJB* 2011, p 329, note S. NUDELHOLC; Cass. (1^{re} ch.), 7 mai 2020, n° C.19.0423. N, ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200507.1N.7. Il existe un lien étroit entre les *mobiles* déterminants et le *résultat* recherché par les parties (*i.e.*, le but contractuel). Il est d'ailleurs intéressant de relever que, selon certains auteurs, la cause « s'entend du but contractuel commun aux parties ou poursuivi par l'une d'elles et pris en compte par les autres » (P. REIGNÉ, *D.* 1997, p 500 cité par D. MAZEAUD, *D.* 1998, p (540) at 541, n° 9).

A toutes fins utiles, on précisera que la notion de cause, en droit belge, est essentiellement circonscrite à l'idée de mobiles déterminants; elle n'a pas fait l'objet des « sollicitations hétérodoxes » ou autres « déformations » que l'on a pu observer Outre-Québécois (sur les fonctions assignées à la cause en droit français, voy. not. F. TERRÉ, T. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations* (Paris: Dalloz, 12^e éd. 2018), pp 442 et s., n° 400 qui exposent que la cause a notamment été utilisée pour étendre la domaine de la lutte contre les clauses abusives).

117 En effet, la théorie de la caducité par disparition de la cause est, en règle, condamnée par la jurisprudence belge. Voy. et comp. Cass. (1^{er} ch.), 16 novembre 1989, *Pas.* 1990, I, p 331; Cass. (1^{re} ch.), 21 janvier 2000, *Pas.* 2000, p 165; Cass. (1^{re} ch.) 12 décembre 2008, *Pas.* 2008, p 2934 = *RCJB* 2011, p 329 et note S. NUDELHOLC, « La théorie postmoderne de la cause et le sort des donations en cas de disparition de leur cause »; Cass. (1^{re} ch.), 6 mars 2014, *RCJB* 2015, p 383, avec note D. et L. STERCKX, « Les clauses de tontine et d'accroissement à l'épreuve de la désaffection des partenaires: la caducité ressuscitée ? » (la Cour a admis la caducité d'un contrat de tontine entre cohabitants de fait dans la mesure où il perd sa raison d'être lorsque la relation a pris fin). Voy. ég. Cass. (1^{re} ch.), 21 avril 2017, n° C.16.0439.N, *RGDC* 2018, p 244, note P. JOISTEN: la Cour rappelle que l'existence et la validité de la cause doivent être appréciées au moment de la conclusion du contrat. Pour une illustration récente parmi les décisions des juges du fond, voy. J.P. ZOUTLEEUW, 11 juin 2020, *JJP* 2021, p 113.

118 Voy. P.A. FORIERS, « Caducité par perte de l'objet de l'obligation et disparition de sa raison d'être », note sous Cass. (1^{re} ch.), 2 février 2018, *RGDC* 2018, p (519) at 522, n° 8.

119 R. JAFFERALI, in *Le droit commun des contrats*, p (129) at 166, n° 16. Voy. et comp. avec le sort des contrats *intuitu personae*, en cas de décès, d'insolvabilité ou d'incapacité de la personne en considération de laquelle le contrat a été conclu. S'il est délicat d'admettre que ces circonstances provoquent automatiquement la dissolution du contrat, on peut aboutir indirectement à ce résultat par le truchement d'autres concepts (condition résolutoire tacite, force majeure ou caducité). On relèvera, en particulier, qu'une impossibilité d'exécution de l'obligation peut résulter de tels événements lorsque la personne du débiteur est « réifiée » ou incorporée à la prestation (par ex. un mannequin qui se confond avec l'obligation qui porte sur son corps ou son image). Cf. sur cette question P. BAZIER, *L'intuitus personae dans le contrat* (Malines: Kluwer 2021), pp 489-509 (hypothèse du décès) et pp 536 et s. (hypothèse de la faillite); Proposition Livre 5, p 141 (commentaire de l'article 5.112) et p 175 (commentaire de l'article 5.142); P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, pp 102-105, n° 68. L'on notera que, dans certains cas, c'est le créancier qui s'incorpore dans le contenu du droit qu'il doit exercer. Pensons, par exemple, à une ouverture de crédit. La prestation que doit fournir le débiteur – la banque – dépend

19. *Dimension subjective de l'objet (suite): une frontière parfois ténue entre la force majeure et l'imprévision.* Dans la ligne de ce qui précède, il convient de préciser que l'impossibilité d'exécution doit être appréciée de manière raisonnable et humaine,¹²⁰ à l'aune du contenu des obligations souscrites et en fonction du degré de diligence attendu du débiteur.¹²¹ Il s'agit d'une « impossibilité conventionnelle »,¹²² en ce sens que c'est la prestation, telle que définie par le contrat, qui ne peut plus être fournie. A cet égard, plus l'objet de l'obligation est précisé par les parties et compris en fonction de leur intention, plus la force majeure pourra être admise dans des espèces où le but de la convention a disparu, c'est-à-dire dans des situations qui relèvent

étroitement des aptitudes du crédité, de sa réputation et de l'objectif qu'il poursuit. Par conséquent, lorsque le créancier – le crédité – décède, ses héritiers ne peuvent normalement pas exercer son droit; l'obligation corrélatrice de mise à disposition des fonds de la banque devient impossible à exécuter (P. BAZIER, *L'intuitus personae dans le contrat*, pp 497-498, n° 419).

- 120 Proposition de Livre 5, n° 55-1806/1, p 261 et les références citées. *Adde*: R. BAETE, « Financière overmacht: Een onderzoek naar de invulling van de overmachtsfiguur bij verbintenissen tot betalen van een geldsom », *TPR* 2020, pp 22-26; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, p 461, n° 618; F. GLANSDORFF, La force majeure à l'heure du coronavirus », *JT* 2020, p 326; Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS (eds), *Handboek verbintenissenrecht*, pp 364-368. Voy. ég. M. DE POTTER DE TEN BROECK, *TPR* 2018, pp (219) 238-251 qui s'est livré à une analyse approfondie de la jurisprudence belge.

- 121 Voy. not. P.A. FORIERS, *RGDC* 2018, p (519) at 523, n° 10; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in P. WÉRY (ed.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil* (Bruxelles: La Charte 2004), pp (241) at 249-251, n° 11 et 12; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, pp 1426-1427, n° 968; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VI, *Effets des obligations* (Paris: Librairie Arthur Rousseau 1931), p 653, n° 606.

Rappr. des auteurs qui se rattachent à courant de la *schuldleer* et qui assimilent la force majeure à l'absence de faute: J. HEENEN, « La responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeure », note sous Cass. (1^e ch.), 13 avril 1956, *RCJB* 1957, p (87) at 96, n° 7; R. KRUIJTHOF, « Schuld, risico, imprevisie en overmacht bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen. Een rechtsvergelijkende benadering », *Hulde aan René Dekkers* (Bruxelles: Bruylant 1982), pp (281) at 296-299, n° 12; A. TUNC, « Force majeure et absence de faute en matière contractuelle », *RTD civ.* 1945, pp 235-259; A. TUNC, « La force majeure dans ses rapports avec le contenu de l'obligation contractuelle », *JT* 1946, pp 313-317; A. TUNC, « La qualité de la force majeure », *JT* 1946, pp 397-399.

La théorie de la *schuldleer* n'est pas pleinement admise en droit belge (voy. not. A. VAN OEVELEN et A. DE BOECK, in *Overmacht*, pp 3 et 4, n° 3; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen* (Antwerpen, Groningen: Intersentia, Rechtswetenschappen 2000), p 642, n° 513; M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in contractenrecht*, pp 19-22). Elle nous semble pourtant conciliable avec le courant de l'impossibilité non imputable (« *ontoerekenbare onmogelijkheid* »), qui est classiquement retenu (voy. J. VAN ZUYLEN, « La force majeure en matière contractuelle: un concept unifié ? Réflexion à partir des droits belge, français et néerlandais », *RGDC* 2013, p (406) à 421).

- 122 P. WIGNY, « Responsabilité contractuelle et force majeure », *RTD civ.* 1935, p 53.

traditionnellement de la théorie de l'imprévision ou du « changement de circonstances ». ¹²³ En atteste un arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 29 mai 2020. ¹²⁴

Les faits de la cause peuvent être synthétisés comme suit. Les demandeurs en cassation avaient, par une convention sous signature privée du 14 décembre 2012, renoncé au droit d'accession au profit d'un promoteur, la société Immo 2001, sur un terrain ayant fait l'objet d'un permis de lotir. Il était prévu que les propriétaires du terrain recevraient leur quote-part lors de la vente de chaque lot réalisée par le promoteur. Ce dernier s'était également engagé à acheter les lots qui, après le 31 mai 2014, n'étaient pas encore vendus (à des tiers). La convention stipulait à cet égard que les demandeurs resteraient propriétaires jusqu'au jour de la passation de l'acte authentique de vente. La Cour d'appel de Liège (qui n'a pas été censurée par la Haute juridiction) considéra que les terrains, objet de la convention de vente, avaient changé de nature puisqu'ils étaient passés de zone inondable à aléa faible à zone inondable à risque élevé. En l'espèce, le changement de zone d'inondation avait été ordonné par l'autorité publique après la conclusion de la convention du 14 décembre 2012 mais avant la signature de l'acte authentique de vente. Selon les juges du fond, « [c]ette circonstance a bouleversé l'économie de la convention puisque la [société Immo 2001] l'avait conclue en vue de réaliser ses activités de promotion et les parties avaient fait rentrer dans le champ contractuel la nature des terrains litigieux telle qu'elle résultait du permis d'urbanisme, annexé à la convention ». Partant, elle décida que « [m]ême si les terrains classés en zone inondable à risque élevé ne sont pas inconstructibles, ils ne présentent plus l'attrait de terrains situés en zone faible et ne correspondent plus à l'objet convenu », de sorte que la vente doit être dissoute « en raison d'une force majeure et d'un fait du prince ». Le pourvoi en cassation reprochait à la décision attaquée d'avoir remis en question la force obligatoire de la convention en admettant la dissolution de celle-ci pour cause de « bouleversement de l'économie contractuelle », sans constater que l'exécution de la convention était devenue

123 La doctrine utilise également l'expression de « bouleversement de l'économie contractuelle » : voy. not. D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, 714 p. L'auteur considère que les hypothèses de disparition du but contractuel, notamment les situations où la prestation promise ne revêt plus d'intérêt pour le créancier, doivent être résolues par la théorie de l'imprévision ou du « bouleversement de l'économie contractuelle » (*ibid.*, pp 659-660). Il en donne la définition suivante.

« Le bouleversement de l'économie contractuelle suppose la survenance, postérieurement à la conclusion du contrat, de circonstances présentant les caractéristiques suivantes :

- a) être non-imputables à la partie qui l'invoque;
- b) avoir pour effet un changement radical de l'obligation contractuelle assumée.

Sa présence entraîne l'aménagement ou l'extinction d'une ou plusieurs des obligations contractuelles respectives ».

124 Cass. (1^{re} ch.), 29 mai 2020, n° C.19.0292.F, ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200529.1F.8

impossible. La Cour de cassation a toutefois estimé que le moyen manquait en fait en ce sens qu'il ressort des énonciations relevées par l'arrêt attaqué que ce dernier « considère, non que le changement de nature des terrains a rendu l'exécution du contrat manifestement plus difficile pour la société Immo 2001, l'acquéreur, mais qu'il a entraîné une impossibilité pour les demandeurs d'exécuter leur obligation de délivrer l'objet convenu en raison du fait du prince ».

Certes, il convient de rester prudent sur l'interprétation à donner à cet arrêt de la Cour de cassation (d'autant que le moyen dont question manquait en fait et procédait donc, selon la Cour, d'une lecture inexacte de la décision attaquée). Néanmoins, il montre que l'impossibilité d'exécution est intimement liée à l'objet de l'obligation tel que conçu par les parties. En l'espèce, le classement du terrain dans un zone inondable à risque faible faisait partie intégrante de l'objet de la vente, de sorte que si le risque change, l'objet disparaît.

20. *Retour sur quelques cas rattachés à l'impossibilité d'exercer un droit ou d'atteindre le but contractuel, à l'aune de l'approche proposée.* Une conception souple de l'impossibilité d'exécution, à la lumière de l'étendue des obligations du débiteur et de la diligence que l'on peut raisonnablement attendre de lui, pourrait conduire à admettre la force majeure dans des espèces où tantôt le créancier est dans l'impossibilité d'exercer son droit, tantôt le but contractuel recherché par les parties ne peut plus être atteint.

Ainsi certaines juridictions ont décidé que des voyageurs, qui avaient fait appel aux services d'un organisateur de voyage, pouvaient se prévaloir de la force majeure pour « annuler » leur séjour lorsque le pays de destination était le théâtre d'événements (guerre, troubles politiques) qui constituaient une menace sérieuse pour leur santé ou leur sécurité.¹²⁵ A cet égard, elles semblent admettre que les

125 Voy. not. Civ. Bruxelles, 26 avril 1991, *JT* 1991, p 603 (à propos des troubles politiques ayant frappé la Chine durant l'été 89): « les événements survenus en Chine populaire [...] ont constitué en l'espèce un événement soudain et perturbateur pouvant *inquiéter grandement un voyageur potentiel quant à sa sécurité personnelle* sur place à l'occasion du voyage commandé, et donc justifier l'annulation de pareil voyage, pour toute personne raisonnablement prudente » (nous soulignons). Voy. ég. Commission de Litiges Voyages, 2 décembre 1999, *DCCR* 2001, p 44: il a été décidé que la menace d'un état de guerre dans le pays de destination (Israël) était sérieuse et de nature à éveiller chez toute personne raisonnable et sensée une crainte légitime; le collège arbitral a notamment relevé, en l'espèce, que le voyage devait être entrepris avec des enfants mineurs et que les autorités belges avaient déconseillé les déplacements dans ces régions. Comp. avec Anvers (2^e ch.bis), 21 février 2007, *DCCR* 2008, p 49, note H. DE CONINCK où il a été jugé que le voyageur ne pouvait se prévaloir de la force majeure: « Au moment de l'annulation du voyage en Jordanie, il n'y avait pas, dans ce pays, un état de guerre ou une menace de guerre qui constituait un danger suffisamment sérieux pour le voyageur. De surcroît, les autorités n'avaient pas émis un avis de voyage négatif » (traduction libre).

Rapp. l'article 30 de la loi du 21 novembre 2017 relative à la vente de voyages à forfait, de prestations de voyages liées et de services de voyage, *MB* 1^{er} décembre 2017: le voyageur a le droit de résilier gratuitement le contrat de voyage à forfait et d'obtenir le remboursement des montants

conditions de la force majeure sont remplies dans le chef du voyageur.¹²⁶ Ce dernier n'est pourtant pas empêché d'exécuter son obligation, laquelle consiste dans le paiement du prix. Si obstacle il y a, pour cette partie contractante, il consiste plutôt dans une impossibilité – morale¹²⁷ – d'exercer un droit et de bénéficier de la prestation promise. En réalité, on pourrait aborder les cas dont question à partir de la conception classique de la force majeure et, partant, considérer que les circonstances invoquées rendent impossible l'exécution de l'obligation de sécurité qui pèse sur l'organisateur de voyage,¹²⁸ étant entendu que cette obligation doit être comprise à la lumière du résultat recherché par les parties.¹²⁹

Par ailleurs, il est sans doute intéressant de relire la solution rendue par la Cour d'appel de Gand, dans son arrêt du 5 septembre 2013 (précité),¹³⁰ en ayant à l'esprit que l'obligation du débiteur comporte une dimension subjective, de telle sorte que sa portée dépend de la volonté des parties et de l'objectif qu'elles poursuivent. Pour rappel, en l'espèce, l'acquéreur d'un fonds de commerce se trouvait, en raison de graves problèmes de santé, dans l'impossibilité de l'exploiter et d'y exercer son activité. On peut être tenté d'admettre qu'il existe un obstacle à l'exécution de l'obligation du débiteur, si l'on considère que celle-ci a pour objet le transfert de la propriété du bien, *en vue de permettre son exploitation par le cocontractant*.

payés « si des circonstances exceptionnelles et inévitables, survenant au lieu de destination ou à proximité immédiate de celui-ci, ont des conséquences importantes sur l'exécution du voyage à forfait ou sur le transport des passagers vers le lieu de destination ». Peuvent notamment constituer des circonstances exceptionnelles et inévitables les « circonstances concernant la sécurité, comme la guerre et le terrorisme », « les circonstances qui présentent des risques graves pour la santé humaine, comme l'apparition d'une maladie grave sur le lieu de destination » ou encore les catastrophes naturelles (voy. Projet de loi du 1^{er} septembre 2017 relatif à la vente de voyages à forfait, de prestations de voyages liées et de services de voyage, *Doc. Ch.*, 2016-2017, n° 54-2653/1, pp 43-44, <https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/2653/54K2653001.pdf>).

126 Voy. Commission de Litiges Voyages, 2 décembre 1999, *DCCR* 2001, p 44 (précité). Voy. ég. à propos de cette décision M. DE POTTER DE TEN BROECK, *TPR* 2018, p (219) at 250, n° 34.

127 Sur l'impossibilité morale, voy. W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht* (Antwerpen: Kluwer 1987), p 614: « *Morele onmogelijkheid kan bepaald worden als de onmogelijkheid die voortspuit uit de psychologische of morele beperkingen van de debiteur. Als voorbeeld geeft men dikwijls de vrees voor het leven, de gezondheid of de vrijheid* » (nous soulignons); M. DE POTTER DE TEN BROECK, *TPR* 2018, p (219) at 235, n° 19.

128 Voy. H. DE CONINCK, «Over toerekenbare omstandigheden en ontoerekeningsvatbare beslissingen », note sous Anvers (2^e ch.*bis*), 21 février 2007, *DCCR* 2008, p (54) at 56, n° 5.

129 Comp. M. DE POTTER DE TEN BROECK, *TPR* 2018, p (219) at 250, n° 34 qui considère que l'événement allégué empêche la réalisation du but contractuel, lequel consistait dans l'organisation d'un voyage suffisamment sécurisé: « *Het doel van de groep én van de reisorganisator was om een veilige reis naar Israël te organiseren* ».

130 Voy. *supra* n° 12.

Il convient toutefois de reconnaître que l'approche proposée présente (également) des limites.

21. *Limites de l'approche proposée.* On a vu que la libération du créancier empêché d'exercer son droit pouvait être justifiée par une application de la théorie des risques. Il faut démontrer, au préalable, que le débiteur est dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, étant entendu que cette dernière comporte une dimension subjective et qu'elle doit être comprise à la lumière du résultat recherché par les parties.

Néanmoins, si ce schéma classique offre une justification à certaines décisions qui admettent la force majeure lorsque le créancier est dans l'impossibilité d'exercer un droit, il ne permet pas d'appréhender ou de résoudre tous les cas relevant de cette problématique. Ainsi, lorsque ce sont des circonstances inhérentes à la personne du créancier, telles qu'une maladie, un accident ou d'autres problèmes de santé, qui l'empêchent de profiter de son droit, on voit difficilement comment on pourrait considérer que le débiteur de l'obligation corrélative est dans l'impossibilité d'exécuter celle-ci, puisque l'exécution serait, dans l'absolu, possible au profit d'un autre créancier. L'on notera d'ailleurs que, dans ces hypothèses, les juridictions ne sont pas enclines à admettre la force majeure.¹³¹

Par ailleurs, la Cour de cassation laisse entendre, dans certains arrêts, qu'il faut apprécier l'impossibilité d'exécution en tenant compte du créancier *in concreto*. Cette précision doit toutefois être accueillie avec prudence. Elle nous paraît justifiée dans le contexte particulier des affaires soumises à la Haute juridiction, en particulier les arrêts du 5 mars 1923 et du 18 janvier 1924.¹³² En effet, le fait du prince, à l'origine de l'empêchement, présentait, dans les espèces concernées, un caractère inique puisqu'il induisait une discrimination sur la base de la nationalité: le locataire (créancier de la jouissance de la chose) avait été expulsé du bien loué à raison de sa qualité de Français. On peut dès lors comprendre que la Cour ait voulu tenir compte de cette caractéristique propre à ce cocontractant pour conclure à l'existence d'une force majeure dans le chef du débiteur (bailleur). Il aurait été injuste de pénaliser deux fois le preneur.

131 Voy. not. en France: l'arrêt de la Cour de cassation du 25 novembre 2020 (précité), à propos de la maladie d'un curiste (*cf. supra* n° 4); comp. toutefois avec l'arrêt du 10 février 1998 (précité) relatif à la maladie d'une étudiante qui n'a pas pu assister aux cours (*cf. supra* n° 5). En Belgique: voy. *supra* n° 11 (à propos de la maladie du locataire); voy. *ég. infra*, n° 41 : dans les contrats de voyages à forfait, il est généralement admis que des circonstances personnelles au voyageur, telles que la maladie, l'accident voire le décès, relèvent de sa « sphère de risques », de sorte qu'une indemnité devra, le cas échéant, être payée à l'organisateur ou à l'intermédiaire de voyages lorsque le contrat est résilié pour l'un de ces motifs.

132 Voy. *supra* n° 17.

Ainsi, il faut recontextualiser les propos de la Cour: le fait de tenir compte des qualités du créancier doit sans doute être rattaché à l'idée selon laquelle « ce n'est pas la jouissance théorique qui doit être prise en considération, mais la jouissance *in concreto*, conforme à la destination de la chose normalement et contractuellement prévue ». ¹³³ En d'autres termes, la prise en considération des caractéristiques propres au créancier doit être relativisée, au risque de transformer l'enseignement de la Haute juridiction en un « cheval de Troie » susceptible de dénaturer complètement la notion de force majeure. En effet, en grossissant un peu le trait, il nous semble que, par la prise en considération de la situation concrète du créancier dans une relation contractuelle déterminée, on peut presque toujours conclure à une impossibilité d'exécution en ce sens que le débiteur est empêché d'exécuter son obligation à l'égard de *ce* cocontractant. Or, admettre la force majeure sur la base d'une telle « impossibilité d'exécution » paraît peu compatible avec l'état du droit positif.

Reprenons, par exemple, les faits de l'arrêt de la Cour de cassation de France du 25 novembre 2020¹³⁴: en raison de soucis de santé ayant nécessité le transfert de Monsieur à l'hôpital, un couple ne peut profiter du séjour qu'il avait réservé dans une installation thermale. On pourrait estimer que les prestations de service dont question en l'espèce « sont fortement teintées d'*intuitus personae*, de sorte que la participation personnelle des curistes, leur rôle actif, est nécessaire à la réalisation des prestations, et partant à l'exécution de l'obligation par l'établissement ». ¹³⁵ Dès lors, en l'absence des curistes, du fait de la maladie de l'époux, l'obligation de la société thermale « serait impossible à exécuter puisqu'il ne saurait se concevoir de cure sans curiste ». ¹³⁶ Ce n'est pourtant pas dans cette voie que s'est engagée la Haute juridiction puisque celle-ci n'a pas admis, en l'espèce, la force majeure.

Par ailleurs, pourrait-on envisager d'appliquer la force majeure lorsqu'un événement « prive le preneur d'une jouissance normale du bien loué sans que le bailleur ne puisse proposer une solution pour maintenir cette jouissance normale » ¹³⁷ ? On songe, par exemple, à un accident de voiture à la suite duquel le preneur d'un appartement au quatrième étage d'un immeuble sans ascenseur serait devenu tétraplégique. Il

133 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV (3^e éd. 1972), p 658, n° 638, note 1.

134 Cf. *supra* n° 4.

135 C.-M. PÉGLION-ZIKA, *Gaz. Pal.*, n° 5 du 2 février 2021, p 17, n° 5. Voy. ég. N. DUPONT, *CCC* juillet 2021, étude 7, p (8) 13, n° 17.

Voy. et comp. avec M. MEKKI, 1409. *JCP G* 2020, p (2263) at 2265: « Enfin, il existe des contrats où le rôle actif du créancier s'impose pour la bonne exécution de la prestation. Pas de prestation sans participation du créancier ! Prenons le cas d'un futur époux malade qui ne peut célébrer son mariage. Comment admettre que l'entreprise sollicitée puisse organiser une fête à la date convenue et en réclamer le prix ? On l'imagine mal tout préparer sans la présence des mariés. Il serait absurde dans ce cas de poser un principe aussi dogmatique selon lequel le créancier qui ne peut profiter de sa prestation en cas de force majeure n'en reste pas moins tenu d'en payer le prix ! ».

136 C.-M. PÉGLION-ZIKA, *Gaz. Pal.*, n° 5 du 2 février 2021, p 17, n° 5.

137 C. POULLET, *Ann. dr.* 2007, p (263) at 313, n° 93.

paraît délicat de faire droit à la force majeure dans une telle hypothèse. La privation de jouissance trouve, en effet, son origine dans une circonstance propre au locataire alors que, selon l'enseignement traditionnel, il est requis qu'elle trouve sa source dans un événement qui frappe le bien loué ou, à tout le moins, qui paralyse l'obligation du bailleur.¹³⁸ Et pourtant, si l'on a égard au preneur *in concreto*, on peut soutenir que le bailleur n'est plus en mesure de fournir une jouissance normale à son créancier dès lors que l'immeuble n'est pas équipé d'un ascenseur ou de tout autre moyen permettant au locataire en question d'avoir accès aux lieux loués.

En somme, si on généralise la formule – tirée de certains arrêts de la Cour de cassation belge – selon laquelle il faut prendre en considération le créancier *in concreto*, on peut basculer dans un système où toute non-collaboration du créancier¹³⁹ serait constitutive d'une impossibilité d'exécution dans le chef du débiteur. Ce dernier ne pourrait, en effet, exécuter sa prestation si son cocontractant est absent. Il est évident que toutes ces situations ne peuvent donner lieu à force majeure, même si la circonstance invoquée par le créancier est indépendante de sa volonté. A tout le moins, on se rend compte que l'approche classique – en termes d'impossibilité d'exécution – présente des limites et qu'il faut affiner l'analyse.

22. *Conclusion intermédiaire.* La théorie de la force majeure offre sans doute certaines clés pour résoudre des situations où le créancier est privé de la contre-prestation prévue. Il apparaît néanmoins que l'approche classique – en termes d'impossibilité d'exécution de l'obligation – présente des limites.

Ainsi, on peut, d'une part, chercher à établir l'existence d'une obligation impossible à exécuter dans le chef du créancier empêché d'exercer son droit. Toutefois, la tâche ne sera pas aisée dans la mesure où l'on considère généralement que cette partie contractante est principalement tenue de payer le prix convenu. Dès lors, les obligations non pécuniaires qui viendraient à être épinglées pourraient être perçues comme artificielles.

D'autre part, lorsque c'est l'application de la théorie des risques qui entraîne la libération du créancier, il faut examiner si les conditions de la force majeure sont remplies dans le chef du débiteur de l'obligation corrélative au droit dont l'exercice est empêché. Cette méthode semble cependant n'être d'aucun secours dans certaines hypothèses, notamment lorsque l'empêchement résulte de circonstances propres au créancier (par exemple, une maladie, un accident, etc.). Or, c'est précisément dans ce type de situations qu'apparaît, dans toute sa pureté, la problématique de l'impossibilité d'exercer un droit. Par ailleurs, si l'on admet que l'objet de l'obligation comporte une dimension subjective, on peut se demander jusqu'où s'arrête la concrétisation, en particulier la prise en compte des qualités concrètes du créancier. L'approche en

138 Cf. *supra* n° 11.

139 Outre les exemples cités ci-dessus, pensons notamment au patient qui ne se rend pas chez le dentiste, au spectateur qui n'assiste pas à une représentation théâtrale, etc.

termes d'impossibilité d'exécution est insatisfaisante dès lors que, en un certain sens, toute non-collaboration du créancier pourrait être constitutive d'une impossibilité d'exécution dans le chef du débiteur.

A la suite des développements qui précèdent, diverses questions affluent. Que penser des décisions qui ont admis la force majeure dans des espèces qui ne rentraient pas dans le moule de l'impossibilité d'exécution, c'est-à-dire où la problématique de l'impossibilité d'exercer un droit apparaissait « à l'état pur » ? Faut-il condamner cette jurisprudence « novatrice » au motif que celle-ci s'écarte de la conception classique ? Peut-on, au contraire, y voir les traces d'un changement de paradigme, qui devrait nous inviter à affiner notre compréhension de la force majeure ? On peut, enfin, s'interroger sur le fondement juridique le plus adéquat pour appréhender ce type de situations.

En somme, il faut retenir que l'approche en termes d'impossibilité d'exécution n'est guère satisfaisante pour résoudre tous les cas relevant de l'impossibilité d'exercer un droit. Afin d'enrichir notre cadre conceptuel, et de répondre aux interrogations formulées ci-dessus, nous proposons, à ce stade de l'analyse, de nous tourner vers le droit néerlandais. Ce dernier propose, en effet, une autre grille de lecture, articulée autour d'une logique de répartition des risques.

4. Au-delà de la condition d'impossibilité d'exécution: Proposition d'une autre approche

4.1. *Apports du droit néerlandais: Une approche en termes de « sphère de risques »*

23. *Annonce du plan.* En droit néerlandais, la problématique de l'impossibilité d'exercer un droit ne reçoit pas un traitement uniforme; elle mobilise une pluralité de concepts, lesquels sont susceptibles de conduire à des solutions diverses, en fonction des circonstances de l'espèce. Ci-dessous, nous examinerons, plus particulièrement, les notions de *schuldeisersverzuim* (« demeure du créancier »), d'une part, (4.1.1) et de *schuldeisersovermacht* (« force majeure du créancier »), d'autre part, cette dernière pouvant être rapprochée de la figure de l'*onmogelijkheid van rechtsuitoefening* que l'on peut traduire par « impossibilité d'exercer un droit » (4.1.2). A cet égard, on soulignera d'emblée que tant l'hypothèse de *schuldeisersverzuim* que celle de *schuldeisersovermacht* supposent un empêchement dans le chef du débiteur. Ces deux notions se distinguent à cet égard de l'*onmogelijkheid van rechtsuitoefening* où aucun empêchement n'existe dans le chef du débiteur, le créancier se trouvant en revanche dans l'impossibilité de tirer profit de l'exercice de son droit. Nous synthétiserons, enfin, les différents enseignements tirés de l'analyse du droit néerlandais (4.1.3).

4.1.1. La *schuldeisersverzuim* en droit néerlandais

24. *Notion et conditions.* La *schuldeisersverzuim* (« demeure du créancier ») est régie en droit néerlandais par les articles 6:58 à 6:73 du NBW. Nous n'avons pas la

prétention, dans le cadre de cette contribution, d'exposer en détail cette institution. Nous nous permettrons de mettre en exergue certains aspects qui nous paraissent pertinents pour la problématique que nous examinons.

Aux termes de l'article 6:58 du NBW, « le créancier est en demeure lorsque l'exécution de l'obligation [*du débiteur*] est empêchée parce qu'il n'apporte pas la collaboration nécessaire à cette fin ou parce qu'un autre obstacle survient de son côté, sauf si la cause de cet empêchement ne peut lui être imputée ». ^{140,141}

Différentes exigences ressortent de cette disposition afin que l'on puisse conclure à l'existence d'une *schuldeisersverzuim*. Il apparaît tout d'abord que l'obstacle au paiement doit provenir exclusivement du côté du créancier. Cette condition a pour corollaire que, sans l'obstruction en question, le débiteur serait tout à fait en mesure d'exécuter son obligation. Ensuite, il est requis que la cause de l'empêchement soit imputable au créancier, que ce soit parce que ce dernier a commis une faute ou parce qu'il s'agit d'un risque pouvant être mis à sa charge. ¹⁴² En ce sens, la notion d'imputabilité ne peut être réduite à l'idée de faute; elle est beaucoup plus large dans la mesure où elle peut viser des événements « fortuits » (par exemple, une maladie) dont on considère qu'ils relèvent de la « sphère de risque » du créancier (nous y reviendrons ¹⁴³).

La réglementation relative à la demeure du créancier vise à dissiper les inconvénients qui sont liés à l'impossibilité pour le débiteur d'exécuter son obligation en raison d'une circonstance imputable à son cocontractant. ¹⁴⁴

140 Traduction libre; voy. le texte original: « *De schuldeiser komt in verzuim, wanneer nakoming van de verbintenis verhinderd wordt doordat hij de daartoe noodzakelijke medewerking niet verleent of doordat een ander beletsel van zijn zijde opkomt, tenzij de oorzaak van verhindering hem niet kan worden toegerekend* ».

141 On précisera, à toutes fins utiles, que l'article 6:59 du NBW contient une autre hypothèse d'application de la *schuldeisersverzuim*, que nous n'examinerons toutefois pas: « *De schuldeiser komt eveneens in verzuim, wanneer hij ten gevolge van hem toe te rekenen omstandigheden niet voldoet aan een verplichting zijnerzijds jegens de schuldenaar en deze op die grond bevoegdelijk de nakoming van zijn verbintenis jegens de schuldeiser opschort* ».

142 Voy. not. W.L. VALK, « Commentaar op art. 6:58 BW », in *Tekst & Commentaar BW* (Deventer: Wolters Kluwer 2021), n° 2 (ci-après: W.L. VALK, « Commentaar op art. 6:58 BW » in *T&C BW*): « *De vereisten voor het intreden van schuldeisersverzuim op grond van dit artikel zijn: a. de schuldenaar is bereid en in staat na te komen en heeft zijnerzijds daartoe het nodige gedaan; b. nakoming wordt uitsluitend [...] verhinderd door een van de kant van de schuldeiser opkomend beletsel; c. de oorzaak van verhindering kan aan de schuldeiser worden toegerekend [...]* ».

143 Voy. *infra* n° 26.

144 C.H. SIEBURGH, *Mr C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte* (Deventer: Wolters Kluwer, 16e éd. 2020), n° 299 (ci-après : C.H. SIEBURGH, Asser 6-I); W.H.M. REEHUIS, *Zwaartepunten van het vermogensrecht* (Deventer: Wolters Kluwer, 11e éd. 2020), p 381, n° 596; HR 30 septembre 2016, ECLI:NL:HR:2016:2227, NJ 2017/72 (*Van Dijk/Van Lenningh*), considérant n° 5.3.1, avec note T.F.E. TJONG TJIN TAI.

25. *Cas d'application.* A la lecture de l'article 6:58, on peut relever deux types de cas où la *schuldeisersverzuim* trouve à s'appliquer.

Le premier réside dans le fait que le créancier ne fournit pas la collaboration nécessaire à l'exécution de l'obligation du débiteur, et semble viser essentiellement les situations dans lesquelles le créancier n'est *pas* tenu à une obligation de coopération. Ainsi, par exemple, le patient n'a pas l'obligation de se rendre chez le dentiste afin de permettre à ce dernier d'accomplir la prestation de soin. De même, le créancier d'une dette de somme n'a pas l'obligation d'accepter le paiement de celle-ci.¹⁴⁵ Dans de tels cas, la *schuldeisersverzuim* se posera à l'état pur. Il semble, en effet, que, au cœur de cette notion, figure l'idée selon laquelle le créancier n'exerce pas son droit à la prestation qui lui est due. Ce faisant, il empêche le débiteur de s'exécuter puisque, par hypothèse, ce dernier ne peut s'acquitter de son obligation sans la coopération¹⁴⁶ de son cocontractant. Le principe de base est donc que le créancier n'est pas *obligé* de coopérer.¹⁴⁷

Qu'en est-il, dès lors, lorsque le cocontractant manque à une véritable *obligation* de coopération, cette dernière pouvant résulter de la loi, du contrat, de la nature de l'obligation ou encore du principe d'exécution de bonne foi¹⁴⁸ ? Le

145 C.H. SIEBURGH, *Asser 6-I*, n° 292.

146 Il est important de noter que, dans certains cas, le débiteur n'a pas besoin de la coopération de son cocontractant pour s'acquitter de son obligation. Dans de telles situations, la question de la *schuldeisersverzuim* ne se posera en principe pas dès lors qu'aucun obstacle à l'exécution ne peut être déduit du comportement du créancier. Ainsi, par exemple, lors de la vente de tickets ou d'abonnements pour le cinéma, le théâtre, les bibliothèques ou encore les transports en commun, l'obligation du débiteur est considérée comme remplie dès que le service convenu est mis à la disposition du créancier. Il est indifférent que ce dernier en fasse ou non effectivement usage (voy. A.L.M. KEIRSE, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:58 BW, n° 2.2; C.H. SIEBURGH, *Asser 6-I*, n° 289).

147 C.A. STREEFKERK, *Schuldeisersverzuim*, Mon. BW B32c (Deventer: Wolters Kluwer, 4^e éd. 2018), p 2, n° 3.1: « *Schuldeisersverzuim betreft immers – vanuit de schuldeiser gezien – het niet uitoefenen van zijn recht op de prestatie, doordat hij zelf verhindert dat de schuldenaar jegens hem presteert. Als uitgangspunt geldt dat de schuldeiser niet verplicht is tot (medewerking aan) het verkrijgen van de hem toekomende prestatie* ».

148 Voy. A.L.M. KEIRSE, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:58 BW, n° 3.3; C.H. SIEBURGH, *Asser 6-I*, n° 291; C.A. STREEFKERK, *Schuldeisersverzuim*, p. 3, n° 3.2; P. ABAS, « Onmogelijkheid van rechtsuitoefening in het licht van de goede trouw », *RM Themis* 1975, p (132) at 143, n° 11. Pour ces auteurs, lorsque le débiteur a un intérêt « positif » et « indépendant » à la collaboration du créancier, on peut considérer que ce dernier est tenu à une obligation de coopération. Il faut entendre par là que le débiteur poursuit un avantage qui ne peut être obtenu que par le paiement de sa prestation. En d'autres termes, l'intérêt ne peut pas consister uniquement à être libéré de son obligation (intérêt négatif). L'exemple classique est celui du propriétaire foncier qui vend les pierres gisant sur son terrain afin de s'en débarrasser. On peut également songer à la situation du vendeur qui veut être libéré des charges élevées qui pèsent sur son bien, de l'artiste qui espère « percer » et se forger une réputation avec son spectacle ou encore de l'exploitant d'un centre commercial qui souhaite augmenter le chiffre d'affaires et donc la valeur du centre en louant des locaux commerciaux.

Certains commentateurs ajoutent que l'intérêt positif au concours du créancier ne suffit pas. Il est également nécessaire que ce dernier soit conscient de l'avantage poursuivi par son débiteur et

recours à la *schuldeisersverzuim* est certes envisageable dans ces cas, mais il est aussi – et surtout – question d'*inexécution fautive* de l'obligation de coopération,¹⁴⁹ à laquelle diverses sanctions sont attachées (résolution, exception d'inexécution, dommages et intérêts, etc.). Il est, à cet égard, intéressant de relever que les véritables *obligations* de collaboration sont considérées comme « l'exception » en droit néerlandais,¹⁵⁰ alors qu'elles paraissent plus nombreuses dans les droits belge et français¹⁵¹: on peut songer notamment à l'obligation, dans le chef de l'acquéreur, de retirer la chose vendue¹⁵² ou encore à celle, dans le chef du maître de l'ouvrage, de tout mettre en œuvre pour faciliter le travail de l'entrepreneur (par exemple, lui donner accès au chantier). En réalité, ce constat n'a rien d'étonnant. Pour combler l'absence de théorie de la *mora creditoris* (ou demeure du créancier) dans les systèmes juridiques belge et français,¹⁵³ la jurisprudence s'est trouvée contrainte de « découvrir » de nouvelles obligations, lesquelles ont, pour la plupart, été extraites du principe d'exécution de bonne foi.¹⁵⁴

L'hypothèse du défaut de collaboration constitue l'application la plus fréquente¹⁵⁵ de la *schuldeisersverzuim*, ce qui explique que le législateur ait

que, dans ce cadre, il ait (tacitement) consenti à une telle obligation de collaboration, étant entendu que celle-ci peut résulter de la bonne foi (*redelijkheid en billijkheid*). Voy. A.L.M. KEIRSE, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:58 BW, n° 3.3; voy. ég. C.J. VAN ZEBEN, J.W. DUPON et M. M. OLTROF, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Boek 6, *Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht* (Deventer: Kluwer 1981), p 230.

149 Voy. not. W.L. VALK, « Commentaar op afd. 8 Boek 6 BW » in *T&C Burgerlijk Wetboek* (Deventer: Wolters Kluwer, 14^e éd. 2021), n° 3. Lorsqu'on peut déceler une obligation de collaboration dans le chef du créancier, le manquement de ce dernier donne lieu à une situation de concours (*samenloop*), laquelle peut entraîner l'application – alternative ou cumulative – des dispositions relatives la *schuldeisersverzuim*, d'une part, et des règles propres à l'inexécution fautive (*wanprestatie*) d'autre part (voy. A.L.M. KEIRSE, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:58 BW, n° 3.3; C.A. STREEFKERK, *Schuldeisersverzuim*, p. 4, n° 3.3; G.T. DE JONG, H.B. KRANS et M.H. WISSINK, *Verbintenissenrecht algemeen* (Deventer: Wolters Kluwer, 5^e éd. 2018), pp 142-143, n° 160).

150 C.J. VAN ZEBEN, J.W. DUPON et M.M. OLTROF, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Boek 6, *Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, p 219; G.T. DE JONG, H.B. KRANS et M.H. WISSINK, *Verbintenissenrecht algemeen*, p 143, n° 160.

151 Voy. *supra* n° 15.

152 Comp. avec le droit hollandais où une telle obligation de retraitement ne semble pas admise de manière générale: « *Zo komt in het BW geen bepaling voor die de koper verplicht de gekochte zaak in ontvangst te nemen. Een algemene verplichting daartoe wordt ook niet aanvaard* » (A.L.M. KEIRSE, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:58 BW, n° 3.3).

153 L'on notera que les réformes du droit des obligations, en Belgique et en France, contiennent quelques dispositions sur la (mise en) demeure du créancier. Ces nouvelles règles ont vocation à offrir au débiteur un moyen d'être libéré de son obligation en cas d'obstruction du créancier; elles se substituent à la procédure d'offres réelles suivies de consignation (art. 1258 à 1264 anc. C. civ.) et instituent un régime moins formaliste, applicable à tout type d'obligations.

Voy. en droit belge: articles 5.211 à 5.216 du Code civil; voy. en droit français: art. 1345 à 1345-3 du Code civil français.

154 C. ROBIN, « La *mora creditoris* », *RTD civ.* 1998, pp 607 et s.

voulu – pour des raisons pédagogiques – la reprendre dans la définition de la notion. Toutefois, l'article 6:58 mentionne un deuxième type de cas, qui constitue en quelque sorte une catégorie résiduelle puisque celle-ci vise les situations où l'exécution de l'obligation du débiteur est empêchée par « un autre obstacle »¹⁵⁶ qui survient du côté du créancier. On peut songer à l'acquéreur qui détruit – intentionnellement ou par mégarde – le bien que doit lui livrer le vendeur.¹⁵⁷ Un autre exemple, mentionné en doctrine, est celui du gouvernement qui confie à une entreprise la tâche d'excaver un site contaminé par des substances dangereuses, mais qui, par la suite, édicte une législation imposant des exigences tellement strictes sur le transport de ces substances que l'entreprise concernée ne peut pas les respecter dans un délai raisonnable.¹⁵⁸

26. *Imputabilité au créancier.* En vertu de l'article 6:58 du NBW, la *schuldeisersverzuim* suppose également que l'empêchement soit imputable au créancier. À cet égard, pour déterminer les causes d'imputabilité, la doctrine se réfère aux indications fournies par l'article 6:75 du NBW.¹⁵⁹ Certes, cette disposition règle la question de savoir si l'inexécution de l'obligation est imputable au débiteur, mais les enseignements qui en résultent sont *mutatis mutandis* applicables à la *schuldeisersverzuim*. Par conséquent, un obstacle sera imputable au créancier s'il est dû à une faute de ce dernier ou s'il s'agit d'un risque qu'il doit assumer en vertu de la loi, du contrat ou des opinions généralement admises (« *de in het verkeer geldende opvattingen* »).

L'imputabilité en vertu des « opinions généralement admises » constitue une catégorie « fourre-tout », qui puise dans la pratique et l'équité. Nous épinglons ci-dessous quelques éléments qui permettent d'apprécier sur quelle partie doit peser un risque déterminé. Il apparaît toutefois périlleux de formuler des règles générales en la matière, tant les solutions dépendent des circonstances de la cause et sont

155 C.A. STREEFKERK, *Schuldeisersverzuim*, p 14, n° 8.3; C.J. VAN ZEBEN, J.W. DUPON et M.M. OLTHOF, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, p 223.

156 C'est-à-dire un obstacle autre que le défaut de collaboration du créancier.

157 En droit belge, une telle situation serait sans doute analysée sous l'angle de l'obligation du vendeur de conserver la chose jusqu'à la livraison (cf. art. 1136, 1137, 1245 et 1624 anc. C. civ.; art. 5:81, 5:202 et 5:265 du Code civil) étant entendu que si la chose vendue est totalement détruite, on pourrait considérer que l'obligation du vendeur est devenue caduque par disparition de son objet, sans préjudice, le cas échéant, des dommages et intérêts à charge de l'acquéreur si une faute peut être établie dans son chef.

158 C.A. STREEFKERK, *Schuldeisersverzuim*, p 14, n° 8.3. Pour d'autres illustrations, voy. C.H. SIEBURGH, *Asser* 6-I, n° 298; A.L.M. KEIRSE, *GS Verbintenissenrecht, art. 6:58 BW*, n° 4.

159 « *Een tekortkoming kan de schuldenaar niet worden toegerekend, indien zij niet is te wijten aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt* ».

susceptibles de varier en fonction de ce qu'impose la bonne foi (*redelijkheid en billijkheid*).¹⁶⁰

Tout d'abord, un obstacle que le créancier pouvait raisonnablement prévoir sera, en principe, mis à la charge de ce dernier. On retrouve en doctrine l'exemple suivant: l'acquéreur doit assumer le risque de gel, qui l'empêche de prendre livraison d'un lot de pommes de terre, si le phénomène climatique en question est habituel durant la période concernée.¹⁶¹ De même, revenons sur l'une des situations mentionnées dans l'introduction: une personne réserve une chambre d'hôtes pour le weekend et ne peut s'y rendre en raison de chutes de neige qui rendent la route impraticable. Il est indéniable que le créancier devra supporter ce risque si les conditions météorologiques pouvaient être prévues ou anticipées.

Ensuite, des circonstances qui touchent personnellement une partie contractante¹⁶² ou, pour le formuler autrement, qui relèvent de sa « sphère de risques »¹⁶³ lui sont généralement imputées. Ainsi, par exemple, le client d'un hôtel devra assumer le risque de maladie qui l'empêche de se déplacer jusqu'à l'établissement.¹⁶⁴

La doctrine semble par ailleurs attacher de l'importance à un critère – tiré de l'analyse économique du droit¹⁶⁵ – qui consiste à s'interroger sur la partie qui est la plus apte à supporter le risque en cause.¹⁶⁶ A cet égard, divers éléments peuvent entrer en ligne de compte.

Primo, on imputera au créancier l'obstacle qu'il pouvait raisonnablement éviter ou contre lequel il pouvait se prémunir, par exemple par la souscription

160 C.J. VAN ZEBEN, J.W. DUPON et M.M. OLTHOF, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, p 223; W.L. VALK, « Commentaar op art. 6:58 BW » in *T&C BW*, n° 2.

161 C.A. STREEFKERK, *Schuldeisersverzuim*, p 22, n° 11.3; A.L.M. KEIRSE, *GS Verbintenissenrecht, art. 6:58 BW*, n° 6.2.

162 F.A.M. CAVADINO, *Onmogelijkheid van rechtsuiteoefening* (Ed. Paul Brand: Bussum 1919), p 189. Voy. ég. F.A.M. CAVADINO, « De 'persoonlijke betreffende omstandigheid' », *NJB (Nederlands Juristenblad)*, 1949(44), pp 841-844.

163 On considère que les agissements des personnes dont le créancier est (contractuellement) responsable, par exemple des membres de son personnel ou de sa famille, relèvent de sa sphère de risques. De même, le créancier doit répondre des choses défectueuses qu'il pourrait utiliser afin de recevoir la prestation promise (voy. not. C.A. STREEFKERK, *Schuldeisersverzuim*, p 22, n° 11.3; A.L.M. KEIRSE, *GS Verbintenissenrecht, art. 6:58 BW*, n° 6.2).

164 C.H. SIEBURGH, *Asser 6-I*, n° 297: «*De ziekte van de pensiongast of van zijn kind, die hem verhindert op reis te gaan, komt ongetwijfeld voor zijn risico* » (nous soulignons).

165 Voy. *supra*, n° 7 et les références citées en note 32.

166 C.A. STREEFKERK, *Schuldeisersverzuim*, p 22, n° 11.3: « *Centrale vraag bij de toerekening krachtens verkeersopvattingen zal mijns inziens dienen te zijn, welke van beide partijen het meest aangewezen is om het desbetreffende risico van verhindering van nakoming te dragen, met name met het oog op de vraag of de schuldeiser zijn tegenprestatie nog verschuldigd blijft* ».

d'une assurance (par exemple, une assurance-annulation en cas de maladie, d'accident ou de décès).

Secundo, la nature et la portée du contrat peuvent jouer un rôle dans l'attribution du risque. Ainsi, il existe des contrats considérés comme « hautement personnels » en ce sens que « la personne du créancier est comprise dans le lien synallagmatique ».¹⁶⁷ En d'autres termes, le débiteur ne peut s'exécuter qu'à l'égard de son cocontractant puisque le bénéficiaire de la prestation ne peut être remplacé par quelqu'un d'autre. Tel serait, par exemple, le cas du médecin qui doit opérer un patient, du professeur qui dispense des cours particuliers à un élève, du dentiste chargé de fabriquer une prothèse dentaire. Une partie de la doctrine¹⁶⁸ semble admettre que, dans de telles relations contractuelles,¹⁶⁹ on ne doit pas imputer au créancier des circonstances qui le concernent pourtant personnellement,¹⁷⁰ telles que la maladie ou le décès, et qui l'empêchent de se présenter au débiteur afin de permettre à ce dernier d'exécuter son obligation.

27. *Conséquences de la schuldeisersverzuim: libération des parties contractantes ?*
Nous envisagerons d'abord la situation du débiteur avant de nous pencher sur celle du créancier.

La doctrine¹⁷¹ semble considérer que la *schuldeisersverzuim* (visée à l'article 6:58 du NBW) est constitutive d'une forme particulière de force majeure dans le chef du débiteur, dès lors que l'obstacle à l'exécution est

167 Voy. F.A.M. CAVADINO, *Onmogelijkheid van rechtsuiteoefening*, pp 160-165 et p 175, spéc. p 161 « *hoogst-persoonlijk karakter* » et p 162 « *Ook hier is dan de persoon van den crediteur [...] in het synallagma opgenomen, zodat derhalve bij het wegvallen van deze, de verbintenis in haar wezen wordt aangetast en ophoudt te bestaan* ».

168 C.A. STREEFKERK, *Schuldeisersverzuim*, p 22, n° 11.3; A.L.M. KEIRSE, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:58 BW, n° 6.2.

169 La catégorie des contrats « hautement personnels » fait penser à la notion d'*intuitus personae*. Il est admis, à cet égard, que la considération de la personne puisse résider dans le chef du créancier (voy. sur ce point: P. BAZIER, *L'intuitus personae dans le contrat*, pp 193-195, n° 162; nous n'avons cependant trouvé aucune correspondance entre les exemples donnés par cet auteur et les illustrations - en droit néerlandais - mentionnées ci-dessus).

170 Il faut toutefois que le caractère personnel de la relation contractuelle soit suffisamment prégnant, à telle enseigne que l'on pourrait presque parler, nous semble-t-il, de « réification » du créancier: « *Zo kan de chirurg geen salaris declareren bij de nalatenschap als de patiënt vlak voor de operatie is overleden. Er zijn hier echter nog meerdere factoren van belang: een leerling die elke week een avond privébijles krijgt, zal niet hoeven te betalen indien hij een keer door ziekte verhinderd is de bijles te volgen; maar een leerling van een muziekschool zal geen restitutie of vermindering van het cursusgeld kunnen krijgen voor enkele gemiste lessen wegens ziekte; hier staat het persoonlijk element al minder op de voorgrond* » (C.A. STREEFKERK, *Schuldeisersverzuim*, p 22, n° 11.3).

171 Voy. not. G.T. DE JONG, H.B. KRANS et M.H. WISSINK, *Verbintenissenrecht algemeen*, p 144, n° 162; A.L.M. KEIRSE, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:58 BW, n° 2.3; C.A. STREEFKERK, *Schuldeisersverzuim*, n° 21.3; C.H. SIEBURGH, *Asser 6-I*, n° 299.

imputable non pas à ce dernier, mais au créancier. Pour déterminer si le débiteur est libéré, il convient de distinguer selon que l'empêchement est temporaire¹⁷² ou définitif.¹⁷³

Si l'impossibilité est temporaire,¹⁷⁴ l'obligation est suspendue. Le débiteur devra encore exécuter sa prestation lorsque l'obstacle aura pris fin. Il peut toutefois, sur pied de l'article 6:60 du NBW,¹⁷⁵ demander en justice que l'on le libère de son obligation, le cas échéant moyennant le respect de certaines conditions à fixer par le tribunal.

Si l'impossibilité est définitive, le débiteur peut se considérer comme libéré de son obligation.¹⁷⁶

On précisera enfin que, aussi longtemps que dure la *schuldeisersverzuim*, le créancier ne peut demander au débiteur d'exécuter son obligation ni, en principe,¹⁷⁷ lui réclamer des dommages et intérêts.¹⁷⁸

L'article 6:266, 1, du NBW règle, quant à lui, le sort de la contreprestation dans un contrat synallagmatique. Il prévoit, en effet, qu'« aucune résolution ne peut être fondée sur un manquement à l'exécution d'une obligation à l'égard de laquelle le créancier est lui-même en demeure ».¹⁷⁹ La doctrine déduit de cette

172 Par exemple, lorsque le créancier n'apporte sa collaboration - nécessaire à l'exécution - qu'avec retard.

173 Par exemple, lorsque la chose à livrer a été détruite par le créancier ou lorsque la collaboration - tardive - du créancier ne présente plus d'intérêt dans la mesure où la prestation devait être accomplie dans un délai déterminé (voy. not. A.L.M. KEIRSE, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:58 BW, n° 2.3; C.A. STREEFKERK, *Schuldeisersverzuim*, n° 21.3).

174 On peut se demander si l'hypothèse de l'impossibilité temporaire ne constitue pas le *quod plerumque fit*. En effet, la réglementation relative à la *schuldeisersverzuim* vise, comme on l'a vu, à pallier les inconvénients que subit le débiteur en raison d'un obstacle à l'exécution imputable au créancier. Elle est principalement destinée à permettre au débiteur de s'exécuter d'une manière ou d'une autre, ce qui suppose que le paiement (au sens juridique du terme) est encore possible.

175 « *Is de schuldeiser in verzuim, dan kan de rechter op vordering van de schuldenaar bepalen dat deze van zijn verbintenis bevrijd zal zijn, al dan niet onder door de rechter te stellen voorwaarden* ».

176 Voy. A.L.M. KEIRSE, *GS Verbintenissenrecht*, afdeling 6:8 BW, n° 4.2: '*Schuldeisersverzuim kan de nakoming blijvend onmogelijk maken. De schuldenaar kan zichzelf dan als bevrijd beschouwen*'; C. H. SIEBURGH, *Asser* 6-I, n° 299.

177 Voy. toutefois art. 6:64 du NBW: « *Komt tijdens het verzuim van de schuldeiser een omstandigheid op, die behoorlijke nakoming geheel of gedeeltelijk onmogelijk maakt, dan wordt dit niet aan de schuldenaar toegerekend, tenzij deze door zijn schuld of die van een ondergeschikte is tekortgeschoten in de zorg die in de gegeven omstandigheden van hem mocht worden geleverd* » (nous soulignons). Voy. ég. art. 6:78 NBW que nous commentons ci-dessous, n° 28.

178 Voy. W.H.M. REEHUIS, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, pp 382-383, n° 598; A.L.M. KEIRSE, *GS Verbintenissenrecht*, afdeling 6:8 BW, n° 4.2. Voy. ég. art. 6:61, 2, du NBW: « *Zolang de schuldeiser in verzuim is, kan de schuldenaar niet in verzuim geraken* ».

179 Traduction libre; en version originale: « *Geen ontbinding kan worden gegrond op een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis ten aanzien waarvan de schuldeiser zelf in verzuim is* ».

disposition que le créancier n'est, en principe,¹⁸⁰ pas libéré de l'exécution de sa propre prestation.¹⁸¹

28. *Conséquences de la schuldeisersverzuim (suite): application de la théorie de l'enrichissement sans cause.* Si le débiteur n'a pas à souffrir de la *schuldeisersverzuim*, il faut également éviter qu'il puisse en tirer profit. A cet égard, il est enseigné en droit néerlandais que le débiteur pourrait être contraint de verser au créancier tout ou partie de l'avantage qu'il retirerait de la *schuldeisersverzuim*.¹⁸² Cette règle est directement inspirée de l'article 6:78 du NBW qui, dans son premier alinéa, dispose que « si l'inexécution n'est pas imputable au débiteur,¹⁸³ mais que ce dernier en retire un avantage dont il n'aurait pas bénéficié en cas d'exécution correcte, il doit en application des règles relatives à l'enrichissement sans cause réparer le préjudice subi par le créancier jusqu'à concurrence de cet avantage ». ¹⁸⁴ Les circonstances de l'espèce ainsi que le principe général de bonne foi (*redelijkheid en billijkheid*) serviront de balise pour déterminer si le débiteur est effectivement tenu de payer cette indemnisation ainsi que pour fixer le montant de celle-ci.¹⁸⁵

180 Voy. toutefois l'art. 6:266, 2, du NBW: « *Wordt echter tijdens het verzuim van de schuldeiser behoorlijke nakoming geheel of gedeeltelijk onmogelijk, dan kan de overeenkomst ontbonden worden, indien door schuld van de schuldenaar of zijn ondergeschikte is tekortgeschoten in de zorg die in de gegeven omstandigheden van hem mocht worden gevergd* ».

181 C.A. STREEFKERK, *Schuldeisersverzuim*, p 38, n° 21.1; G.T. DE JONG, H.B. KRANS et M.H. WISSINK, *Verbintenissenrecht algemeen*, p 145, n° 162; A.L.M. KEIRSE, *GS Verbintenissenrecht, afdeling 6:8 BW*, n° 4.3; C.H. SIEBURGH, *Asser 6-I*, n° 305 et 306.

182 Voy. HR 30 septembre 2016, ECLI:NL:HR:2016:2227, NJ 2017/72 (*Van Dijk/Van Lenningh*), considérant n° 5.3.4, avec note T.F.E. TJONG TJIN TAI: « *Indien de schuldenaar door het uitblijven van betaling als gevolg van het schuldeisersverzuim een voordeel geniet, bijvoorbeeld doordat hij over het bedrag van de verschuldigde geldsom rente ontvangt zolang hij het bedrag niet aan de schuldeiser heeft kunnen voldoen, kan onder omstandigheden uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien dat hij dit voordeel geheel of ten dele aan de schuldeiser verschuldigd is. De stelplicht en bewijslast van het bestaan en de omvang van het voordeel rusten op de schuldeiser. De schuldenaar zal echter aanknopingspunten moeten verschaffen om de schuldeiser in staat te stellen aan zijn stelplicht en bewijslast te voldoen, met name door feiten en omstandigheden aan te voeren waaruit volgt dat hij geen voordeel geniet door het uitblijven van betaling* ». Voy. ég. J. HIJMA, note sous HR 22 octobre 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO9494, NJ 2006/597 (*Endlich/Bouwmachine*), n° 11: « *Dit art. 6:78, dat ongerechtvaardigde verrijking tegengaat, is ook van toepassing in geval van (overmacht door) schuldeisersverzuim* ».

183 On rappellera que la *schuldeisersverzuim* constitue une force majeure dans le chef du débiteur (*cf. supra* n° 27).

184 Traduction libre; voy. art. 6:78, 1, du NBW: « *Indien een tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend, maar hij in verband met die tekortkoming een voordeel geniet dat hij bij behoorlijke nakoming niet zou hebben gehad, heeft de schuldeiser met toepassing van de regels betreffende ongerechtvaardigde verrijking recht op vergoeding van zijn schade tot ten hoogste het bedrag van dit voordeel* ». L'alinéa 2 énonce pour sa part ce qui suit: « *Bestaat dit voordeel uit een vordering op een derde, dan kan de schuldenaar aan het vorige lid voldoen door overdracht van die vordering* ».

185 Voy. T.F.E. TJONG TJIN TAI, note sous HR 30 septembre 2016, <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2016:2227>, NJ 2017(72) (précité): « *Darnaast overweegt de*

L'obligation d'indemnisation sur pied de l'article 6:78 est soumise aux deux conditions suivantes.¹⁸⁶

En premier lieu, il faut que le débiteur tire *un avantage* (*voordeel*) de la demeure du créancier. Celui-ci peut consister, d'une part, en une économie de coûts. Par exemple, le propriétaire d'une chambre d'hôtes épargnera, en cas d'absence d'un client pour cause de maladie, divers frais tels que ceux liés au nettoyage ou à la préparation du petit-déjeuner. L'avantage peut, d'autre part, provenir d'un gain réalisé. Ainsi, le comédien dont la représentation a été annulée en raison d'un fait imputable au créancier peut se produire ailleurs et être rémunéré pour sa prestation; en ce cas, il percevrait deux fois le prix, puisque, par hypothèse, en cas de *schuldeisersverzuim*, le créancier reste quant à lui tenu d'exécuter la contreprestation.¹⁸⁷ Il en va de même pour l'établissement hôtelier qui parviendrait à relouer à un tiers la chambre qui devait initialement être occupée par un client ayant annulé sa réservation en raison de problèmes de santé.

En deuxième lieu, il est requis que le créancier subisse un dommage consécutif à la *schuldeisersverzuim*. Tel est le cas lorsque l'empêchement est définitif: par exemple, le préjudice pourrait résulter du fait qu'une personne doive payer le prix d'une prestation dont il ne peut pourtant bénéficier parce qu'il est malade. L'existence d'un préjudice dans le chef du créancier nous paraît moins évidente en cas d'impossibilité temporaire, à tout le moins lorsque celle-ci est due à un défaut de collaboration (par exemple, l'acquéreur tarde à prendre livraison du cheval vendu).¹⁸⁸

L'indemnisation à charge du débiteur, sur pied de l'article 6:78, sera déduite, par voie de compensation, de la contreprestation dont le créancier doit s'acquitter.

4.1.2. *La schuldeisersovermacht et l'onmogelijkheid van rechtsuitoefening en droit néerlandais*

29. *Schuldeisersovermacht: notion.* La *schuldeisersovermacht*, ou « force majeure du créancier », est, en quelque sorte, le miroir de la *schuldeisersverzuim*. Elle vise

Hoge Raad dat de schuldenaar in een dergelijk geval verplicht kan zijn een eventueel door het schuldeisersverzuim genoten voordeel af te dragen [...]. Of dit daadwerkelijk zo is hangt opnieuw af van de omstandigheden van het geval en de eisen van redelijkheid en billijkheid » (nous soulignons).

186 Voy. not sur l'article 6:78 et sur son application en matière de *schuldeisersverzuim*: B.J. BROEKEMA-ENGELN, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:78 BW, 2019, n° 2.2.2; G.T. DE JONG, *Niet-nakoming van verbintenissen – Mon. BW nr. B33* (Deventer: Wolters Kluwer, 3^e éd. 2017), n° 35.1; C.A. STREEFKERK, *Schuldeisersverzuim*, p 27, n° 14; C.H. SIEBURGH, *Asser* 6-I, n° 307 et 374.

187 Cf. *supra* n° 27.

188 C.A. STREEFKERK, *Schuldeisersverzuim*, p 28, n° 14: « *Opmerking verdient dat in al deze gevallen de verplichting tot schadevergoeding slechts bestaat voor zover de schuldeiser schade lijdt ten gevolge van zijn verzuim. Dit is wel het geval als de verschuldigde prestatie definitief uitblijft, maar niet altijd indien het crediteursverzuim de nakoming slechts tijdelijk belemmert* ».

l'hypothèse où le débiteur ne peut exécuter son obligation en raison d'un obstacle qui survient du côté de son cocontractant – créancier, *mais qui n'est pas imputable à ce dernier*.¹⁸⁹ En d'autres termes, il est requis que l'empêchement ne soit ni dû à une faute du créancier, ni constitutif d'un risque que celui-ci doit assumer.¹⁹⁰ C'est donc le critère de l'imputabilité, dans le sens qui lui est donné en droit néerlandais,¹⁹¹ qui permet de faire le départ entre la *schuldeisersverzuim* et la *schuldeisersovermacht*. Ainsi, il convient d'examiner si les circonstances invoquées relèvent de la « sphère d'influence »¹⁹² du créancier, ce qui, en définitive, revient à se demander s'il est équitable que ce dernier supporte le risque.¹⁹³

30. *Schuldeisersovermacht: cas d'application.* Les applications de la *schuldeisersovermacht* semblent relativement rares. C'est d'ailleurs sans doute pour cette raison que le législateur n'a pas estimé utile d'adopter une réglementation spécifique en la matière.¹⁹⁴ On peut néanmoins songer au créancier qui, en raison d'une tempête violente et soudaine, est empêché de se rendre – en temps voulu – au lieu d'exécution de la prestation afin de prendre livraison de celle-ci.¹⁹⁵

189 C.A. STREEFKERK, *Schuldeisersverzuim*, p 19, n° 10. 5: « *We spreken nu van crediteursovermacht indien de prestatie van de schuldenaar door een beletsel van de kant van de schuldeiser verhinderd wordt, maar zulks niet aan de schuldeiser toegerekend kan worden* »; C.H. SIEBURGH, *Asser* 6-I, n° 297.

190 Comp. avec l'article 5.211 du Code civil qui pose le principe de la demeure du créancier en droit belge: « Lorsque le créancier, à l'échéance et *sans motif légitime*, s'abstient de recevoir la prestation qui lui est due ou l'empêche par son fait, le débiteur peut le mettre en demeure d'en accepter ou d'en permettre l'exécution » (nous soulignons). Selon les travaux préparatoires, « le fait du créancier qui est à l'origine de l'obstruction ne doit pas nécessairement consister en une faute. Le débiteur ne peut toutefois mettre en demeure le créancier lorsque son abstention ou son empêchement repose sur un motif légitime (par ex., le créancier apprend que le bien à remettre a été volé ou que la provenance de l'argent, que le débiteur veut lui remettre, viole la loi du 11 janvier 1993 'anti-blanchiment') » (voy. Proposition de Livre 5, n° 55-1806/1, pp 252-253). Voy. ég. l'article 1345 du Code civil français.

191 Voy. *supra*, n° 26.

192 A.L.M. KEIRSE, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:58 BW, n° 7: « *Vereist is derhalve dat de omstandigheden zich buiten de invloedssfeer van de schuldeiser afspelen en dat hij daarop ook geen invloed heeft kunnen uitoefenen* ».

193 G.T. DE JONG, H.B. KRANS et M.H. WISSINK, *Verbintenissenrecht algemeen*, p 142, n° 159: « *Bij een aan de zijde van de schuldeiser opgekomen oorzaak van belemmering gaat het om de vraag of het billijk is, dat de schuldeiser het risico daarvan draagt* ». Voy. ég. P. ABAS, *RM Themis* 1975, p (132) at 140-141, n° 9; F.A.M. CAVADINO, *NJB* 1949, p (841) at 842: « *Het hele leerstuk van de onmogelijkheid van rechtsuitoefening is niet anders dan een leerstuk van (billijke) risicoverdeling [...]* ».

194 C.J. VAN ZEBEN, J.W. DUPON et M.M. OLTROF, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, pp 222-223.

195 Voy G.T. DE JONG, H.B. KRANS et M.H. WISSINK, *Verbintenissenrecht algemeen*, p 142, n° 159. Voy. ég. C.A. STREEFKERK, *Schuldeisersverzuim*, p 19, n° 10.5 qui donne l'exemple de l'acquéreur d'une maison qui, se rendant chez le notaire, est arrêté par erreur, ce qui l'empêche de signer l'acte authentique de vente au moment convenu.

Une décision du tribunal d'Arnhem du 4 mai 2005, rendue dans le cadre de la crise de grippe aviaire, constitue également une illustration intéressante. En l'espèce, l'éleveur de volailles Span-Heidstra devait livrer des œufs à Lagerwey, l'une des plus grandes écloséries du pays. L'exécution de cette obligation fut toutefois entravée par un obstacle provenant du côté du créancier, Lagerwey, lequel n'était pas en mesure de prendre livraison de ces œufs en raison d'un fait du Prince. En effet, pour lutter contre l'épidémie, le gouvernement avait défini des zones depuis et vers lesquelles tout transport d'œufs était prohibé. Lagerwey, qui se trouvait dans l'un de ces territoires confinés (« *zogenaamde ingesloten gebieden* »), n'était dès lors pas autorisé à introduire des œufs dans son exploitation. Le tribunal a ainsi considéré que l'empêchement en question provenait d'un « ordre soudain et imprévisible » de l'autorité et qu'il n'était pas imputable au créancier, notamment dans la mesure où aucune preuve de l'existence de grippe aviaire n'avait été constatée dans l'éclosérie de ce dernier.¹⁹⁶

Certains auteurs ont, par ailleurs, montré que la crise sanitaire liée à la pandémie de Covid-19 pouvait donner lieu à des situations de *schuldeisersovermacht*. Ils donnent l'exemple d'une entreprise qui, contrainte de fermer – provisoirement – ses portes en raison des mesures sanitaires, ne peut plus permettre au débiteur, chargé de nettoyer ses locaux, d'exécuter sa prestation.¹⁹⁷

31. *Schuldeisersovermacht et impossibilité d'exécution*. Les cas exposés ci-dessus, qui constituent, en droit néerlandais, des applications possibles de la *schuldeisersovermacht*, seraient sans doute, en droit belge, abordés sous l'angle de la force majeure classique, en particulier si l'on admet que l'impossibilité d'exécution doit être appréciée en tenant compte du créancier *in concreto*.¹⁹⁸

En réalité, on peut se demander dans quelle mesure la *schuldeisersovermacht* se distingue véritablement de la force majeure ordinaire, définie comme

196 Voy. Trib. Arnhem, 4 mai 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AT6050, <https://uitspraken.rechtspraak.nl/>: « *De rechtbank oordeelt dat het niet kunnen aannemen van de aangeboden prestatie ten gevolge van het wettelijke verbod niet aan Lagerwey kan worden toegerekend. Het beletsel is niet te wijten aan de schuld van Lagerwey en komt niet krachtens wettelijk voorschrift, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van Lagerwey (vgl. art. 6:75 BW). Een plotseling en onvoorzienbaar gebod ter bestrijding van de vogelpest om de bedrijfsvoering geheel stil te leggen en de aanwezige eieren en kuikens te vernietigen en een verbod om eieren en kuikens naar het bedrijf aan en af te voeren, komt krachtens de verkeersopvattingen niet voor rekening van de schuldeiser die daardoor geen eieren kan afnemen, met name niet als in het bedrijf van de schuldeiser geen vogelpest is geconstateerd* ». Comp. avec Trib. Zutphen 19 octobre 2005, ECLI:NL:RBZUT:2005:AU5519, <https://uitspraken.rechtspraak.nl/> qui, dans le contexte de la crise de grippe aviaire, n'a pas admis la *schuldeisersovermacht* dans la mesure où aucune des deux parties contractantes ne se trouvait dans une zone confinée.

197 M. RUYGVOORN, « Kan ik van mijn overeenkomst af met een beroep op de coronacrisis? », *NJB (Nederlands juristenblad)* 2020(882), p (970) at 973-974. Voy. ég. H. SCHELHAAS et J. SPANJAARD, « Contract en coronacrisis », *NJB* 2020(881), p (956) at 968.

198 Voy. *supra* n° 17 et s.

l'impossibilité d'exécution non imputable au débiteur. L'article 6:58 (dont découle la notion de *schuldeisersovermacht*) peut, en effet, semer la confusion dans la mesure où ses termes font apparaître que l'exécution de l'obligation (du débiteur) est *empêchée* (« *verhinderd* »). On pourrait considérer que la différence entre les deux notions est une question de perspective. En cas de *schuldeisersovermacht*, l'obstacle se situe principalement du côté du créancier en ce sens qu'il empêche ce dernier de *recevoir* la prestation. Ce n'est que par répercussion que l'exécution de l'obligation du débiteur se trouve empêchée. La force majeure classique, quant à elle, frapperait avant tout l'obligation du débiteur. Il n'en demeure pas moins que la ligne de démarcation paraît parfois très fine. Ainsi, prenons le cas d'un créancier qui ne peut se rendre à l'hôtel qu'il a réservé en raison des mesures de confinement qui restreignent, voire interdisent les déplacements. L'impossibilité d'exécution est-elle caractérisée dans le chef du débiteur, ou faut-il plutôt considérer que l'obstacle provient du côté du créancier ? En droit néerlandais, la réponse à cette question semble dépendre de la manière dont on définit l'obligation du débiteur.¹⁹⁹

32. *Schuldeisersovermacht, une notion proche du concept d'onmogelijkheid van rechtsuitoefening.* La *schuldeisersovermacht* semble souvent associée, en doctrine, à la notion d'*onmogelijkheid van rechtsuitoefening* (« l'impossibilité d'exercer un droit »), à laquelle Cavadino a consacré en 1919 sa thèse de doctorat.²⁰⁰ Il importe néanmoins de préciser que le sens attribué aujourd'hui à ce concept ne correspond pas toujours à celui qui lui a été donné par l'auteur précité.²⁰¹

À l'heure actuelle, il semblerait que l'*onmogelijkheid van rechtsuitoefening* (au sens strict)²⁰² vise les situations dans lesquelles la prestation du débiteur peut être exécutée²⁰³ mais a néanmoins perdu toute utilité pour le créancier dans la

199 C.H. SIEBURGH, *Asser* 6-I, n° 397: « *Levert de door de overheid getroffen regeling overmacht op voor de schuldenaar, of is zij 'crediteursovermacht'? Of het een of het ander het geval is, hangt samen met de wijze waarop men de verbintenis van de schuldenaar omschrijft* ».

200 F.A.M. CAVADINO, *Onmogelijkheid van rechtsuitoefening*.

201 L'on notera que la terminologie utilisée par Cavadino prête à confusion. L'auteur semble, en effet, utiliser comme synonymes les termes de « force majeure » (dans le chef du créancier) et « d'impossibilité d'exercer un droit ». Il défend, en substance, la thèse suivante: « *Onze stelling [...] Dat elk crediteur die door overmacht, d.i. door een hem niet persoonlijk betreffende toevallige verhindering, het recht, dat hem uit zijn wederkeurig contract toekomt, niet kan uitoefenen, ook zijnerzijds zijn tegenprestatie niet verschuldigd blijft* » (F.A.M. CAVADINO, *Onmogelijkheid van rechtsuitoefening*, p 103; nous soulignons). Ainsi, Cavadino semble assimiler à la force majeure le fait, pour un créancier, de ne pouvoir exercer son droit en raison d'un empêchement fortuit qui ne le concerne pas personnellement. En réalité, la définition de la force majeure que nous livre ici Cavadino se rapproche davantage de la notion de *schuldeisersovermacht* que nous avons exposée *supra*, n° 29.

202 A distinguer de la notion d'*onmogelijkheid van rechtsuitoefening* – plus large – développée par Cavadino, qui engloberait des situations relevant de la *schuldeisersovermacht*, cette dernière visant l'hypothèse où l'exécution de l'obligation du débiteur est *empêchée*.

203 En d'autres termes, elle n'est pas « empêchée » (« *verhinderd* »), à la différence de la *schuldeisersovermacht*. Voy. M.H. WISSINK, concl. du 30 septembre 2021 préc. H.R., 24 décembre 2021,

mesure où ce dernier ne peut plus en faire usage, en raison de circonstances qui ne lui sont pas imputables.²⁰⁴ En d'autres termes, « le créancier ne bénéficie pas de la prestation accomplie par le débiteur ».²⁰⁵ On pourrait penser au cas où le bailleur a mis le bien à la disposition du locataire mais où celui-ci ne peut jouir de la chose, par exemple parce qu'il a été contraint de quitter le territoire. En réalité, les cas d'application du concept d'*onmogelijkheid van rechtsuitoefening*, au sens défini ci-dessus, semblent particulièrement rares.²⁰⁶ Cela peut sans doute s'expliquer par le fait que l'empêchement sera souvent considéré comme imputable au créancier dès lors que, par hypothèse, il affecte uniquement le droit de ce dernier, et non la prestation du débiteur.²⁰⁷

Si la distinction entre la *schuldeisersovermacht* et l'*onmogelijkheid van rechtsuitoefening* est intéressante sur le plan théorique, force est de constater qu'elle n'est pas toujours aisée à opérer en pratique,²⁰⁸ à telle enseigne que l'on peut se

ECLI:NL:PHR:2021:902, n° 4.41.3: « *Naast het geval van schuldeisersovermacht wordt wel het geval van 'onmogelijkheid van rechtsuitoefening' onderscheiden, al is de afbakening tussen beide begrippen niet duidelijk.* Ik versta eronder dat de schuldeiser weliswaar niet verhinderd is om de prestatie in ontvangst te nemen, maar de prestatie door omstandigheden geen of veel minder waarde voor de schuldeiser heeft gekregen » (nous soulignons).

204 Voy. A.L.M. KEIRSE, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:58 BW, n° 8 et les références citées; C.H. SIEBURGH, *Asser 6-I*, n° 297; C.A. STREEFKERK, *Schuldeisersverzuim*, p 19, n° 10.5; H.C.F. SCHOORDIJK, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek* (Deventer: Wolters Kluwer 1979), pp 524-525: « *De problematiek van de onmogelijkheid van rechtsuitoefening en die van de crediteursovermacht wordt dikwijls onder één hoofd behandeld. Ik til hier niet zwaar aan, maar meen dat het uit oogpunt van systematiek beter is om beide leerstukken gescheiden te behandelen. Bij crediteursverzuim of crediteursovermacht gaat het om een crediteur, die al of niet toerekenbaar een prestatie niet aanvaardt. Het kan zijn dat hij de prestatie niet aanvaardt, omdat deze voor hem geen waarde heeft. Wij zijn dan beland bij het leerstuk van de onmogelijkheid van rechtsuitoefening. Hier gaat het er om, of een crediteur voor wie een prestatie geen waarde heeft, het contract altijd moet naleven* ». Voy. ég. M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, p 227, note 133.

205 E.J. NUMANN, « Het AKU-arrest en het crediteursverzuim », *AA (Ars Aequi)* 1975, pp (633) at 633 et 641 qui définit l'impossibilité d'exercer un droit (au sens strict) comme suit: « *de crediteur heeft geen profijt van de door de debiteur verrichte prestatie* ».

206 Lorsqu'ils abordent la notion d'*onmogelijkheid van rechtsuitoefening*, les auteurs font généralement référence à l'arrêt suivant: HR, 17 juin 1949, *NJ* 1949, p 544 (*AKU/Stalen steiger*). En l'espèce, à la suite de la bataille d'Arnhem en septembre 1944, un locataire avait été contraint (comme tout le reste de la population) de quitter temporairement la ville, de sorte qu'il n'a pas pu, durant cette période, jouir de l'échafaudage qu'il avait loué. L'on notera toutefois que la Haute juridiction a décidé, en l'espèce, que l'empêchement était personnel au locataire. Il n'est dès lors pas réellement question d'une *onmogelijkheid van rechtsuitoefening* puisque l'exigence de « non-imputabilité » fait défaut. Voy. ég. pour un commentaire de cet arrêt: F.A.M. CAVADINO, *NJB* 1949, p (841) à 844.

207 Voy. C.H. SIEBURGH, *Asser 6-I*, n° 297.

208 En effet, il existe des situations dans lesquelles l'empêchement à l'exécution de l'obligation du débiteur, en raison d'un obstacle ou d'un défaut de collaboration qui survient du côté du cocontractant, est plutôt la conséquence du fait que la prestation est devenue inutile pour le créancier

demander s'il est opportun de la retenir.²⁰⁹ Un aperçu des effets attachés à chacun de ces concepts permettra de répondre à cette interrogation et d'apprécier s'il existe une figure juridique plus adaptée pour appréhender les situations en cause.

33. *Effets*. Il importe, tout d'abord, de relever que le législateur ne consacre aucune règle en ce qui concerne les effets de la *schuldeisersovermacht*. Les conséquences de celle-ci devront, dès lors, être déterminées au cas par cas, à la lumière du principe de bonne foi (*redelijkheid en billijkheid*) visé aux articles 6:2, 6:248 et 6:258.²¹⁰ A cet égard, la doctrine²¹¹ semble admettre que le créancier sera, *en principe*, libéré de l'exécution de la contreprestation.²¹² Toutefois, dans la mesure où les solutions de « tout ou rien »²¹³ paraissent souvent inévitables, il convient, le cas échéant, d'assortir la dissolution du contrat d'une obligation, dans le chef du créancier, d'indemnisation de certains frais exposés par le débiteur.²¹⁴ Les modalités de sortie voire, plus largement, l'adaptation de la relation contractuelle pourraient, en particulier, être fondées sur l'article 6:258 du NBW²¹⁵ qui constitue le siège de la théorie de l'imprévision en droit néerlandais.

(C.A. STREEFKERK, *Schuldeisersverzuim*, p 19, n° 10.5 et H.C.F. SCHOORDIJK, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, pp 524 et 525).

209 E.J. NUMANN, *AA* 1975, p 645.

210 C.J. VAN ZEBEN, J.W. DUPON et M.M. OLTHOF, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, pp 222 et 223; W.L. VALK, « Commentaar op art. 6:58 BW » in *T&C BW*, n° 3. Comp. avec W.C.L. VAN DER GRINTEN, « Het ontwerp voor het zesde boek van het nieuwe burgerlijk wetboek », *WPNR* 1962 (4741), pp (449) at 450 et 451.

211 C.A. STREEFKERK, *Schuldeisersverzuim*, n° 10.4; C.H. SIEBURGH, *Asser* 6-I, n° 307; A.L.M. KEIRSE, *GS Verbintenissenrecht, art. 6:58 BW*, n° 7; G.T. DE JONG, H.B. KRANS et M.H. WISSINK, *Verbintenissenrecht algemeen*, p. 142, n° 159.

212 A l'inverse de la *schuldeisersverzuim* où, comme on l'a vu, le créancier n'est pas libéré de la contreprestation (voy. *supra* n° 27).

213 Par exemple, la libération pure et simple du créancier ou, à l'inverse, le maintien de la contreprestation sans aménagement (voy. P. ABAS, *RM Themis* 1975, pp (132) at 140-141 et p 151).

214 C.A. STREEFKERK, *Schuldeisersverzuim*, n° 18.1; W.C.L. VAN DER GRINTEN, *WPNR* 1962, pp (449) at 450 et 451, n° 4; F.A.M. CAVADINO, *Onmogelijkheid van rechtsuiteoefening*, pp 177 à 181 et pp 187 et s.

215 « 1. De rechter kan op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Aan de wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend.

2. Een wijziging of ontbinding wordt niet uitgesproken, voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept [...] ». Sur cette disposition, voy. ég. *infra* n° 39.

Par ailleurs, il est intéressant de relever que l'article 6:258 du NBW est également mobilisé pour déterminer les conséquences d'une situation d'*onmogelijkheid van rechtsuitoefening* (au sens strict).²¹⁶

Dans la ligne de ce qui précède, on peut se demander si la distinction entre les notions de *schuldeisersovermacht* et d'*onmogelijkheid van rechtsuitoefening* revêt encore un intérêt en droit positif néerlandais. A cet égard, Streefkerk propose d'examiner les situations relevant de ces deux figures par le truchement de la théorie de l'imprévision.²¹⁷ Cette dernière constitue en effet un fondement juridique uniforme permettant néanmoins d'apporter une réponse adaptée aux circonstances imprévues, selon ce que la bonne foi impose dans chaque cas d'espèce.^{218,219}

4.1.3. Synthèse des principaux enseignements tirés de l'analyse du droit néerlandais

34. *Synthèse des principaux enseignements tirés de l'analyse du droit néerlandais.* De notre analyse du droit néerlandais, nous retiendrons principalement les deux enseignements suivants: la problématique de l'impossibilité d'exercer un droit peut se résumer à une question de répartition des risques entre les parties contractantes (premier enseignement), de sorte que certains auteurs ont proposé de recourir à la théorie de l'imprévision pour appréhender certaines des situations en cause (deuxième enseignement). Nous résumons, ci-dessous, notre propos.

-
- 216 A.L.M. KEIRSE, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:58 BW, n° 8: « Voor de bepaling van de rechtsgevolgen van onmogelijkheid van rechtsuitoefening in engere zin kan art. 6:258 gehanteerd worden »; C. H. SIEBURGH, *Asser* 6-I, n° 297. Voy. ég. H.C.F. SCHOORDIJK, « boekbespreking », *WPNR* 1984 (5707), p (484) at 486.
- 217 C.A. STREEFKERK, *Schuldeisersverzuim*, n° 10.5: « Zelf voel ik er het meeste voor om de figuur van crediteursovermacht samen met de onmogelijkheid van rechtsuitoefening te beoordelen aan de hand van artikel 6:258 BW [...] Zo het onderscheid dus al gemaakt kan worden, dan levert het geen verschil in rechtsgevolg op: het zijn slechts verschillende typen binnen de algemene categorie 'onvoorziene omstandigheden' ». Voy. ég. C.H. SIEBURGH, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht* (Deventer: Wolters Kluwer 2018), n° 452 (ci-après: C.H. SIEBURGH, *Asser* 6-III).
- 218 Voy.et comp. avec P. ABAS, *RM Themis* 1975, pp (132) at 143, n° 10, 147, n° 13 et 151-152, n° 18 qui propose de raisonner à partir du principe d'exécution de bonne foi dans la mesure où il s'agit du véhicule juridique le plus approprié pour aboutir à une répartition équitable des risques, c'est-à-dire déterminer si les circonstances constitutives d'une impossibilité d'exercer un droit doivent être supportées ou non par le créancier. Sur la théorie de l'imprévision (en général) en droit néerlandais, cons. C.H. SIEBURGH, *Asser* 6-III, n° 436 et s.; P.S. BAKKER, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:258 BW (Deventer: Kluwer 2020), spéc. n° 10.1; W.L. VALK, « Commentaar op art. 6:258 BW » in *T&C BW*. Sur l'application de celle-ci aux hypothèses d'impossibilité d'exercer un droit, voy. également *infra* n° 39.
- 219 Voy. H.R., 24 décembre 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974 qui fait application de la théorie de l'imprévision dans une espèce où le preneur, dans un bail commercial, ne pouvait plus exploiter le bien loué en raison des mesures édictées par les autorités publiques afin d'endiguer la pandémie de Covid-19: voy. H.R., 24 décembre 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974.

Tout d'abord, une pluralité de concepts sont susceptibles d'être mobilisés dans le cadre de la problématique de l'impossibilité d'exercer un droit. On épinglera, en particulier, le *distinguo* entre la *schuldeisersverzuim* et la *schuldeisersovermacht*. A cet égard, il est intéressant de relever que l'un et l'autre supposent l'existence d'un obstacle qui empêche le paiement de l'obligation du débiteur (cf. art. 6:58 du NBW: *nakoming van de verbintenis wordt verhinderd*). C'est en réalité le critère de l'« imputabilité » (*toerekening*) ou, pour l'exprimer autrement, celui de la « sphères de risques » qui permet de faire le départ entre les deux notions.²²⁰ Cela rejoint le constat selon lequel la condition d'impossibilité d'exécution (dans les droits belge et français) est insuffisante pour déterminer dans quelles circonstances le créancier empêché d'exercer son droit peut invoquer la force majeure.²²¹ En effet, si l'on tient compte du créancier *in concreto*, on peut (plus) facilement considérer que le débiteur ne peut exécuter sa prestation à l'égard de ce dernier. Le droit néerlandais nous invite dès lors à examiner, en outre, si la cause de l'empêchement est imputable ou non au créancier. Ainsi, par exemple, le client devra supporter le risque de maladie qui l'empêche de se rendre à l'hôtel parce que cet empêchement relève normalement de sa sphère de risques (il s'agit d'un cas de *schuldeisersverzuim*). En revanche, s'il ne peut profiter de la prestation promise en raison des règles sanitaires, d'application générale, édictées par les autorités, on admettra la *schuldeisersovermacht* dans la mesure où l'obstacle en question ne relève pas de sa sphère de risques. La figure de l'*onmogelijkheid van rechtsuitoefening* (où, pour rappel, l'obligation ne devient pas impossible à exécuter par le débiteur mais perd néanmoins tout intérêt pour le créancier) peut enfin être rapprochée de la *schuldeisersovermacht*, pour autant que la condition de non-imputabilité soit remplie, en ce sens que l'on considère que le risque en question ne doit pas être supporté par le créancier.

Ensuite, il apparaît que, dans cette logique de répartition des risques, le principe de bonne foi (*redelijkheid en billijkheid*) joue un rôle prépondérant, non seulement en ce qui concerne l'examen de la condition « d'imputabilité », mais aussi quant à la détermination des conséquences à attacher à l'impossibilité d'exercer un droit dans un cas d'espèce. Il convient, en effet, de trouver la solution la plus équitable pour toutes les parties contractantes, qui se situe souvent à mi-chemin entre la libération pure et simple du créancier ou le maintien – sans aménagement – de la relation contractuelle. Dans ce contexte, certains auteurs ont proposé de recourir à la théorie de l'imprévision (art. 6:258 du NBW) pour appréhender les cas susceptibles de relever également de la *schuldeisersovermacht*, voire de l'*onmogelijkheid van rechtsuitoefening*.²²²

220 Cf. *supra* n° 26 et 29.

221 Cf. *supra* n° 21.

222 Voy. *supra* n° 33.

4.2. *Quelle place, en droit belge, pour les enseignements tirés de l'analyse du droit néerlandais ?*

35. *Annonce du plan.* Il convient de rechercher si les deux principaux enseignements tirés de l'analyse du droit néerlandais peuvent être transposés en droit belge. Ainsi, nous examinerons, tout d'abord, si la théorie de l'imprévision constitue, en droit belge, un fondement juridique pertinent pour saisir la problématique de l'impossibilité d'exercer un droit et pointerons les éventuelles limites à l'application de ce mécanisme (4.2.1). Nous montrerons, ensuite, que la figure de la force majeure, dans le système juridique belge, n'est pas hermétique à une approche en termes de « sphère de risques » (4.2.2). En guise de conclusion, nous suggérerons quelques balises afin d'établir dans quelle mesure la notion de force majeure peut venir au secours du créancier qui est privé de la prestation attendue de son débiteur (4.2.3).

4.2.1. *L'imprévision: un fondement juridique pertinent ?*

36. *Remarque méthodologique.* Nous n'avons pas pour ambition d'examiner de manière exhaustive le régime de l'imprévision, théorie que l'on retrouve parfois sous le nom de « changement de circonstances ». Nous nous bornerons à mettre en exergue les éléments qui nous paraissent pertinents pour la problématique de l'impossibilité d'exercer un droit. Par ailleurs, notre analyse portera essentiellement sur la réception de ladite théorie en droit belge. Nous ferons néanmoins ponctuellement référence aux instruments internationaux (not. PECL, DCFR, Principes d'UNIDROIT) ainsi qu'au droit français, en particulier l'article 1195 du Code civil français, issu de la réforme de 2016,²²³ qui a introduit la révision et la résolution pour imprévision en droit commun des contrats.

37. *Aperçu des limites à l'application de la théorie de l'imprévision.* Jusqu'il y a peu, la théorie de l'imprévision n'était pas reçue – de manière générale – en droit belge, en raison de sa contrariété avec le principe de la convention-loi (art. 1134, al. 1^{er}, de l'ancien Code civil). Elle a essuyé, à diverses reprises, un rejet par la Cour de cassation,²²⁴ ce qui explique que la doctrine et la jurisprudence ont eu

223 Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* 21 avril 2018; Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* 11 février 2016. Voy., <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

224 Cass. (1^{re} ch.), 7 février 1994, *Pas.* 1994, I, p 150; Cass. (1^{re} ch.), 14 avril 1994, *Pas.* 1994, I, p 365; Cass. (1^{re} ch.), 20 avril 2006, *Pas.* 2006, p 884: « [q]ue la convention légalement formée tient lieu de loi aux parties; qu'elle ne peut être révoquée que de leur accord ou pour les causes que la loi autorise; qu'elle doit être exécutée de bonne foi et sans abus de droit par les parties; qu'il s'ensuit que le juge ne peut modifier le contenu d'une convention pour des raisons d'équité ». Comp. toutefois avec Cass. (1^{re} ch.), 19 juin 2009, *Pas.* 2009, p 1590; Cass. (1^{re} ch.), 12 avril 2013, *Pas.* 2013, p 863: la Cour de cassation a 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 (CVIM).

recours à des « succédanés de l'imprévision »²²⁵ (tels qu'une conception extensive de la force majeure²²⁶ ou la théorie de l'abus de droit²²⁷) pour pallier l'absence de prise en compte des situations de bouleversement de l'économie contractuelle.

La théorie de l'imprévision a toutefois été consacrée en droit belge à la faveur de la réforme du droit des obligations.²²⁸

L'article 5.74 du Code civil, intitulé « changement de circonstances »,²²⁹ est rédigé comme suit:

« Chaque partie doit exécuter ses obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué.

Toutefois, le débiteur peut demander au créancier de renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque les conditions suivantes sont réunies:

1° un changement de circonstances rend excessivement onéreuse l'exécution du contrat de sorte qu'on ne puisse raisonnablement l'exiger;

2° ce changement était imprévisible lors de la conclusion du contrat;

3° ce changement n'est pas imputable au sens de l'article 5.225 au débiteur;

4° le débiteur n'a pas assumé ce risque; et

5° la loi ou le contrat n'exclut pas cette possibilité.

Les parties continuent à exécuter leurs obligations pendant la durée des renégociations.

En cas de refus ou d'échec des renégociations dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande de l'une ou l'autre des parties, adapter le contrat afin de le mettre en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement

225 Nous empruntons l'expression de pp. Wéry (voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, pp 599 et s.). Sur ces mécanismes « alternatifs » qui permettent de pallier l'absence de reconnaissance de la théorie de l'imprévision, voy. ég. J.-F. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, in *La force majeure*, pp (7) at 67 à 75; S. GOLDMAN et S. LAGASSE, « Comment appréhender le déséquilibre contractuel en droit commun », in R. JAFFERALI (ed.), *Le droit commun des contrats. Questions choisies* (Bruxelles: Bruylant 2016), pp (71) at 117 à 121; G. DÉMARÉ, *Onvoorzien omstandigheden* (Brugge: Die Keure 2019), pp 57 à 86.

226 Voy. not. Gand, 2 avril 2012, *NJW* 2013, p. 32, note C. LEBON. Voy. ég. M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in contractenrecht*, spéc. p. 401, n° 395: l'auteur estime qu'il n'est pas nécessaire d'admettre la théorie de l'imprévision en droit positif dans la mesure où le concept de force majeure permettrait de remédier aux situations de « bouleversement de l'économie contractuelle ».

227 Cass. (1^{re} ch.), 14 octobre 2010, *DAOR* 2012, p 17 et note 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 », *DAOR* 2012, pp 5 et s. Voy. ég. Mons (21^e ch.), 30 mai 2013, *JLMB* 2014, p. 1072 et note D. PHILIPPE; Gand, 3 février 2014, *NJW* 2015, p 202 et note C. LEBON.

228 Voy. la loi du 28 avril 2022 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *MB* 1^{er} juillet 2022. Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023.

229 Pour un commentaire de cette disposition, voy. not. D. PHILIPPE, *L'introduction de l'imprévision en droit belge*, *Le droit civil en mouvement* (Bruxelles: Larcier 2018), pp 55 et s.; J. VAN ZUYLEN, in *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, pp (282) at 282 à 320, n° 1 à 31.

convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances, ou mettre fin au contrat en tout ou en partie à une date qui ne peut être antérieure au changement de circonstances et selon des modalités fixées par le juge. L'action est formée et instruite selon les formes du référé ».

On épinglera, tout particulièrement, les deux exigences suivantes, que l'on retrouve également en droit français²³⁰ : d'une part, le changement de circonstances rend l'exécution « excessivement onéreuse » et, d'autre part, il doit s'agir d'un risque non assumé par le débiteur. Ce dernier point est, selon certains auteurs,²³¹ au cœur du dispositif, à telle enseigne que l'imprévision pourrait se résumer à une question d'allocation des risques.

Le créancier empêché d'exercer son droit sera sans doute tenté de chercher son salut dans le mécanisme de l'imprévision pour remettre en cause le contrat dont l'exécution lui est devenue particulièrement défavorable. Ce fondement juridique ne constitue toutefois pas la panacée, notamment pour les deux raisons suivantes.

Tout d'abord, on relèvera que l'article 5.74 est supplétif « tant dans son principe que dans ses modalités d'application ».²³² Il faudra ainsi notamment vérifier que les parties contractantes n'aient pas supprimé ou modalisé le droit de solliciter l'application de ladite disposition.²³³

Ensuite, on peut se demander si l'exigence d'une exécution « excessivement onéreuse » est susceptible d'être remplie lorsque le créancier est empêché d'exercer son droit voire, plus largement, lorsqu'il n'a plus d'intérêt à l'exécution du contrat. La question n'est pas aussi simple qu'il y paraît. C'est ce que nous examinons ci-dessous.

38. *Imprévision et perte d'intérêt à l'exécution du contrat: arguments pro.* Divers arguments paraissent plaider en faveur d'une application mesurée du mécanisme de l'imprévision aux situations dans lesquelles le changement de circonstances a

230 L' article 1195, al. 1^{er}, du Code civil français dispose que « [s]i un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution *excessivement onéreuse* pour une partie qui n'avait *pas accepté d'en assumer le risque*, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation » (nous soulignons).

231 O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* (Paris: LexisNexis, 2^e éd. 2018), pp 452 et 453.

232 Proposition de Livre 5, n° 55-1806/1, p 85.

233 Voy. Proposition de Livre 5, n° 55-1806/1, p 85. Le caractère supplétif de l'article 5.74 pourrait toutefois trouver ses limites dans les textes qui sanctionnent les clauses abusives, ou encore dans la théorie de l'abus de droit.

privé l'exécution de la convention de tout son sens. On rappellera, à cet égard, que l'impossibilité d'exercer un droit peut être rattachée à la catégorie – plus englobante – de perte d'intérêt à l'exécution du contrat ou de disparition du but contractuel.²³⁴

Primo, force est de constater que l'hypothèse de la « perte du but contractuel » est couramment présentée comme un cas d'application de la théorie de l'imprévision.²³⁵

Secundo, ces cas pourraient être rattachés à l'une des manifestations du *hardship* expressément envisagées par l'article 5.74, en l'occurrence la diminution de la valeur de la contreprestation. En effet, lorsque l'exécution de la convention est devenue à ce point inutile que le résultat recherché par les parties ne peut plus être atteint, on peut estimer que le rapport coût/avantage est négatif dans le chef du créancier de la contrepartie, en ce sens que la valeur de ce que ce dernier reçoit a considérablement diminué tandis que la charge de sa prestation reste, quant à elle, inchangée. Les Principes d'UNIDROIT semblent s'inscrire dans cette optique et admettre au rang de *hardship* la disparition de la finalité du contrat: ils donnent, comme exemples, l'effet d'une interdiction de bâtir sur un terrain acquis en vue d'y ériger une construction, ou encore l'incidence d'un embargo à l'exportation sur des marchandises acquises en vue de leur exportation ultérieure.²³⁶

39. *Imprévision et perte d'intérêt à l'exécution du contrat: arguments contra.* Cependant, on ne peut passer sous silence les arguments qui pourraient fragiliser la thèse selon laquelle la théorie de l'imprévision, telle que consacrée à l'article 5.74 du Code civil belge ou à l'article 1195 du Code civil français, peut être appliquée dans l'hypothèse où le créancier n'a plus d'intérêt à l'exécution du contrat.

Tout d'abord, une partie de la doctrine semble estimer que la notion d'onérosité excessive est « strictement économique, voire monétaire »,²³⁷ à telle

234 Cf. *supra* n° 12.

235 Voy. M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in contractenrecht*, pp 95 à 103; G. DEMARÉ, *Onvoorzien omstandigheden* (Brugge: Die Keure 2019), pp 40–41, n° 44; D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, pp 638 et 657; D. PHILIPPE, « Bouleversement de l'économie contractuelle et contrats multipartites », in I. SAMOY et P. WÉRY (eds), *Meerpartijenovereenkomsten – Contrats multipartites* (Bruges: La charte-Die Keure 2013), p (93) at 95; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, p 111, n° 108.

236 Voy. Principes d'UNIDROIT (version 2016), commentaire n° 2 sous l'article 6.2.2, p 228. Le commentaire ajoute que « la diminution de la valeur de la contreprestation doit pouvoir être mesurée de façon objective » et précise à cet égard: « Pour ce qui est de la disparition de la finalité du contrat, elle ne peut être prise en considération que lorsque le but en question était connu ou aurait au moins dû l'être des deux parties » (Principes d'UNIDROIT, 2016, p 229).

237 P. ANCEL, v° *imprévision* in *Rép. civ.*, 2017, n° 77 (l'auteur s'exprime à propos de l'article 1195 du Code civil français qui retient également l'exigence d'une exécution « excessivement onéreuse » en

enseigne qu'elle ne couvre pas les cas dans lesquels l'exécution du contrat a perdu tout son sens. A cet égard, il est intéressant de relever que le Code civil des Pays-Bas n'a pas repris la formule d'une exécution « excessivement onéreuse » (« *uitermate bezwaarlijk* ») pour caractériser l'imprévision. Il apparaît, en effet, dans les travaux préparatoires que ce critère a été jugé inapproprié pour viser les différentes hypothèses d'imprévision, dont celle qui consiste en la perte d'intérêt à l'exécution du contrat lorsque le but contractuel ne peut plus être atteint. Le texte de l'article 6:258 du NBW a été adapté en conséquence, en ce sens qu'il a vocation à s'appliquer aux « circonstances imprévues d'une nature telle que l'autre partie, au regard des standards du raisonnable et de l'équité, ne peut pas s'attendre à ce que le contrat soit maintenu inchangé » (traduction libre).^{238,239}

Ensuite, à la lumière de certains travaux d'harmonisation du droit des contrats, en particulier les PECL²⁴⁰ et le DCFR,²⁴¹ il semblerait que la disparition du but contractuel ne relève pas des dispositions relatives à l'imprévision ou au « changement de circonstances » (voy. les articles 6:111 des PECL et III-1:110 du DCFR).²⁴² En revanche, la figure de la force majeure, i.e., l'exonération résultant

matière d'imprévision); voy. ég. en France: O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, p 448. Voy. et comp. en Belgique: D. PHILIPPE, in *Le droit civil en mouvement*, p (55) at 65 qui considère que la disparition de l'intérêt au contrat n'est pas visée par la notion de charge excessive; l'auteur regrette que le législateur n'ait pas privilégié l'expression – plus large – de « bouleversement de l'économie contractuelle », qui aurait couvert (incontestablement) des situations de ce type.

Addre: T. HICK, *REDP* 2022, p 389, n° 2 et n° 13 qui relève que la notion d'excessive onérosité doit être comprise en des termes absolus et non par référence à la valeur de la contreprestation, ce qui *de facto* rend peu probable l'application de la théorie de l'imprévision à l'hypothèse de la perte d'intérêt à l'exécution du contrat.

238 Voy. C.J. VAN ZEBEN, J.W. DUPON et M.M. OLTROF, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, p 969.

239 On observera d'ailleurs que si, aux Pays-Bas, l'hypothèse de la disparition du but contractuel relève en théorie de l'article 6:258 NBW (imprévision), les cas d'application sont peu nombreux. En effet, une partie contractante ne peut invoquer avec succès ce fondement si le changement de circonstances invoqué est explicitement ou implicitement mis à sa charge: « *Men zij er intussen op bedacht dat in de gevallen waarin het contractsdoel inderdaad is weggevallen, veelal toch geen ruimte voor toepassing van art. 6:258 BW zal bestaan, omdat de onvoorziene omstandigheden – al dan niet stilzwijgend – in de overeenkomst verdisconteerd zijn [...], of krachtens de aard van de overeenkomst voor rekening komen van degene die zich erop beroept [...]* » (nous soulignons); voy. P. S. BAKKER, *GS Verbintenissenrecht, art. 6:258 BW* n° 10.1 et n° 6.2 (on peut citer l'exemple d'un créancier qui a pris un « abonnement » pour réaliser 100 heures d'équitation mais qui, en raison d'un problème de santé, ne peut épuiser tout son forfait: c'est à lui à en supporter le risque).

240 *Principles of European Contract Law* 1998, <http://translex.uni-koeln.de>.

241 *Draft Common Frame of Reference* 2009, <http://translex.uni-koeln.de>.

242 M. ALMEIDA PRADO, « Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe », *RIDC (Revue internationale de droit comparé)* 2010(4), p (863) at 878-879, n° 16.

d'un empêchement, pourrait être appliquée dans une telle hypothèse (voy. les articles 8:108 des PECL et III-3:104 du DCFR).²⁴³

40. *Conclusion.* Pour aborder les situations d'impossibilité d'exercer un droit voire, plus largement, de perte d'intérêt à l'exécution du contrat, l'imprévision constitue une piste intéressante mais qui s'annonce d'emblée controversée. Dans l'attente de décisions de jurisprudence qui viennent clarifier le sens que doit recevoir l'exigence d'excessive onérosité, il nous paraît intéressant de poursuivre notre raisonnement en examinant dans quelle mesure la figure de la force majeure pourrait constituer un fondement pertinent pour résoudre ce type de cas. Cela suppose toutefois, nous semble-t-il, que l'on puisse, le cas échéant, intégrer dans le régime juridique de la force majeure l'un des enseignements tirés de l'analyse du droit néerlandais, en l'occurrence l'idée de « sphère de risques », dès lors que l'approche traditionnelle de la notion – en termes d'impossibilité d'exécution non imputable – est parfois insuffisante. Dans cette optique, il faut déterminer au préalable s'il existe, en droit belge, une reconnaissance de la sphère de risques comme critère d'appréciation de la force majeure.

4.2.2. *Une ouverture en faveur d'une logique en termes de sphère de risques dans la théorie de la force majeure en droit belge ?*

41. *Une approche en termes de sphère de risques dans la législation relative aux contrats de voyage.* Tout d'abord, il nous semble que l'on peut déceler des traces d'une approche en termes de sphère de risques – similaire à celle que nous avons épinglée en droit néerlandais – dans la législation relative aux « contrats de voyage »,²⁴⁴ qui est le fruit de la transposition de directives européennes.²⁴⁵ A cet égard, l'origine supranationale de la réglementation rend sans doute celle-ci plus perméable aux considérations de droit comparé. Ainsi, il est généralement admis²⁴⁶ que, lorsque le

243 Voy. N. JANSEN et R. ZIMMERMAN (eds), *Commentaries on European Contract Laws* (Oxford University Press 2018), p 910, n° 21 et p 1174, n° 19.

244 Voy. la loi (précitée) du 21 novembre 2017 relative à la vente de voyages à forfait, de prestations de voyages liées et de services de voyage, *MB* 1^{er} décembre 2017 qui a abrogé et remplacé la loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages, *MB* 1^{er} avril 1994.

245 Voy. not. la directive 2015/2302/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées, modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2011/83/ UE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 90/314/CEE du Conseil, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:32015L2302>.

246 Voy. not. sur cette question: O. DE PATOUL, C. GUYOT et F. STORMS, *Le droit du tourisme. Chronique de jurisprudence 1994-2014* (Limal: Anthemis 2015), p 79, n° 139; R. STEENNOT, « Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (1998-2002) », *TPR* 2004, p (1721) at 2036, n° 458; F. VAN BELLINGHEN, « Art. 16 Wet 16 februari 1994 [reiscontractenwet] », *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer* (Mechelen: Kluwer 2016), p 4, n° 3; T. VAN DYCK (avec la collab. de J. GEUENS et C. SUSTRONCK), « De Nederlandstalige uitspraken van de Geschillencommissie reizen 1996-2001 (overzicht van rechtspraak) », *DCCR*

voyageur résilie le contrat en raison de circonstances qui lui sont personnelles, telles qu'une maladie, un accident ou le décès d'un proche, il est tenu de payer à l'organisateur des « frais de résiliation appropriés ou justifiables ».²⁴⁷ Sous l'empire de la loi du 16 février 1994 (aujourd'hui abrogée), on considérait que les motifs de résiliation précités – maladie, décès, accident – étaient « imputables » au voyageur.²⁴⁸ Il s'agissait toutefois d'une imputabilité objective, détachée de l'idée de faute, puisqu'il suffisait qu'elle repose sur un « simple lien de fait »²⁴⁹ avec la personne du voyageur. C'est la raison pour laquelle l'expression de « sphère de risques », mobilisée par certains auteurs,²⁵⁰ nous paraît particulièrement appropriée en l'espèce. A cet égard, l'on notera que la loi du 21 novembre 2017 ne fait plus référence à la notion – équivoque – d'imputabilité. Il n'en demeure pas moins qu'elle maintient les solutions antérieures: « Au cas où le contrat de voyage à forfait est résilié pour quelque raison que ce soit, par exemple des circonstances personnelles comme la maladie ou le décès d'un proche » [*par opposition aux « circonstances exceptionnelles et inévitables, survenant au lieu de destination ou à proximité immédiate de celui-ci »*²⁵¹], le voyageur est tenu d'indemniser l'organisateur ».²⁵² On peut lire en doctrine que cette règle est justifiée par le fait que le voyageur peut facilement se prémunir contre de tels risques – et des conséquences qui en découlent – en souscrivant une assurance annulation.²⁵³

2002, p 391, n° 395; B. WYSEUR, « Reiscontractenwetgeving », in R. STEENNOT *et al.*, « Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2008-2014) – Marktpraktijken (2011-2014) », *TPR* 2015, p (1850) at 1882, n° 628 et les nombreuses références citées en n. 2450. Voy. ég. J.P. Fléron, 17 juin 2013, *JJP* 2013, p 495 (il a été jugé que l'intoxication alimentaire de deux jeunes époux, lors de leur mariage, qui les a empêchés de partir en voyage de nocces le lendemain, n'était pas constitutive de force majeure).

L'on relève cependant quelques rares décisions qui ont admis la force majeure dans le chef du voyageur lorsque ce dernier a été victime d'un accident qui l'empêche de partir en voyage: voy. Commission de Litiges Voyages, 20 juin 2002, *JLMB* 2003, p 440 (le voyageur avait, en l'espèce, subi un accident du travail quelques semaines avant le départ); Commission de Litiges Voyages, 20 juin 2002, *JLMB* 2003, p 443 (le voyageur avait été frappé d'une crise cardiaque un mois avant le départ et ne pouvait plus se déplacer en avion pour raisons médicales).

247 Voy. art. 29 de la loi du 21 novembre 2017 précitée.

248 Voy. art. 16, al. 2, de la loi du 16 février 1994 précitée.

249 H. DE CONINCK, *DCCR* 2008, p (54) at 56, n° 5 qui utilise les termes de « *louter feitelijk verband* ».

250 Voy. J. SPEYBROUCK, « De toetsing van de annuleringskosten in het reiscontract aan de consumentenrechten », note sous Gand, 1^{er} février 2006, *RABG* 2008, p (1236) at 1238, note 18; B. WYSEUR, *TPR* 2015, p (1850) at 1882, n° 628.

251 Ces circonstances permettent au voyageur de résilier gratuitement le contrat de voyage à forfait et d'obtenir le remboursement des montants payés (voy. art. 30 de la loi du 21 novembre 2017 précitée).

252 Projet de loi du 1^{er} septembre 2017 relatif à la vente de voyages à forfait, de prestations de voyages liées et de services de voyage, précité, n° 54-2653/1, p. 44, <https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/2653/54K2653001.pdf>.

253 R. STEENNOT, *TPR* 2004, p (1721) at 2036, n° 458; F. VAN BELLINGHEN, *Art. 16 Wet 16 februari 1994*, p 4, n° 3; B. WYSEUR, *TPR* 2015, p (1850) at 1882, n° 628. Voy. et comp. avec la notion

42. *Arrêt de la Cour de cassation du 5 janvier 2012.* Par ailleurs, on retrouve l'expression « sphère de risques » dans un arrêt de la Cour de cassation du 5 janvier 2012.²⁵⁴ La question au centre de cette décision est celle de savoir si le fait de communiquer des informations erronées constitue une faute. Les faits de la cause peuvent être résumés comme suit.²⁵⁵ La demanderesse en cassation, négociante en voitures d'occasion, se voit présenter par un acheteur un certain nombre de chèques tirés sur une banque italienne. Ayant des doutes quant à la validité de ceux-ci, la demanderesse demande des informations auprès de la filiale belge de la banque italienne, directement et par l'intermédiaire de son propre banquier. Sur la base d'une télécopie émanant d'une agence de Naples, cette filiale lui fait savoir que tout est en ordre. Cependant, lorsque la demanderesse présente les chèques en paiement, ils sont refusés. Il s'avère alors que la demande d'information en Italie a été interceptée par des malfaiteurs, qui ont à leur tour renvoyé la télécopie litigieuse. La demanderesse cite la banque italienne et la filiale belge en justice. Les juges d'appel considèrent que la demande de renseignement n'avait pas créé d'obligation, du moins pas d'obligation de résultat,²⁵⁶ dans le chef de la filiale belge, que la fausse télécopie n'était pas de nature à éveiller les soupçons et qu'aucune faute n'est établie ni dans le chef de la banque italienne, ni dans le chef de la filiale belge.²⁵⁷ La Haute juridiction casse cependant la décision attaquée. Selon la Cour, « le fait de fournir des renseignements inexacts constitue, en principe, une faute *si celui qui a demandé ces renseignements* pouvait, eu égard à la qualité particulière de celui qui les donne, *se fier à l'exactitude* des renseignements donnés. La force majeure ne constitue pas une cause libératoire si les circonstances invoquées tombent dans *la sphère de risques* de celui qui donne les renseignements » (nous soulignons).

43. *Analyse de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 janvier 2012.* On relèvera que l'appréciation de la faute, en l'espèce, ne repose pas uniquement sur l'analyse du comportement du prétendu fautif. La Cour prend également en considération la confiance légitime de la victime et considère que cette dernière *pouvait se fier* à l'exactitude des informations données. La faute est, en définitive, déduite tout à la

d'imputabilité, comme critère démarcation entre la *schuldeisersverzuim* et la *schuldeisersovermacht* (cf. *supra*, n° 26).

254 Cass. (1^{re} ch.), 5 janvier 2012, n° C.11.0125.N, ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120105.5, *Arr. Cass.* 2012, p 44 = *Pas.* 2012, p 35, <https://juportal.be/>.

255 Nous reproduisons, pour une large part, l'exposé des faits qui est repris dans le *Rapport annuel 2012* de la Cour de cassation, p. 15, https://kassationshof.be/pdf/Rapport_annuel_2012.pdf.

256 On précisera toutefois que la responsabilité en cause était de nature extracontractuelle. Le sommaire de l'arrêt, notamment dans la *Pasicrisie*, fait référence aux articles 1382 et 1383 de l'ancien Code civil.

257 Selon le *Rapport annuel*, « [l]es juges d'appel considèrent que la banque n'a pas commis de faute dès lors qu'il s'agit d'un cas de force majeure ».

fois du caractère erroné des renseignements fournis, de la qualité de la personne qui les a donnés et de l'apparence créée à l'égard de la demanderesse.²⁵⁸

Quant au vocable « sphère de risques », la Cour de cassation a peut-être voulu entendre par là que « les procédures de communications et leur sécurisation ressortissent au contrôle des banques ».²⁵⁹ Dès lors, pour admettre la force majeure, il ne suffit pas d'invoquer la fausse télécopie envoyée par les malfaiteurs, il faut aussi vérifier si aucune faute ne peut être reprochée aux défenderesses dans le système de communication mis en place et son contrôle. En d'autres termes, il faut que toute faute du débiteur soit exclue dans les événements qui ont « précédé, préparé ou accompagné » la cause étrangère.²⁶⁰

Néanmoins, il nous semble que la notion de « sphère de risques » joue, en l'espèce, un rôle particulier: certes, elle ne s'affranchit pas du concept de faute, mais elle nous paraît conduire à une extension de ce dernier, notamment à l'aune du principe de bonne foi. Dans l'arrêt commenté, on ignore, à vrai dire, si le fait de fournir des renseignements inexacts est, *en soi*, fautif. En revanche, on peut considérer que la banque manque à la bonne foi et commet, partant, une faute si elle ne supporte pas les conséquences de l'apparence trompeuse qu'elle a suscitée auprès de la demanderesse.²⁶¹ En ce sens, la notion de « sphère de risques » constituerait un outil permettant de trouver un équilibre entre « sécurité juridique » et « équité ».²⁶² En effet, l'application « pure et dure » des principes du droit commun (de la responsabilité) devait, nous semble-t-il, conduire à l'examen du comportement des défenderesses afin de déterminer si celles-ci sont exemptes de tout reproche, que ce soit à l'origine de l'événement (i.e., la falsification commise par les malfaiteurs) ou durant la réalisation de ce dernier. Or, en l'espèce, on dévie quelque peu de cette approche classique pour aboutir à une solution probablement ressentie comme plus juste par les hauts magistrats. En effet, la faute semble procéder davantage d'une prise en compte de toutes les circonstances de la cause et, en particulier, de la confiance légitime de la victime. En réalité, les attentes légitimes de la demanderesse imposent une norme de conduite aux défenderesses²⁶³: une banque prudente et raisonnable *doit*

258 Voy. le commentaire de C. BIQUET-MATHIEU, in Y.-H. LELEU (ed), *Chroniques notariales* vol. 59 (Bruxelles: Larcier 2014), pp 118 à 122, spéc. p 120, n° 139.

259 C. BIQUET-MATHIEU, in *Chroniques notariales*, p. 122, n° 141.

260 Voy. not. Bruxelles (1^{re} ch.), 25 janvier 2000, *JT* 2000, p 790; Civ. Mons (1^{re} ch.), 22 novembre 2000, *JLMB* 2001, p 1277; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, p 597, n° 599 B.

261 Voy. et comp. avec l'analyse de P.A. Foriers en matière de mandat apparent: P.A. FORIERS, « L'apparence, source autonome d'obligations, ou application du principe général de l'exécution de bonne foi », *JT* 1989, pp (541) at 545 et 546.

262 Sur ces notions, voy. M.E. STORME, « Rechtszekerheid en vertrouwensbeginsel in het Belgisch verbintenissenrecht », *TPR* 1997, pp (1861) at 1863-1864, n° 2.

263 Sur les rôles de la confiance légitime, voy. S. STIJNS et I. SAMOY, « La confiance légitime en droit des obligations », in S. STIJNS et P. WÉRY (eds), *Les sources d'obligations extracontractuelles* (Bruges: La Chartre 2007), pp (47) at 93-94, n° 81.

assumer les conséquences des renseignements inexacts communiqués, en particulier si le destinataire pouvait légitimement se fier aux informations reçues; toute méconnaissance de cette règle de comportement est constitutive de faute.

En somme, l'imputabilité reste à base de faute mais il semblerait que ce soit la solution juste recherchée – *i.e.*, ne pas déjouer les attentes légitimes de la personne à qui l'information aurait dû être fournie – qui dicte la règle de conduite méconnue. Dans le prolongement de la question de l'existence d'une faute, la Cour de cassation considère que l'intervention des malfaiteurs relève de la sphère de risques de la banque et qu'elle ne peut, dès lors, pas être invoquée à titre de cause exonératoire. Certes, il s'agit jusqu'à présent d'un arrêt isolé, mais la référence à cette idée de « sphère de risques », alors que la Cour pouvait poser le débat sur l'imputabilité uniquement en termes de faute,²⁶⁴ nous paraît ouvrir la porte à la prise en considération des risques que doit assumer le débiteur, comme élément d'appréciation de la force majeure.

4.2.3. *Impossibilité d'exercer un droit et force majeure: Tentative de réconciliation*

44. *L'impossibilité d'exercer un droit: entre imprévision et force majeure. Nécessité d'affiner le cadre théorique en matière de force majeure pour répondre à la problématique.* Force est de constater que la doctrine et la jurisprudence belges sont de plus en plus sensibles à la problématique de l'impossibilité d'exercer un droit voire, plus largement, de la disparition du but contractuel,²⁶⁵ en ce sens que, animées par un souci d'équité, elles ressentent parfois le besoin d'apporter une solution aux situations en cause. On peut raisonnablement prédire que ce besoin de la pratique ne va pas disparaître – et pourrait même s'accroître à l'avenir – compte tenu des crises que nous traversons, en particulier la pandémie de Covid-19.

En réalité, les hypothèses en question peuvent être classées entre l'imprévision et la force majeure et ne se laissent enfermer dans aucune de ces deux cases.²⁶⁶ Nous avons vu, ci-dessus, que leur rattachement à la théorie de l'imprévision peut porter à discussion au regard de la condition d'excessive onérosité.²⁶⁷

264 La Cour pouvait, en effet, se contenter de relever qu'une faute avait été commise dans les circonstances qui ont « précédé, préparé ou accompagné » l'événement invoqué.

265 Nous avons vu que les hypothèses d'impossibilité d'exercer un droit et de perte du but contractuel étaient proches l'une de l'autre (*cf. supra* n° 8 et 12). Par commodité, nous utiliserons, ci-dessous, principalement l'expression d'« impossibilité d'exercer un droit » puisqu'il s'agit du cœur de la problématique analysée dans le cadre du présent article. Les réflexions nous paraissent toutefois *mutatis mutandis* transposables à la disparition du but contractuel ou la perte d'intérêt à l'exécution du contrat.

266 Voy. J. VAN ZUYLEN, in *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, pp (282) at 294 à 296, n° 12; A. DOWNE, *La gestion des risques contractuels par le contrat. Étude du droit français à la lumière du droit anglais* (Toulouse: Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole 2020), p 216, n° 180.

267 Voy. *supra* n° 37 à 40.

Il convient à présent d'examiner dans quelle mesure la réponse à ladite problématique pourrait emprunter les canaux de la force majeure. Cela suppose, tout d'abord, d'adapter le cadre théorique actuel, qui apparaît insuffisant, dès lors que la force majeure est classiquement définie comme l'impossibilité – non imputable au débiteur – d'exécuter une *obligation*. Il faut, par ailleurs, veiller à ne pas élargir de manière excessive la notion, au risque de voir les juridictions inondées de demandes tendant à la remise en cause de la force obligatoire du contrat. Une telle évolution du droit positif serait, en effet, attentatoire à la sécurité juridique. En d'autres termes, si l'on « ouvre les vannes » d'un côté, en assouplissant par exemple la condition d'impossibilité d'exécution, il faut, en contrepoint – pour éviter tout débordement – introduire un mécanisme qui permet de filtrer les cas susceptibles de déboucher sur une issue favorable pour le créancier. Toutes les situations d'impossibilité d'exercer un droit ne méritent pas, en effet, le même traitement.

Dans cette optique, les enseignements tirés du droit néerlandais nous seront d'une précieuse utilité pour affiner l'approche classique des conditions ainsi que des effets de la force majeure.

45. *Affinement des conditions de la force majeure pour aborder les cas d'impossibilité d'exercer un droit: une approche en termes de « sphère de risques ».* Tout d'abord, la force majeure ne constitue pas, à première vue, un outil adéquat pour appréhender les situations dans lesquelles le créancier est empêché d'exercer son droit. En effet, on peut considérer soit qu'elle n'est pas applicable, à défaut de constater une impossibilité d'exécution de l'obligation, soit à l'inverse qu'elle est (presque) toujours applicable, si l'on va jusqu'à tenir compte du créancier *in concreto* pour apprécier l'existence d'un obstacle à l'exécution dans le chef du débiteur.²⁶⁸ Retenir la deuxième branche de l'alternative, *i.e.*, la prise en considération du créancier *in concreto*, permettrait, dans une certaine mesure, de réconcilier l'hypothèse de l'impossibilité d'exercer un droit avec l'une des exigences classiques de la force majeure, en l'occurrence, l'impossibilité d'exécution, laquelle serait comprise de manière assez large puisqu'elle engloberait tout empêchement à l'exécution, y compris celui qui résulte du fait du créancier.²⁶⁹ Il nous paraît défendable de s'engager dans cette voie pour autant que l'on contrebalance cet élargissement de la force majeure par un mécanisme de filtre, lequel ne peut plus totalement être assuré par la condition d'impossibilité d'exécution.

268 Voy. *supra* n° 21 et 22.

269 Il est d'ailleurs intéressant de rappeler que, en droit néerlandais, ce n'est pas l'exigence d'une impossibilité d'exécution qui permet d'opérer la distinction entre la *schuldeisersverzuim* et la *schuldeisersovermacht*. Toutes deux supposent, en effet, l'existence d'un obstacle qui empêche le paiement de l'obligation du débiteur (cf. art. 6:58 du NBW; voy. *supra* n° 34). C'est en réalité le critère de l'« imputabilité » (*toerekening*) ou, pour l'exprimer autrement, celui de la « sphères de risques » qui permet de faire le départ entre les deux notions.

A notre estime, une approche en termes de « sphère de risques »²⁷⁰ pourrait constituer ce contrepois. A certains égards, cette idée d'allocation des risques fait davantage songer à l'imprévision.²⁷¹ Elle peut cependant être implantée dans la théorie de la force majeure, par le truchement de la notion d'imputabilité. On rappellera que la non-imputabilité constitue l'une des deux conditions de la force majeure énoncées à l'article 5.226 du Code civil.²⁷² L'article 5.225 dispose, quant à lui, que l'inexécution est imputable au débiteur si une faute peut lui être reprochée ou s'il doit en répondre en vertu de la loi ou d'un acte juridique.

Il nous semble que, dans le cadre de la problématique de l'impossibilité d'exercer un droit, la notion de bonne foi peut jouer un rôle afin de déterminer si une partie contractante doit assumer un risque déterminé. Le principe d'exécution de bonne foi *est prévu par la loi*, à l'article 5.73 du Code civil; il constitue également l'un *des effets du contrat* entre parties. On pourrait donc considérer que l'imputabilité en vertu de la bonne foi résulte de la loi ou, à tout le moins, d'un acte juridique. On notera également que l'imputabilité, sur la base de la bonne foi, n'est pas totalement dissociée de la faute,²⁷³ celle-ci résultant du fait qu'une personne prudente et raisonnable est, dans les circonstances de la cause, tenue d'assumer les conséquences de l'obstacle allégué et qu'elle ne peut, partant, se prévaloir de la force majeure. En d'autres termes, c'est le résultat recherché qui cristallise la règle de conduite méconnue: il serait contraire à la norme générale de prudence et au principe de bonne foi que le débiteur pâtisse d'un obstacle (par exemple, une maladie) affectant la personne du créancier, de sorte que ce dernier serait en faute s'il n'en supportait pas les conséquences.²⁷⁴

270 Voy. et comp avec la notion d'imputabilité, en droit néerlandais, en matière de *schuldeisersverzuim* et *schuldeisersovermacht* (cf. *supra* n° 26 et 29); pour une approche en termes de « sphère de risques » en droit belge, voy. *supra* n° 41 à 43.

271 Voy. *supra*, n° 37.

272 L'autre condition de la force majeure réside dans l'impossibilité d'exécution; voy. art. 5.226, §1^{er}, al. 1, du Code civil: « Il y a force majeure en cas d'*impossibilité* pour le débiteur, qui ne lui est *pas imputable*, d'exécuter son obligation. À cet égard, il est tenu compte du caractère imprévisible et inévitable de l'obstacle à l'exécution » (nous soulignons).

273 Cf. l'article 5.73, al. 2, 1°, du Code civil: pour expliciter le principe selon lequel le contrat doit être exécuté de bonne foi, la disposition énonce que « chacune des parties doit, dans l'exécution du contrat, se comporter comme le ferait une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances », ce qui fait écho au devoir général de prudence.

274 Voy. *supra* n° 43 et notre analyse de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 janvier 2012. Ainsi, le simple fait de tomber malade n'est pas, en soi, fautif; de même aucune faute ne peut sans doute être reprochée au débiteur, que ce soit dans les circonstances à l'origine de l'obstacle, ou durant la réalisation de ce dernier. Néanmoins, il serait contraire à la norme générale de prudence et au principe de bonne foi que le créancier ne supporte pas le risque en question. En d'autres termes, la faute du créancier résiderait dans le fait de ne pas assumer les conséquences de l'obstacle invoqué.

46. *Éléments à prendre en considération pour l'allocation des risques.* Plusieurs éléments peuvent être pris en considération afin de déterminer les risques qui doivent être mis à charge de l'une ou l'autre partie contractante. Nous en épinglons deux ci-dessous.

Primo, on peut penser aux critères qui sont rattachés traditionnellement à la force majeure, tels que l'imprévisibilité, l'irrésistibilité ou encore l'inévitabilité de l'événement allégué.²⁷⁵

Secundo, Il convient de tenir compte du rôle important joué par la fonction complétive du principe d'exécution de bonne foi.²⁷⁶ D'une part, l'article 5.73 du Code civil²⁷⁷ (article 1134, al. 3, de l'ancien Code civil) établit une norme générale de comportement qui permet d'affiner – de manière qualitative²⁷⁸ – dans la relation contractuelle en cause, le standard de la personne prudente et raisonnable, étant entendu que la méconnaissance de cette règle de conduite est constitutive d'une inexécution fautive.²⁷⁹ D'autre part, l'article 5.71, al. 1^{er}, du Code

Voy. et comp. P.A. FORIERS, obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 20 janvier 2000, *R.D.C.*, 2000, p. 488, n° 13 (à propos du mandat apparent): « On peut en effet considérer que si, en soi, le simple fait de laisser se développer une apparence trompeuse n'est pas fautif, la bonne foi s'oppose à ce que celui qui est à l'origine de l'apparence surprenne les tiers en revenant sur l'apparence qu'il a ainsi contribué à créer ».

275 Sur le rôle de ces critères, voy. *supra*, n° 1. Voy. ég. *supra*, n° 26 (à propos des caractères imprévisible et inévitable de l'obstacle, comme critères d'imputabilité en matière de *schuldeisers-verzuim*, en droit néerlandais).

276 Voy. *supra* n° 15 et les références citées en note 98.

277 « Le contrat doit être exécuté de bonne foi [...] »; voy. la loi du 28 avril 2022 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *MB* 1^{er} juillet 2022. Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023.

278 C. DELFORGE, « “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” (article 1135 du Code civil) », in *Droit des obligations* (Limal: Anthemis 2011), p (7) at 23, n° 24: « L'article 1134, alinéa 3 permet de moduler *qualitativement* le contenu de ce que les parties ont voulu afin d'y insuffler les exigences comportementales additionnelles » (souligné par l'auteur). Est, entre autres, visée « l'exigence qualitative de ‘solidarité’ entre les contractants » qui impose notamment « une collaboration à l'exécution des promesses et une prise en compte des intérêts d'autrui dans l'exercice des prérogatives contractuelles » (C. DELFORGE, in *Droit des obligations*, p (7) at 22, n° 24). Voy. not. sur l'affinement du standard de la personne prudente et raisonnable: J. VAN ZUYLEN, *Ann. dr.*, 2011, pp (265) at 303 à 312 et les références citées.

279 I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, p 325, n° 397. On notera d'ailleurs que, dans le cadre, cette fois, de l'inexécution fautive proprement dite, le principe de l'exécution de bonne foi, qui trouve son prolongement dans la théorie de l'abus de droit, permet également d'effectuer un certain partage des risques dans la mesure où il permet, en déclarant abusif le recours à l'exécution en nature, d'imposer au créancier de se contenter d'une résolution avec dommages-intérêts (voy. Cass. 16 janvier 1986, *Pas.* 1986, p 602 = *JT* 1986, p 404 = *RGDC* 1987, p 130 = *RCJB* 1991, p 5, note M. FONTAINE = *RW* 1987-88, p 1470, note A. VAN OEVELEN).

civil (article 1135 de l'ancien Code civil²⁸⁰) autorise « un enrichissement quantitatif de la convention particulière par référence à son modèle objectif et abstrait et à l'économie que celui-ci présente naturellement pour le droit ».²⁸¹ En d'autres termes, la nature et la portée du contrat constituent le cadre de référence à partir duquel seront dégagées les obligations additionnelles dictées notamment par la bonne foi et les usages. Ces règles d'enrichissement du contenu obligationnel font la part belle à toutes les circonstances de la cause²⁸²; elles impliquent une balance des intérêts en présence et une appréciation – en continu – du comportement des parties contractantes. Ainsi, par exemple, le créancier a-t-il notifié à son cocontractant l'existence d'un obstacle qui l'empêche de jouir de la prestation prévue ? Le débiteur a-t-il fait des propositions pour remédier à la situation ? Le créancier a-t-il rejeté sans raison valable ces propositions ? Le débiteur peut-il s'exécuter au profit d'une autre personne et limiter ainsi le dommage qu'il subirait en raison de la non-présentation du créancier ? Qui est en meilleure position pour supporter le risque en cause, notamment compte tenu des possibilités d'assurance et de la nature du contrat ? Comme on peut le constater, un certain nombre de ces questions ont trait à la conduite respective des parties, ainsi qu'à des éléments factuels,²⁸³ qui sont consécutifs à l'obstacle invoqué. Cela tend à corroborer l'idée selon laquelle le comportement attendu du cocontractant prudent et raisonnable peut être apprécié au regard de la solution juste qui, dans une relation contractuelle donnée, s'impose à la lumière de toutes les circonstances de l'espèce.

47. *Illustrations.* Pour illustrer ce changement d'approche, c'est-à-dire l'intégration, dans la théorie de la force majeure, d'une idée d'allocation des risques, il nous paraît utile de revenir sur quelques cas d'application, abordés dans cet article, et d'en évoquer d'autres.

Ainsi, la maladie peut constituer un risque que doit normalement assumer le créancier (par exemple, le voyageur²⁸⁴ ou le curiste²⁸⁵), en particulier s'il est possible de souscrire une assurance annulation ou si ledit créancier peut confier

280 « Le contrat oblige non seulement à ce qui y est convenu, mais encore à toutes les suites que la loi, la bonne foi ou les usages lui donnent d'après sa nature et sa portée ».

281 C. DELFORGE, in *Droit des obligations*, p (7) at 23, n° 24.

282 I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, p 324, n° 396.

283 Par exemple, dans l'hypothèse où une personne ayant réservé un hôtel ne peut s'y rendre pour cause de maladie, il peut être utile, afin d'apprécier si elle doit supporter ce risque, d'examiner si le débiteur, en l'occurrence l'hôtelier, a pu louer la chambre à un tiers.

284 Voy. *supra*, n° 41.

285 Cf. *supra* n° 4 et s. (à propos l'arrêt de la Cour de cassation de France du 25 novembre 2020). Voy. ég. *supra* n° 11 (à propos d'un couple qui n'a pas pu profiter d'une séance de sauna en raison de la fracture du pied dont Madame a été victime la veille; cf. la décision du juge de paix de Roeselare du 18 mai 2021). Rapp. n° 26 (le client d'un hôtel doit assumer le risque de maladie qui l'empêche de se déplacer jusqu'à l'établissement).

à un tiers le bénéfice du contrat. À l'inverse, il paraît moins raisonnable de mettre le risque de maladie à charge de l'élève, lorsque les cours (particuliers) requièrent sa participation active, de sorte que celui-ci pourrait se prévaloir de la force majeure dans un tel cas d'espèce.²⁸⁶

Envisageons à présent le cas de deux (futurs) époux qui font appel à un traiteur et/ou réservent une salle pour leur cérémonie de mariage. Les conséquences d'une rupture éventuelle devront indéniablement être supportées par les deux membres de l'ex-couple, et non par le prestataire de service ou le bailleur de la salle.²⁸⁷ En effet, tout couple comporte, en germe, un risque de rupture que l'on ne peut raisonnablement pas faire peser sur un tiers. Il nous semblerait, en revanche, particulièrement sévère d'adopter la même solution lorsque c'est le décès qui met fin à la relation, sous réserve toutefois des éventuelles possibilités d'assurance.

Supposons maintenant qu'une personne ne puisse se rendre au théâtre car la zone où elle réside a été confinée, de sorte que tous les déplacements à partir de ou vers celle-ci sont interdits.²⁸⁸ Afin que la question de l'impossibilité d'exercer un droit se pose à l'état pur, nous partons de l'hypothèse selon laquelle le théâtre reste, quant à lui, accessible à d'autres clients qui ne résideraient pas dans les territoires mis sous cloche. Le fait que les mesures de confinement soient applicables à tous ceux qui font partie des zones concernées, de même que le caractère « irrésistible » de l'interdiction, nous paraissent plaider en faveur de l'admission de la force majeure. Par contre, le spectateur devra supporter le risque lorsque c'est une grève ou une manifestation qui, causant d'énormes embouteillages, l'empêche d'arriver à temps à la représentation théâtrale. Une telle attribution du risque semble raisonnable dès lors que le caractère insurmontable de l'obstacle paraît moins prégnant (par exemple, compte tenu de la possibilité d'utiliser les transports en commun ou d'autres modes de déplacement).

48. *Affinement des effets de la force majeure pour aborder les cas d'impossibilité d'exercer un droit.* Ensuite, sous l'angle de leurs effets, la force majeure et la théorie des risques présentent l'inconvénient d'obéir à une logique du « tout ou rien », incarnée par des adages – lapidaires – de type *res perit debitori* ou *res perit domino*.²⁸⁹ Or, dans les cas d'impossibilité d'exercer un droit voire de perte d'intérêt à

286 Voy. *supra* n° 5 (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation de France du 10 février 1998). Rapp. n° 26 (hypothèse du Professeur qui donne des cours particuliers à un élève).

287 Voy. Civ. Bruxelles (9^e ch.), 14 mai 2021, *JT* 2021, p 416: « Attendu que [...] il n'y eut, du fait de l'autorité [en l'occurrence, les mesures sanitaires prises pour lutter contre la pandémie de Covid-19], qu'une impossibilité temporaire d'organiser la fête, l'impossibilité définitive relevant du choix des époux eux-mêmes, de se séparer; que, partant, la force majeure n'a pu provoquer la dissolution du contrat » (nous soulignons).

288 Voy. ég. n° 30 (cas d'application de la *schuldeisersovermacht* en droit néerlandais).

289 Voy. J. VAN ZUYLEN, in *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, pp (282) at 294, n° 12, et 337 à 342, n° 47 et s.; J. VAN ZUYLEN, *RGDC* 2020, pp (382) at 385-389; voy. ég. *supra* n° 7.

l'exécution du contrat, il paraît souvent plus équitable et raisonnable²⁹⁰ – et partant préférable – d'aménager la sortie du lien contractuel en partageant la charge des risques entre les deux parties, par exemple, en tempérant la libération du créancier par l'obligation, dans le chef de ce dernier, d'indemniser certains frais exposés par le débiteur. A l'inverse, si l'on devait juger que le créancier – empêché – est tenu de supporter le risque et, partant, de payer, en principe, le prix convenu, il pourrait sembler opportun de tenir compte, le cas échéant, de l'avantage que le débiteur tire de la situation en cause. Le droit néerlandais parvient ainsi à éviter les écueils d'une logique binaire, laquelle consiste soit à libérer complètement le créancier, soit à maintenir le contrat sans aménagement. Les tempéraments idoines sont apportés tantôt par la théorie de l'enrichissement sans cause, tantôt par le principe de bonne foi.²⁹¹ En droit belge, on peut s'interroger sur la praticabilité de la piste de l'enrichissement sans cause (ou enrichissement injustifié) vu l'exigence de subsidiarité inhérente à cette notion.²⁹² Nous proposerions dès lors, de nuancer la théorie des risques par le truchement du principe d'exécution de bonne foi. Cela rejoint l'idée exprimée par certains auteurs, en France, d'attribuer les risques *in concreto*,²⁹³ dans la mesure où « tout est affaire de circonstances, spécialement de la comparaison des préjudices soufferts par les deux parties au contrat ». ²⁹⁴ D'autres considérations socio-économiques peuvent également entrer en ligne de compte (par exemple, la force économique respective des contractants, la qualité professionnelle d'une des parties).

290 Rappr. du courant doctrinal et jurisprudentiel qui, en ce qui concerne le contentieux contractuel lié à la crise du coronavirus, invitait les parties à renégocier de bonne foi les termes de leur contrat, et plaidait pour une répartition (équitable) des risques entre cocontractants: voy. not. J.P. Wavre (2^e cant.), 10 novembre 2020, *JJP* 2021, p 351: « Il ne saurait être question de faire supporter le poids de la crise sanitaire exclusivement sur le bailleur ou sur le locataire. Le tribunal estime dès lors adéquat de réduire par deux le montant du loyer durant la période où l'activité n'a pu être exercée »; Civ. Anvers, 15 novembre 2021, inédit, R.G. n° 21/317/A. Voy. ég. M. DE POTTER DE TEN BROECK, *RDC* 2020, p (246) at 278; E. DIRIX, « Contracten in tijden van corona », <https://www.jubel.be/contracten-in-tijden-van-corona/>; B. GUITTET, *DAOR* 2021, p (3) at 13.

291 Voy. *supra* n° 28 et 33. Du reste, on ne perdra pas de vue que l'imprévision, proposée parfois comme fondement pour aborder les situations d'impossibilité d'exercer un droit (*cf. supra* n° 33 et n° 36 et s.), constitue un prolongement de la bonne foi (C.J. VAN ZEBEN, J.W. DUPON et M.M. OLTROF, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, p 973).

292 Voy. not. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations* (Bruxelles: Larcier 2016), p (227) à 230, n° 234 et 235; Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS (eds), *Handboek verbintenissenrecht*, p (717) à 719, n° 931 et s. Voy. ég. Proposition Livre 5, n° 55-1806/1, p 166 ainsi que le texte de l'article 5.136: « L'appauvri ne peut invoquer l'enrichissement injustifié lorsqu'une autre action lui est ouverte ou se heurte à un obstacle de droit, tel que la prescription ».

293 Voy. *supra* n° 7.

294 C. GRIMALDI, *D.* 2009, p (1298) at 1301, n° 16.

49. *Conclusion.* En somme, les situations d'impossibilité d'exercer un droit, voire de perte du but contractuel, peuvent, à notre sens, être appréhendées à partir du concept de force majeure, pour autant que l'on admette les évolutions suivantes: d'une part, un relâchement de l'exigence d'impossibilité d'exécution pour y inclure les cas où l'obligation ne peut être exécutée au bénéfice du créancier envisagé *in concreto*; d'autre part, et pour contrebalancer ce relâchement, un élargissement de la notion d'imputabilité pour tenir compte dans ces cas d'une attribution des risques *in concreto*, à la lumière du principe d'exécution de bonne foi, ce qui permet de dépasser la logique binaire de la théorie des risques. Il nous paraît ainsi justifié d'insuffler un peu de souplesse dans la théorie de la force majeure et d'intégrer à celle-ci une logique d'allocation des risques. Certes, cette dernière est plutôt caractéristique du dispositif relatif au « changement de circonstances », mais les hypothèses d'impossibilité d'exercer un droit, qui, comme on l'a noté, se situent à mi-chemin de l'imprévision et la force majeure,²⁹⁵ nous paraissent requérir des solutions hybrides. L'imprévision et la force majeure constituent, en somme, les deux pôles d'un champ de forces au sein duquel peuvent se déployer des solutions qui, selon les nécessités de la pratique et les exigences de l'équité, peuvent emprunter tant à l'un qu'à l'autre de ces concepts.

295 Cf. *supra* n° 44.

