

justificative dans une volonté, même présumée, des parties contractantes⁴⁰⁶. Tout comme il en est de la loi et de l'équité, le législateur autorise, en effet, le juge à enrichir le contenu contractuel de sources qui lui sont extérieures, dès lors qu'elles appellent des compléments, accessoires et naturels, de la convention considérée.

Nous avons alors aussi rappelé l'importance d'une détermination préalable du champ d'application matériel et personnel des usages visés par l'article 1135. Cette disposition ne nous semble, en effet, accepter un tel enrichissement qu'en ce qui concerne les conventions d'un même type qui sont conclues entre les personnes qui relèvent du groupe socio-économique au sein duquel la pratique considérée est née et s'est établie. Au-delà de ce cercle, les usages ne sauraient plus s'imposer d'eux-mêmes, sur le fondement de cet article. Comme toute autre stipulation contractuelle particulière, et conformément au droit commun des obligations contractuelles, ils requièrent une adhésion commune des contractants à leur existence et leur contenu (article 1108 du Code civil)⁴⁰⁷. Et leur force obligatoire ne pourra, alors, être puisée que dans l'article 1134, alinéa 1^{er} du Code civil.

⁴⁰⁶ Comme nous l'avons vu, toutefois, l'usage étant, dans ce cadre, supplétif de la volonté des parties, il pourra être écarté par une volonté exprimée en sens contraire.

⁴⁰⁷ Voy. aussi, à ce propos, ce qui nous avons dit *supra* n°70 et 71.

Force majeure et imprévision en matière contractuelle

Jean-François GERMAIN et Yannick NINANE
Assistants aux Facultés universitaires Saint-Louis
Avocats au barreau de Bruxelles

Introduction

1. La présente contribution, dans la mesure où elle s'inscrit dans le cadre d'un cycle d'études consacré au droit des obligations, se limitera à traiter le thème de la force majeure et de l'imprévision en droit commun des contrats.

Ces deux concepts, et plus particulièrement la force majeure, peuvent recevoir des interprétations variables en fonction de régimes juridiques particuliers qui ont recours à des notions comparables (telles les circonstances extraordinaires en matière de transport) et qui en définissent les contours et les effets spécifiques¹. L'analyse de ces régimes particuliers requiert à elle seule une étude à part entière à laquelle notre rapport n'a pas vocation à se consacrer.

L'étude de la force majeure et de l'imprévision se révèle intéressante à plus d'un titre. Si les deux concepts semblent à première vue faciles à appréhender dans le langage usuel – la force majeure rend l'exécution « impossible » tandis que l'imprévision rend l'exécution « plus difficile » – leur application en droit s'avère nettement plus délicate.

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

Il est insécuisant de vouloir répondre à ces questions par une étude au cas par cas de la jurisprudence. Les décisions en la matière sont virtuellement aussi

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

infinies et variées que les aléas qui peuvent survenir au cours de l'exécution du contrat. Dans ce contexte, la recherche d'une correcte appréhension des concepts de force majeure et d'imprévision trouve tout son sens et doit permettre une meilleure lecture des situations de fait susceptibles de se présenter. C'est dans cet esprit que nous tenterons notamment de dégager un critère objectif permettant de distinguer l'impossibilité d'exécution, propre à la force majeure, de la rupture de l'équilibre contractuel relevant de l'imprévision.

Chapitre 1

La force majeure

Section 1 Notion

2. **Précision terminologique**². L'événement qui permet au débiteur d'échapper à sa responsabilité contractuelle est envisagé par le Code civil sous des appellations diverses. Il est question notamment de « cas fortuit », de « cause étrangère » ou encore de « force majeure »³.

Cette imprécision sémantique a fait l'objet de nombreux débats doctrinaux⁴ aux termes desquels un consensus semble aujourd'hui se dégager autour de l'acception du cas fortuit et de la force majeure comme des synonymes, eux-mêmes variantes d'un ensemble plus large que constitue la cause étrangère libératoire⁵.

3. **Définition**. Si l'on opère une synthèse *a minima* des différentes définitions proposées par la doctrine et la jurisprudence, on peut en retenir en substance que la force majeure en matière contractuelle est un *événement survenu postérieurement à la conclusion du contrat et qui a pour effet de rendre impossible l'exécution par*

² Les soussignés tiennent à remercier Me Roxane TAMAS pour son aide dans la recherche de documentation relative à la force majeure.

³ Voy. not. les articles 1147, 1148 et 1348 du Code civil.

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

⁵ H. DE PAGE, *Traité*, 2^e éd., t. I, n° 598, p. 595 et n° 600, p. 599 (comme le souligne DE PAGE, si certains auteurs ont évoqué une différence entre cas fortuit et force majeure fondée sur la caractéristique respective interne ou externe de l'événement, le code civil a « employé indifféremment les termes de cas fortuit et de force majeure, en telle sorte que les deux expressions doivent, en principe, être considérées comme synonymes », pour conclure que « toutes ces discussions ne semblent être (...) d'aucune utilité pratique. Seule la vraie notion de cause étrangère prime »), dans le même sens, P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, *op. cit.*, p. 242, P. WÉRY, *Droit des obligations*, Vol. 1 (Théorie générale du contrat), Bruxelles-Larcier, 2010, pp. 497 et s.; R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht*, Deel III (derde uitgave bewerkt door A. VERBAKE), Antwerpen, Intersentia, 2008, n. 1036; P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, t. II (Sources des obligations – deuxième partie), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1382.

*le débiteur de son obligation de donner, de faire ou de ne pas faire, indépendamment d'une faute du débiteur dans la genèse, la survenance et les conséquences de l'événement*⁶⁻⁷.

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

Section 2

Conditions d'application

§ 1. Survenance postérieure à la naissance du contrat

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

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

5. **Aspect particulier de l'événement concomitant ou préexistant à la conclusion du contrat – régime de nullité**. Si le débiteur peut établir que la prestation promise était impossible à réaliser à l'époque de la conclusion du contrat, rien ne lui interdit alors d'invoquer la nullité du contrat pour impossibilité de réalisation de son objet (la prestation promise étant, comme on

⁶ J. HEENEN, « La responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeure », (note sous Cass. 13 janvier 1956), R.C.J.B., 1957, n. 4; J. LIMPENS, R. KOUTHOFF, « Les obligations - Examen de jurisprudence (1964-1967) », R.C.J.B., 1969, p. 235; P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 1381; P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 499; H. DE PAGE, *Traité*, 2^e éd., t. I, n. 599; M. COPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Kluwer, 1999, p. 137 A. VAN OEVERLEN, « Overmacht in het Belgische contractenrecht », T.J.R., 2008, p. 608; Cass., 7 mars 2008, RG C930448N, www.juridat.be; Cass., 9 décembre 1976, Pas., 1977, I, 408; Cass., 15 février 1951, Pas., 1951, I, 388.

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

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

⁹ Bruxelles 25 janvier 2000, 911/AR/2778, www.juridat.be.

le sait, assimilée à l'objet du contrat au sens des articles 1108 et 1126 à 1130 du Code civil¹⁰).

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

H. De Page considère que dans une telle hypothèse, la charge de la preuve sera alourdie pour le débiteur, qui devra établir une impossibilité *absolue* d'exécution, par opposition à l'impossibilité relative qui caractérise la force majeure¹². Ceci s'explique probablement, comme le suggèrent P.A. Foriers et Ch. De Leval, par le fait que le débiteur a conclu le contrat en se considérant capable d'accomplir l'impossible. Il ne pourrait donc se départir de son engagement que si la prestation est objectivement impossible, malgré tous les efforts qu'il pourrait fournir¹³.

§ 2. Absence de faute du débiteur

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

A. Fondement de la règle : le lien entre la force majeure et le contenu de l'obligation du débiteur

a. Principe

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

¹⁰ H. DE PAGE, *Traité*, 2^e éd., t. I, n. 88; P. VAN OMMESSAGHE, *Droit des obligations*, 3^{me} éd., vol. 2, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1994, p. 1985/370; P. VAN OMMESSAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », in *Actualités du droit des obligations*, sous la coordination de P.A. FORIERS, Série UB², n. 4, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 39-40; P.A. FORIERS, « L'objet », in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant - Paris, Dalloz, 1997, p. 66; « L'objet et la cause du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, p. 129.

¹¹ Comm. Hasselt, 30 juin 1998, AJT, 2000-2001, p. 222.

¹² H. DE PAGE, *Traité*, 2^e éd., t. I, n. 89.

¹³ P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, *op. cit.*, p. 256.

¹⁴ H. DE PAGE, *Traité*, 2^e éd., t. I, n. 599.

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

L'auteur défend l'idée que « la force majeure est la limite de l'obligation, sa limite supérieure, en ce sens qu'elle est l'obstacle qui se dresse devant le débiteur lorsqu'il poursuit le résultat promis et qui, pour être vaincu, requerrait une diligence supérieure à celle qu'impose le contrat »¹⁶.

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

7. **Référence au contenu de l'obligation dans le Code civil.** Au niveau des textes, le Code civil ne fait que partiellement écho à cette approche. L'article 1137 énonce ainsi que « l'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter *tous les soins d'un bon père de famille* ». Toutefois, de son côté, l'article 1147 ne contient pas une telle référence au contenu de l'obligation du débiteur (« Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part »).

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

André Tunc répond à cette problématique en indiquant qu'il faut nécessairement « souder » ces deux textes et non leur attribuer un domaine différent¹⁷. La force majeure de l'article 1147 du Code civil devrait en ce sens être évaluée au regard du contenu de l'obligation du débiteur comme le prévoit l'article 1137 du Code civil. Pour l'auteur, il s'agit de la seule application possible : dès l'instant où l'établissement d'un catalogue des cas de force majeure *in abstracto*

qualité de la force majeure », J.T., 1946, p. 398.

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

¹⁷ A. TUNC, *op. cit.*, 1946, p. 315.

s'avère impossible à réaliser, seule l'analyse fondée sur le contenu de l'obligation doit être retenue¹⁸.

8. Adhésion majoritaire de la doctrine. La thèse du lien entre force majeure et contenu de l'obligation semble emporter aujourd'hui l'adhésion majoritaire de la doctrine¹⁹, qui admet que la force majeure puisse s'évaluer « par rapport à l'obligation que le débiteur doit concrètement assumer » et donc en définitive à l'aune « du degré de diligence incombant à celui dont la responsabilité est recherchée »²⁰.

Cette approche correspond à ce que la doctrine flamande qualifie de « schuldleer » par opposition à la théorie de la « ontoerekenbare onmogelijkheid » ou impossibilité d'exécution non imputable au débiteur²¹.

9. Jurisprudence de la Cour de cassation. Si la Cour de cassation adopte classiquement une formulation propre à la théorie de l'impossibilité absolue d'exécution (*ontoerekenbare onmogelijkheid*) (la force majeure suppose « un obstacle insurmontable à la poursuite de l'exécution du contrat »²²; « un événement indépendant de la volonté de l'intéressé et que celui-ci n'a pu ni prévoir ni conjurer »²³, de nature telle que le débiteur se trouve « dans l'impossibilité » d'exécuter son obligation²⁴), elle ne semble toutefois pas fermer la porte au rapport entre la force majeure et la faute du débiteur (*schuldleer*).

On peut épingle à cet égard les décisions suivantes :

- dans un arrêt du 15 février 1951, la Cour expose que « pour qu'une cause étrangère soit libératoire d'une obligation contractuelle, il faut qu'elle crée un obstacle insurmontable à l'exécution de l'obligation et qu'aucune faute du débiteur ne soit intervenue dans la genèse des circonstances réalisant cet obstacle; le débiteur est en faute s'il a prévu ou dû prévoir la survenance des événements qui ont constitué la cause étrangère et s'il n'a pas pris les mesures qui s'imposaient pour éviter les conséquences dommageables pour le créancier »²⁵;

¹⁸ A. TUNC, *op. cit.*, p. 316.

¹⁹ Voy. not. H. DE PACE, *Tratado*, 2^e éd., t. I, n. 599; P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 1384; P.A. FORBES et Ch. DE LEVAL, *op. cit.*, p. 251; J. HEENEN, « la responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeure », *op. cit.*, pp. 87-98; P. WÉRY, *op. cit.*, p. 433; A. VAN OVELEN, *op. cit.*, 2008, p. 606.

²⁰ P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 1384.

²¹ R. KRUITHOF, « Schuld, risico en overmacht bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen – een rechtsvergelijkende benadering », in *Honoringe à R. Dekkers*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 281 et s.; E. DIRIX et A. VAN OVELEN, « Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) », *R.W.*, 1992-1993, p. 1249.

²² Cass., 24 janvier 1974, *Pas.*, 1974, 533; Cass., 10 novembre 1976, *Pas.*, 1976, 286; Cass., 8 janvier 1981, 492; Cass., 1^{er} juin 1988, *Pas.*, 1988, 38.

²³ Cass., 9 octobre 1986, *Pas.*, 1986, p. 153.

²⁴ Cass., 13 avril 1956, *R.C.J.B.*, 1957, 85; Cass., 5 décembre 1996, *A.J.T.*, 1997-1998, p. 487.

²⁵ Cass., 15 février 1951, *Pas.*, 1951, p. 388.

- dans un arrêt du 9 décembre 1976, la Cour énonce que « la force majeure suppose un obstacle insurmontable à l'exécution des obligations et non imputable à la faute du débiteur »²⁶;
- dans un arrêt du 9 septembre 1983, la Cour souligne que l'impossibilité d'exécution peut être indirectement démontrée par un ensemble de circonstances qui exclut toute possibilité de faute dans le chef du débiteur²⁷;
- dans un arrêt du 7 mars 2008, la Cour énonce que « le dépositaire est exonéré de sa responsabilité contractuelle lorsqu'il apporte la preuve qu'ensuite d'une cause étrangère il est dans l'impossibilité de restituer la chose et qu'il n'a pas commis de faute dans la garde de celle-ci » (en l'espèce, un véhicule mis en dépôt chez un garagiste avait été volé et la Cour d'appel avait estimé que le garage étant équipé d'un système de protection contre le vol adéquat, aucune faute ne pouvait lui être reprochée)²⁸;
- de manière encore plus frappante, la Cour décide dans un arrêt du 6 décembre 1985 que « lorsque le débiteur est en demeure d'exécuter son obligation, il ne peut invoquer l'effet libératoire de la force majeure que s'il prouve que le dommage dont il est allégué qu'il est la conséquence de sa faute, se serait aussi réalisé sans cette faute ». La Cour admet donc que la preuve de la force majeure soit rapportée indirectement par la preuve de l'absence de faute dans la survenance du dommage²⁹.

10. Jurisprudence des cours d'appel. Cette jurisprudence de la Cour de cassation trouve écho auprès des juridictions d'appel du pays³⁰. Reprenant la définition proposée par P. Van Ommeeslaghe, la Cour d'appel de Bruxelles l'a encore confirmé dans un récent arrêt du 27 janvier 2011 en des termes particulièrement clairs : « la force majeure peut être définie comme un événement à caractère insurmontable et, selon certains, imprévisible, indépendant de toute faute du débiteur, qui empêche ce dernier d'exécuter ses obligations ou de se conformer aux normes exclusives de faute, tout en restant dans les limites de la diligence que l'on peut attendre de lui »³¹⁻³².

²⁶ Cass., 9 décembre 1976, *Pas.*, 1976, p. 408.

²⁷ Cass., 9 septembre 1983, *R.W.*, 1983-1984, p. 854.

²⁸ *Pas.*, 2008, 627.

²⁹ Cass. RG 4788, 6 décembre 1985, *www.juridat.be*. Pour plus de développements à ce sujet, voy. *infra*, n° 50.

³⁰ *Cand* (16^e ch.), 27 février 2004, *T.G.R.*, 2004, 197; Mons, 19 février 2001, *R.C.A.R.*, 2002, 13.571; Liège, 15 décembre 2003, 1999RG3235, *www.juridat.be*; Bruxelles, 25 janvier 2000, 91/AR2778, *www.juridat.be*.

³¹ 2004/AR/1114, *www.juridat.be*.

³² Dans ce contexte jurisprudentiel, il est étonnant de lire la position du Sénat de Belgique, qui à l'occasion de l'examen d'une proposition de loi destinée à introduire la notion de force majeure pour les organes des sociétés, considère que « la majeure partie de la jurisprudence et de la doctrine souscrit à la théorie de l'impossibilité non imputable » (Doc. parl., Sénat, session extr., 9 septembre 2010, 5-74/1).

11. Jurisprudence européenne. Même si les concepts ne sont pas identiques, on relève que la Cour de Justice procède à des analyses qui consacrent le lien entre force majeure et contenu de l'obligation. C'est par exemple le cas lorsqu'elle est amenée à se prononcer sur des notions telles que les « circonstances extraordinaires » en matière de transport aérien. Ainsi, dans son arrêt *Wallentin-Hermann*, la Cour considère que le transporteur aérien doit établir qu'il a pris toutes les mesures raisonnables pour prévenir la circonstance qu'il invoque (en l'occurrence une « panne de moteur complexe »). Selon la Cour, le transporteur peut dans ce cadre se contenter de démontrer que même s'il avait pris toutes les mesures raisonnables, la circonstance n'aurait pu être évitée³³.

b. Critères d'analyse de la faute

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

C'est ce qu'a souligné la Cour d'appel d'Anvers dans un arrêt du 26 février 2007 : « (...) l'incident ne peut être imputé au débiteur. Cela implique que le débiteur peut démontrer que l'incident ne relève pas de sa faute (même la plus légère) ou de celle d'une personne pour qui il intervient »³⁴.

Dans cette conception, la force majeure est une notion relative et non absolue : elle se mesure au regard du critère du bon père de famille (le débiteur « doit agir avec prudence comme se comporterait tout [débitaire] normalement prudent et raisonnable placé dans les mêmes circonstances de fait »³⁵), lequel peut bien entendu varier selon le contenu de l'obligation, ou selon la qualité du débiteur (la portée de l'obligation d'un dépositaire occasionnel face à un cambriolage ne sera pas évaluée de la même manière que celle d'un dépositaire professionnel (comme une banque) ; la même circonstance pourra donc être admise au titre de force majeure dans le premier cas et non dans le second)³⁶.

Cette conséquence contraste avec celle qui résulterait d'une application du principe d'impossibilité d'exécution, qui impose au débiteur de faire preuve d'une diligence extraordinaire qui exclut toute possibilité de faute, et qui substitue de la sorte au concept de *culpa levis in abstracto* celui de *culpa levisissima*³⁷.

13. Moment de l'appréciation de la faute. Dans une décision du 10 novembre 1976, la Cour de cassation souligne que la force majeure doit s'ap-

précier au moment de la survenance de l'événement invoqué : « il ne doit pas être tenu compte de circonstances postérieures à la survenance de cet événement, celles-ci étant sans influence sur l'existence de la cause étrangère et sur les conséquences juridiques qu'elle a engendrées ».

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

Dans un arrêt du 17 décembre 1990, la Cour du travail d'Anvers a adopté une position inverse en considérant que « l'incendie dans un magasin ne rend que temporairement impossible l'exécution du contrat de travail de la vendeuse qui est employée dans le magasin. Etant donné que l'employeur avait la possibilité de reconstituer le magasin avec l'indemnité de l'assurance, cet incendie ne peut être considéré comme un cas de force majeure qui entraîne en soi la fin du contrat »³⁸.

Le 12 novembre 2008, la Cour d'appel de Bruxelles a adopté quant à elle une position conforme à celle de la Cour de cassation, en décidant qu'« il n'est pas requis que l'obstacle à la continuation du contrat soit insurmontable et définitif : la force majeure ne disparaît donc pas par le seul fait que l'employeur a la possibilité de reconstruire l'entreprise »³⁹. Cette solution nous semble la seule acceptable. La reconstruction de l'entreprise est en effet une possibilité pour l'employeur et non une obligation découlant du contrat de travail initial. Les obligations qui découlent de ce contrat de travail sont donc bien devenues définitivement impossibles à exécuter, de sorte qu'il doit être considéré comme dissout. C'est d'ailleurs ce que souligne la Cour du travail dans l'arrêt précité en indiquant que « l'obstacle n'aurait cessé d'être insurmontable que s'ils [les travailleurs] avaient été en droit d'exiger cette reconstruction »⁴⁰.

c. Utilité de la notion de force majeure ?

14. Inutilité théorique de la notion de force majeure. Si l'on admet que la force majeure n'est que la limite de l'obligation, et qu'elle ne se définit donc qu'indirectement par référence au contenu et à la portée de celle-ci, est-il encore utile de recourir à un tel concept ? Ne peut-on se contenter de déterminer positivement ce que l'on est en droit d'attendre du débiteur dans le

³³ J.T.T., 1991, p. 196.

³⁴ J.T.T., 2009, p. 56.

³⁵ *Ibidem*.

rapport contractuel concerné, avec pour conséquence que tout ce qui sortirait des limites ainsi définies ne relèverait plus de sa responsabilité ?

Dans son étude précitée, André Tunc va jusqu'au bout d'un tel raisonnement en affirmant que ce constat constitue « la preuve de l'inutilité de la notion de force majeure »⁴¹.

15. Utilité pratique. Cette approche doit être nuancée. D'une part, comme le souligne P.A. Foriers, le droit civil fourmille de concepts « inutiles » mais qui sont autant de cadres de référence pratiques pour le juriste lui permettant de structurer son analyse (c'est le cas de la force majeure comme par exemple de l'abus de droit ou de la fraude à la loi)⁴².

En ce sens, même si la force majeure n'est rien d'autre que la limite de l'obligation, et pourrait donc s'effacer derrière un simple processus d'interprétation qui aboutirait au même résultat, elle a le mérite de désigner de manière objective ce processus et de le distinguer d'autres concepts qui font également appel à l'interprétation de l'obligation et de ses limites⁴³ (comme l'abus de droit).

Ensuite, et d'une certaine manière dans le prolongement de ce qui vient d'être énoncé, le concept de force majeure présente une utilité certaine au niveau du régime de la preuve⁴⁴. Si l'on s'en tenait à la seule condition du respect par le débiteur de ses obligations dans le cadre d'une diligence normale, il appartenait à celui-ci d'établir, comme pour toute mise en cause de sa responsabilité contractuelle, qu'il a bien respecté ses obligations dans tous ses aspects et que, dans ces conditions, seule une cause étrangère a pu provoquer le dommage. Or, « la preuve rigoureuse de toutes les circonstances dans lesquelles le dommage est survenu et de l'exécution de toutes les obligations du débiteur est rarement possible. L'exiger serait transformer la responsabilité pour faute en la garantie d'un risque »⁴⁵.

La tâche du débiteur se trouvera en revanche significativement facilitée s'il peut se contenter de prouver l'existence d'un cas de force majeure, lequel, constituant en quelque sorte une présomption d'absence de faute (ou à tout le moins un préjugé favorable en fait à l'absence de faute)⁴⁶, le libérera de sa responsabilité sauf au créancier d'établir que le débiteur a commis une faute dans la genèse de l'événement ou dans la gestion de ses conséquences. C'est du reste ce que

⁴¹ A. TUNC, « La force majeure dans ses rapports avec le contenu de l'obligation contractuelle », *J.T.*, 1946, p. 313.

⁴² P.A. FORIERS, « L'utile et l'inutile en droit privé. Observations sans prétentions », in *Mélanges à Philippe Cérard*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 41 et s.

⁴³ *Ibidem*, p. 49.

⁴⁴ P. VAN OMMELAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., p. 1383.

⁴⁵ J. HEENEN op. cit., p. 97.

⁴⁶ *Ibidem*.

tendent à exprimer les termes de l'article 1147 du Code civil (« toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère »).

On voit donc que le concept de force majeure, s'il n'exprime rien d'autre, au niveau de son fondement, que le dépassement des limites de l'obligation, présente l'utilité pratique pour le débiteur de pouvoir être prouvé en soi, sans le contraindre à rapporter la preuve positive de sa diligence. S'agissant d'une appréciation de fait, ce schéma de raisonnement n'est bien entendu pas figé. Si certains événements ne nécessitent pas de plus amples développements quant à l'attitude du débiteur, d'autres peuvent laisser planer des doutes quant à la manière dont il s'est comporté. Le juge pourra alors exiger qu'il rapporte complémentarément la preuve de l'absence de faute dans le processus ayant conduit au dommage (par exemple, en cas de panne de courant dans une salle serveur ayant provoqué une perte de données, il appartiendra au prestataire d'établir qu'il avait mis en place tous les systèmes de sécurité généralement requis pour ce type d'équipements ; de même le garagiste à qui un véhicule a été confié en dépôt ne sera exonéré de sa responsabilité en cas de cambriolage que s'il établit en outre avoir pris toutes les mesures de précaution contre le vol⁴⁷).

d. Conclusion intermédiaire.

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

Comme le souligne avec clarté la Cour d'appel de Liège dans son arrêt du 15 décembre 2003 : « il faut que l'intervention de la cause étrangère se réalise d'une manière telle que toute faute du débiteur soit exclue dans les événements qui l'ont précédée, préparée ou accompagnée »⁴⁸.

Le lien entre force majeure et faute contractuelle a ainsi le mérite de clarifier les principes d'analyse de la force majeure. Plutôt que de tenter de dresser l'imposible inventaire des situations qui, *in abstracto*, constitueraient systématiquement des événements de force majeure, il permet d'appliquer une grille de lecture qui tient compte de son caractère éminemment relatif à la personne du débiteur.

⁴⁷ Voy. par exemple Comm. Bruxelles, 18 décembre 1991, *R.G.A.R.*, 1996, 12.347.

⁴⁸ Liège, 15 décembre 2003, 1999RC3235, www.juridat.be.

B. Le concept de faute appliqué aux caractéristiques classiques de la force majeure

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

a. Imprévisibilité

18. Approche classique. On enseigne traditionnellement que la force majeure doit être imprévisible⁴⁹ : « La cause étrangère suppose un événement indépendant de la volonté humaine que l'homme n'a pu prévoir ni prévenir »⁵⁰ (article 1148 du Code civil).

19. Application du concept de faute. Comme le souligne la Cour d'appel d'Anvers dans un arrêt du 14 février 2005, « l'imprévisibilité du fait qu'invoque le débiteur de l'obligation n'est pas un élément distinct mais est un élément caractéristique de l'absence de faute ». Il en résulte que l'imprévisibilité est « une norme qui doit s'interpréter de manière raisonnable »⁵¹.

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

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

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

Ainsi, « le fait de laisser une table de jardin à l'extérieur dans la région côtière, où il existe toujours un risque de vents violents, est un élément d'un comportement imprudent et constitue dès lors un comportement fautif imputable »⁵².

⁴⁹ J. LIMPENS et R. KRUITHOF, « Les obligations - Examen de jurisprudence (1964-1967) », *R.C.J.B.*, 1969, p. 236; H. DE PAGE, *Traité*, 2^e éd., t. I, n. 599, p. 597; J. HEENEN, *op. cit.*, p. 92.

⁵⁰ Cass., 7 mars 2008, *Pos.*, 2008, liv. 3, 627; Liège, 15 décembre 2003, 1999RG3235, www.juridat.be.

⁵¹ C.T. Anvers, 14 février 2005, *J.T.T.*, 2005, liv. 928, p. 420.

⁵² Gand, 7 septembre 1993, *T.G.R.*, 1994, 45.

Dans le même sens, « le bailleur doit prendre les mesures nécessaires de façon à ce que le chapiteau résiste à un vent de l'ordre de 100 km/h, ce qui ne constitue pas un phénomène imprévisible »⁵³.

Toujours dans le domaine climatique, l'entrepreneur ne peut s'exonérer d'infiltrations survenues sur un toit en travaux en raison de fortes pluies au motif qu'« il ne peut être question de force majeure dès lors que des orages avec fortes pluies ne sont pas exceptionnels en Belgique »⁵⁴.

En revanche il a été admis qu'un ouragan « constituait un événement de force majeure pour l'organisateur de voyages et ses préparés car sa trajectoire était impossible à prédire »⁵⁵.

La même règle s'applique lorsqu'il est question de la disponibilité d'un bien que l'on s'est engagé à livrer. Ainsi, le revendeur de voitures de la marque Ferrari ne peut invoquer au titre de force majeure le fait qu'il n'existe plus aucun exemplaire du modèle qu'il a vendu à son client (« Par expérience, acquise par de précédents modèles Ferrari que l'on pouvait également se procurer de manière limitée et pour lesquels la demande avait été également plus importante que l'offre, le vendeur professionnel savait ou aurait dû savoir, au moment de la conclusion du contrat qu'il n'était pas certain qu'une F40 lui serait attribuée et que son faible chiffre de vente pouvait avoir pour conséquence qu'il ne recevrait pas une telle voiture »)⁵⁶⁻⁵⁷.

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

⁵³ Liège (7^e ch.), 5 octobre 2001, *R.G.A.R.*, 2003, liv. 4, n° 13.705.

⁵⁴ Anvers, 20 octobre 1999, *Entr. et dr.*, 2000, 319.

⁵⁵ Commission Litiges Voyages, 3 février 2000, *D.C.C.R.*, n. 50, p. 55.

⁵⁶ Gand, 24 février 1994, *Intern. Vervoer*, 1994, 338.

⁵⁷ De même, en matière quasi-délictuelle, le conducteur ne pourra invoquer au titre de force majeure le malaise cardiaque dont il a été victime au volant au motif « la personne a elle-même déclaré que cela faisait un mois qu'elle ne se sentait pas bien. Compte tenu de l'existence des gênes ressenties dans la région du creux, cette personne aurait dû prendre la précaution de se faire accompagner ou même se faire conduire chez son médecin. En effet, l'imprévisibilité porterait sur le moment où le malaise cardiaque ayant entraîné la syncope pouvait se produire, mais l'événement lui-même était dans l'ordre des probabilités. En négligeant celle-ci, la personne n'a pas adopté le comportement qu'aurait adopté toute personne diligente et prudente placée dans les mêmes circonstances. L'événement invoqué n'est pas exempt de toute faute dans son chef ».

le sinistre ne serait pas survenu tel qu'il s'est produit, la présence de câble ou canalisation d'autre nature (eau, gaz, télédistribution...) ne constituant en rien un événement imprévisible et irrésistible ».

21. (suite) Conséquence : le débiteur pourra conserver le bénéfice de la force majeure si l'événement, bien que prévisible, a rendu impossible l'exécution de son obligation.

La Cour de cassation a ainsi énoncé qu'une tempête en mer, même si elle n'était pas imprévisible en matière de transport maritime, pouvait libérer le transporteur si elle était d'une nature telle que celui-ci ne pouvait préserver les marchandises transportées⁵⁸.

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

22. Moment de l'appréciation de l'imprévisibilité. Le caractère prévisible ou non de l'événement doit selon nous s'analyser au moment où le débiteur contracte son obligation. Sous la réserve examinée au point précédent, on ne peut en effet accepter qu'un débiteur s'exonère d'un événement dont il connaissait la survenance future au moment où il a conclu le contrat. S'il a conclu le contrat en ayant conscience d'un tel événement, c'est précisément parce qu'il en a assumé le risque. Il n'est donc pas recevable à s'en exonérer⁵⁹. On parle bien entendu ici d'une prévisibilité raisonnable, et non d'une prévisibilité théorique, sous peine d'admettre qu'aucun risque ne serait imprévisible dans l'absolu.

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

⁵⁸ Cass., 13 avril 1956, R.C.I.B., 1957, p. 85 et note J. HEENEN. Dans le même sens, à propos du bombardement d'une usine en temps de guerre : Comm. Liège, 10 décembre 1943, *Pas.*, 1946, III, 72.

⁵⁹ En ce sens, J. HEENEN, *op. cit.*, p. 93.

b. Caractère irrésistible ou insurmontable de l'événement

Il faut que le débiteur ne soit pas en mesure de surmonter et de résister à l'événement de force majeure⁶⁰. Cet autre aspect de l'absence de faute est intimement lié à la condition d'impossibilité d'exécution (il n'y aura en effet impossibilité d'exécution que si l'événement apparaît comme raisonnablement insurmontable ou irrésistible, en d'autres termes si le débiteur ne commet pas de faute en ne le surmontant pas) et sera dès lors examiné sous le paragraphe 3 ci-après.

C. Question particulière des obligations de résultat

23. Difficulté apparente liée à l'application du concept de faute. La référence au concept de faute peut à première vue poser une difficulté de raisonnement en ce qui concerne les obligations de résultat.

En effet, à suivre le principe d'analyse basé sur la faute, il suffirait au débiteur d'une obligation de résultat d'établir qu'il a agi avec toute la diligence requise face à l'événement de force majeure pour être libéré de son obligation, ce qui reviendrait à adopter le même raisonnement qu'en matière d'obligation de moyen.

24. Distinction de deux niveaux de raisonnement en matière d'obligations de résultat. Cette approche doit selon nous être nuancée.

En présence d'une obligation de moyen, il appartient au créancier insatisfait d'établir que le débiteur n'a pas fourni les efforts raisonnablement requis dans le cadre de sa prestation, de sorte que celle-ci n'a pas été correctement exécutée. De son côté, le débiteur peut établir qu'il a fourni tous les efforts nécessaires (absence de faute) et que, malgré tout, le dommage est survenu. En d'autres termes, comme l'a déjà admis la Cour de cassation, il peut établir la force majeure indirectement en prouvant l'absence de faute dans la survenance du dommage⁶¹.

En présence d'une obligation de résultat, il suffit au créancier de prouver que le résultat n'a pas été atteint. Le débiteur ne pourra de son côté rien opposer sauf à établir l'existence d'une cause étrangère qui à elle seule peut expliquer le dommage survenu. Il ne pourra donc pas se contenter de rapporter cette preuve en démontrant uniquement l'absence de faute dans son chef puisque par hypothèse la faute est avérée dès l'instant où le résultat promis n'est pas atteint. Il devra en revanche prouver positivement l'existence du cas fortuit et établir ensuite qu'il n'a commis aucune faute dans sa survenance et dans la gestion

⁶⁰ Liège, 15 décembre 2003, 1999RC3235, www.juridat.be; Bruxelles, 25 janvier 2000, 91/AR/2778, www.juridat.be.

⁶¹ Cass. RG 4788, 6 décembre 1985, www.juridat.be.

de ses conséquences. C'est à ce niveau uniquement qu'il pourra rapporter la preuve d'une diligence suffisante.

§ 3. Impossibilité d'exécution

A. Principe

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

Le caractère absolu de l'impossibilité d'exécution est majoritairement présent dans la jurisprudence traditionnelle⁶². On le retrouve également dans des décisions plus récentes, comme l'arrêt du 26 février 2007 de la Cour d'appel d'Anvers qui énonce que la force majeure doit entraîner « une impossibilité absolue d'exécution »⁶³.

26. Application du concept de faute. Une telle formulation est trompeuse dans la mesure où elle laisse penser que la force majeure ne sera admise que si le débiteur ne pouvait absolument rien faire face à l'événement⁶⁴.

Or, l'impossibilité d'exécution doit, encore une fois, être lue au regard du concept de faute examiné au point précédent. Cela signifie qu'il faut se demander si le débiteur était ou non en mesure de surmonter ou de résister à l'événement. Si la réponse est affirmative, le débiteur sera en faute et ne pourra invoquer une impossibilité d'exécution. L'impossibilité d'exécution n'est donc pas une impossibilité objective, elle est intimement liée au caractère irrésistible ou insurmontable de l'événement du point de vue du débiteur⁶⁵.

27. (suite) Conséquence : appréciation raisonnable de l'impossibilité d'exécution. Dans ce contexte, le comportement du débiteur doit bien entendu s'apprécier de manière raisonnable et *in abstracto*, c'est-à-dire en fonction du comportement de tout débiteur normalement diligent placé dans les

mêmes circonstances⁶⁶. Il faut que l'exécution de l'obligation soit rendue « normalement impossible eu égard aux circonstances et aux conditions de vie »⁶⁷. H. De Page souligne à cet égard que l'impossibilité d'exécution doit être interprétée « d'une manière humaine et en tenant compte des circonstances »⁶⁸. J. Heenen indique dans le même sens qu'« il serait inadmissible de pousser le débiteur à la ruine pour procurer au créancier l'avantage qu'il devait normalement retirer du contrat, alors que celui-ci impose seulement d'exercer une certaine diligence en vue d'atteindre ce résultat »⁶⁹.

La Cour d'appel de Bruxelles énonce très clairement le principe dans son arrêt du 22 juin 1984 : « l'impossibilité d'exécution – qui différencie la force majeure de l'imprévision – doit se comprendre dans des limites raisonnables et doit s'apprécier en fonction de l'obligation souscrite par celui qui l'invoque »⁷⁰. Attention toutefois : ce n'est pas nécessairement parce que l'exécution de l'obligation conduirait à la ruine du débiteur qu'elle sera jugée impossible. Il faut encore que le débiteur ne soit pas lui-même la cause de cette situation (on retrouve ici encore la notion d'absence de faute). En d'autres termes, si le débiteur s'est mis dans une situation telle qu'il lui est impossible d'exécuter l'obligation alors qu'un débiteur « normal » aurait pu l'exécuter, la force majeure ne sera pas retenue. Ainsi dans l'arrêt Sabena du 27 janvier 2011, la Cour d'appel de Bruxelles n'a pas retenu l'argument de Swissairgroup qui affirmait que la réalisation de l'augmentation de capital de la Sabena était impossible à exécuter en raison d'un événement de force majeure (les attentats du 11 septembre, qui avaient paralysé leurs activités et les avaient précipités vers la faillite). La Cour souligne que d'autres compagnies aériennes ont correctement résisté à cet événement sans basculer dans l'insolvabilité, au contraire de Swissairgroup qui ont payé les conséquences d'une politique d'expansion qui les avait largement fragilisées financièrement⁷¹.

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

⁶⁶ Voy. not. P. VAN ONNIESLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., p. 1384; P. WÉRY, op. cit., p. 499; R. KRUTHOF, op. cit., p. 292; J. LIMPENS et R. KRUTHOF, op. cit., p. 237; E. DIXIT et A. VAN OVELEN, « Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) », *R.W.*, 1992-1993, p. 1249.

⁶⁷ Bruxelles, 22 juin 1984, J.T., 1986, p. 64.

⁶⁸ H. DE PAGE, *Traité*, 2^e éd., t. I, n. 599.

⁶⁹ J. HEENEN, op. cit., p. 94.

⁷⁰ Bruxelles, 22 juin 1984, J.T., 1986, p. 64. Dans le même sens, Civ. Liège, 20 juin 1985, *Jur. Liège*, 1986, p. 141.

⁷¹ Bruxelles, 27 janvier 2011, 2004/AR/1114, www.juridat.be

Dans son arrêt du 23 février 1967, la Cour de cassation souligne ainsi que « la force majeure suppose un obstacle insurmontable ; ne constitue pas, dès lors, la force majeure la circonstance qui ne rend pas l'exécution du contrat absolument impossible, mais la rend seulement plus difficile ou plus onéreuse »⁷².

Le caractère simplement plus onéreux distingue la force majeure libératoire de l'imprévision. Comme l'énonce la Cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 22 juin 1984 : « la circonstance qu'il soit devenu plus onéreux de faire face aux obligations ressortit à l'imprévision et non à la force majeure libératoire de la prestation prévue »⁷³.

De nombreuses décisions des juridictions du fond le rappellent régulièrement. Ainsi par exemple ne sont pas constitutives de force majeure « des circonstances rendant plus onéreuse, mais non impossible, l'obligation de se présenter devant notaire pour constater par acte authentique une vente immobilière antérieurement réalisée par acte sous seing privé »⁷⁴. Ou encore *la perte de subsides* ne permet pas à un employeur de mettre fin au contrat de travail dans la mesure où cet événement « ne rendait pas l'exécution des obligations de l'employeur impossible, mais seulement plus onéreuse »⁷⁵. Dans le même sens, une décision d'embargo ne permettra de suspendre le contrat de travail que si l'employeur démontre qu'elle rend l'exécution temporaire de celui-ci impossible et non simplement plus onéreuse⁷⁶.

29. (suite) Recherche d'un critère de distinction entre force majeure et imprévision. On aperçoit immédiatement le caractère délicat de la ligne de démarcation à opérer entre le caractère simplement plus onéreux de l'exécution d'une obligation et le fait que cette exécution excéderait les limites d'une diligence normale.

À partir de quel moment la limite de la diligence normale est-elle atteinte ?

Répondre à cette question nécessiterait une étude à part entière. Tout au plus peut-on évoquer l'une ou l'autre idée, sous réserve d'une analyse plus approfondie.

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

Analysée sous l'angle de la faute, la force majeure se situe à la limite de ce que l'on est raisonnablement en droit d'attendre du débiteur dans le cadre de l'exécution de son obligation. Jusqu'où l'exécution reste-t-elle dans les limites

du raisonnable ? La réponse semble pouvoir être trouvée, comme en d'autres matières, au niveau de l'utilité ou de l'intérêt économique du contrat : aussi longtemps que le contrat présente encore une utilité dans le chef des parties, malgré l'obstacle rencontré, le débiteur devra s'exécuter sous peine de commettre une faute⁷⁷. L'inutilité du contrat constituerait ainsi la ligne de démarcation entre l'impossibilité raisonnable et le bouleversement de l'économie contractuelle. Si la force majeure prive le contrat de toute utilité, l'intérêt pour le débiteur de s'exécuter disparaît. Du point de vue du débiteur, cela signifie concrètement qu'il ne doit pas s'exécuter « à perte ». Rompre ce principe de proportionnalité reviendrait sinon, comme le souligne le tribunal de commerce de Bruxelles dans une décision du 9 mars 1981 à « exiger que le débiteur se ruine pour satisfaire son obligation de procurer au créancier l'avantage qu'il devait normalement retirer du contrat, alors que celui-ci impose seulement d'exercer une certaine diligence en vue d'attendre ce résultat »⁷⁸.

L'analyse de la force majeure sous l'angle cette fois de la dissolution du contrat, conséquence nécessaire de l'impossibilité d'en exécuter l'objet, semble confirmer cette référence au concept d'utilité. H. De Page, souligne ainsi que la force majeure est inexistante (ou prend fin) si le contrat est encore exécutable, ce qui suppose qu'il n'ait pas perdu toute utilité⁷⁹. La Cour de cassation fait également référence à l'utilité du contrat dans son arrêt de principe du 13 janvier 1956, en énonçant que la force majeure « suspend l'exécution de tous les engagements d'un contrat synallagmatique, lorsque cet empêchement n'est que temporaire et que le contrat peut encore être *utilement* exécuté après le délai ». La Cour poursuit en énonçant que « si la force majeure persiste, de sorte que cette dernière condition n'est plus remplie, le contrat est dissout de plein droit »⁸⁰. La notion d'utilité ou d'intérêt du contrat conduit dans certains cas à admettre la dissolution du contrat pour force majeure même lorsqu'une exécution partielle est encore possible, si cette exécution partielle n'a en réalité plus aucun intérêt pour le créancier⁸¹.

Le concept d'utilité ou d'intérêt économique du contrat constituerait en définitive la limite de l'exécution de l'obligation en présence d'un cas fortuit⁸². Le

⁷⁷ Sur les concepts d'utilité et d'inutilité, voy. l'étude de P.A. FORIERS, « L'utile et l'inutile en droit privé », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 41 et s.

⁷⁸ Comm. Bruxelles, 9 mars 1981, B.R.H., 1982, p. 164.

⁷⁹ H. DE PAGE, *Traité*, 2^e éd., t. I, p. 608.

⁸⁰ *Pas.*, 1956, I, 460.

⁸¹ P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, *op. cit.*, p. 266.

⁸² Le critère de l'utilité économique est évoqué dans d'autres matières, comme par exemple celle de la résolution du contrat pour inexécution fautive (article 1184 du Code civil). S. STINS propose ainsi d'apprécier le caractère suffisamment grave du manquement permettant de prononcer la résolution au regard de « l'utilité économique que le créancier attendait du contrat et peut encore en attendre après l'inexécution par le débiteur ». L'auteur poursuit : « ainsi, un manquement qui prive le créancier de tout intérêt économique est-il suffisamment grave pour

⁷² Cass. 23 février 1967, *Pas.*, 1967, I, 782.

⁷³ J.T., 1986, p. 164.

⁷⁴ Mons, 10 avril 1989, *Revue Not. Belge*, 1989, p. 539. Dans le même sens, T.T. Bruxelles, 20 juin 1977, J.T., 1977, p. 302.

⁷⁵ C.T. Liège, 17 juin 1992, RC 88/107, www.juridat.be.

⁷⁶ C.T. Bruxelles, 21 avril 1993, J.T., 1993, p. 363.

débiteur serait donc tenu de s'exécuter aussi longtemps que cette exécution représenterait encore une utilité pour lui, fût elle infime, voire neutre. La force majeure ne serait alors admise que dans la mesure où elle priverait le débiteur de tout avantage économique résultant de l'exécution du contrat. Au-delà de cette limite, le point extrême de l'équilibre contractuel serait rompu et le débiteur devrait être libéré, sous peine de s'exécuter à perte.

B. Choses de genre et obligations pécuniaires

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

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

L'argent étant une chose de genre, le principe sus-énoncé devrait-il conduire à ce que la force majeure soit exclue dans tous les cas où l'obligation du débiteur est de nature pécuniaire ? Il existe des exemples jurisprudentiels célèbres qui vont en ce sens, en refusant le bénéfice de la force majeure aux débiteurs victimes d'événements (comme une guerre) les ayant pourtant placés dans une précarité financière inextricable⁸³.

31. Tempérament à l'adage : le lien avec l'impossibilité d'exécution. Il faut en réalité garder à l'esprit que l'adage *genera non pereunt* n'est pas un principe général de droit mais l'expression d'une réalité de fait : en matière de choses de genre, l'impossibilité d'exécution sera rarement avérée. En ce sens, l'adage apparaît comme le reflet d'une « constatation statistique »⁸⁴.

Ce lien entre l'adage et l'impossibilité d'exécution est d'ailleurs énoncé par la Cour suprême dans l'arrêt auquel il est fait référence ci-avant : « la contrainte

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

⁸³ H. DE PAGE, *Traité*, 2^e éd., t. I, et références citées pp. 608 et 609, notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 1947 n'ayant pas reconnu la force majeure dans le chef d'une débitrice d'une somme d'argent qui s'était vu spolié ses biens pendant la guerre et se trouvait dans l'impossibilité d'honorer ses engagements financiers (Pasz., 1947, I, 108).

⁸⁴ A. DE BOECK, « Genera non pereunt, of toch wel ? », R.G.D.C., 2009, p. 437.

ou la force majeure (admise par le juge du fond) ne libère le débiteur que lorsqu'elle rend désormais impossible l'exécution de l'obligation ; pareille impossibilité ne se conçoit pas lorsque l'obligation consiste dans le paiement d'une somme d'argent ».

32. (suite) Admission de la force majeure en cas d'impossibilité absolue d'exécution ? *A contrario*, la force majeure pourrait-elle s'appliquer aux choses de genre (et donc aux sommes d'argent), dès l'instant où elle a pour effet de rendre impossible l'exécution par le débiteur de son obligation pécuniaire ? La Cour de cassation a énoncé dans un arrêt du 13 mai 1996 que la force majeure pouvait être admise lorsqu'une décision constitutive de fait du prince empêchait l'exécution d'une obligation pécuniaire⁸⁵. L'arrêt ne porte toutefois pas précisément sur une hypothèse d'insolvabilité du débiteur, mais plutôt sur l'interdiction formelle (et légitime⁸⁶) qui lui est faite par l'autorité d'effectuer le moindre paiement.

On trouve en revanche une position plus proche de cette thèse dans un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 31 mars 2006, où la Cour énonce qu'« en application de l'adage *genera non pereunt*, le débiteur de choses de genre qui périclité par cas fortuit n'est pas libéré dès lors qu'il ne démontre pas l'impossibilité de s'en procurer d'autres »⁸⁷ (l'impossibilité absolue d'en obtenir d'autres pouvant donc *a contrario* permettre au débiteur d'invoquer la force majeure).

Dans un arrêt récent du 27 janvier 2011, la Cour d'appel de Bruxelles, amenée à se prononcer sur un argument de force majeure invoqué dans le cadre de l'exécution d'une obligation pécuniaire (en l'espèce l'obligation de procéder à une augmentation de capital), semble elle aussi avoir adopté un point de vue similaire, en ne rejetant pas d'emblée la force majeure au seul motif qu'elle ne pourrait s'appliquer à ce type d'obligation (la force majeure sera finalement écartée, mais pour d'autres motifs)⁸⁸.

33. (suite) Réserves. Quoi qu'il en soit, les tempéraments à l'adage *genera non pereunt* doivent selon nous être interprétés avec beaucoup de prudence. D'une part, il sera en réalité dans la plupart des cas extrêmement difficile pour le débiteur de prouver qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité réelle de trouver une chose de même genre, et partant de bénéficiaire du régime de la force majeure. D'autre part, même si la perte est d'une telle ampleur qu'elle place le débiteur dans une réelle impossibilité d'y remédier (on songe par exemple à la situation d'insolvabilité permanente et définitive du débiteur), on peut se demander si

⁸⁵ Pasz., 1996, 455.

⁸⁶ P. VAN OMMESSAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., p. 1401.

⁸⁷ J.T., 2006, p. 727. Dans le même sens : Liège, 27 juin 1995, J.L.M.B., 1996, p. 100.

⁸⁸ Bruxelles, 27 janvier 2011, 2004/AR/1114, www.juridat.be.

ouvrir la voie à de telles interprétations ne risquerait pas de mettre en danger nombre de rapports-contractuels (en matière pécuniaire, on songe ainsi aux conséquences que cette approche pourrait avoir par exemple sur les opérations de crédit, si le débiteur peut s'exonérer de ses obligations en cas de force majeure).

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

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

Tel ne serait toutefois pas le cas si le débiteur était responsable de sa situation financière fragilisée. C'est ce que la Cour d'appel de Bruxelles a décidé dans l'affaire Sabena, en considérant que les événements du 11 septembre 2001 qui ont précipité Swissairgroup et Swissairlines vers la faillite, rendant impossible l'exécution de l'augmentation de capital à laquelle elles étaient tenues vis-à-vis de la Sabena, ne pouvaient être invoqués au titre de force majeure dans la mesure où les deux sociétés avaient elles-mêmes obéré leur situation financière en procédant à des rachats massifs de compagnies aériennes pour des sommes considérables⁸⁹.

§ 4. Cas d'application

34. Force majeure et événement climatique. On a déjà cité plus haut quelques exemples d'événements climatiques. L'approche de ce type de phénomène consiste dans la plupart des cas à apprécier si oui ou non l'événement était ou non prévisible, en tenant compte du degré d'information ou de renseignement que le débiteur est supposé détenir en fonction de ses qualifications⁹⁰. Ainsi, dans le cas d'un effondrement de toiture suite à des chutes de neige, la Cour d'appel de Bruxelles a souligné, dans un arrêt du 9 février 1982, que l'entrepreneur devait concevoir la construction afin qu'elle puisse faire face « à tout phénomène météorologique connu et, partant, prévisible, encore qu'il ne se manifeste qu'à intervalles espacés ou irréguliers ». Il ne peut donc s'exonérer de sa responsabilité en cas de chutes de neiges qui, bien qu'entraînant une sur-

⁸⁹ 2004/AR/1114, www.juridat.be.

⁹⁰ Pour une étude de la question dans le domaine de la construction, voy. B. VAN ACKER, « Wordt Neerslag beschouwd als overmacht in de private bouwsector ? », *R.A.B.G.*, 2010/10.

charge de poids exceptionnelle, n'atteignent pas un niveau record qui avait été atteint trois fois en 80 ans.

De même, un vent soufflant à 80 km/heure ne peut être considéré comme un cas de force majeure dès lors que ce niveau de puissance est observé 79 heures par an en Belgique.

35. Force majeure et mandat. La force majeure ne peut être invoquée au seul motif qu'un mandataire aurait commis une faute ou une négligence. Aussi ne peut-on invoquer la force majeure lorsque l'avocat, mandataire de son client, a oublié de signifier une décision dans le délai légal⁹¹, ou a laissé passer un délai d'appel par négligence⁹², comme dans ce cas d'espèce où le fils d'un avocat avait oublié de poster la lettre enjoignant l'huissier de dénoncer l'appel⁹³. Comme le souligne la Cour d'appel de Bruxelles, c'est là une conséquence logique des règles du mandat : les fautes ou négligences du mandataire engagent le mandant lorsqu'elles sont commises dans le cadre du mandat⁹⁴. Le concept de force majeure est donc interprété dans toute sa rigueur en la matière. Aucune faute ne doit exister, non seulement dans le chef de la partie concernée, mais également dans celui de son mandataire. Ce n'est que lorsque ces conditions sont réunies que l'on peut admettre la force majeure, et donc, en matière de délai de recours, le dépassement du délai applicable. C'est notamment le cas lorsqu'une circulaire fiscale, qui précise que le délai de déchéance d'une disposition particulière est de trois mois, intervient de manière rétroactive en telle sorte que le contribuable en question est hors délai en raison d'un événement indépendant de sa volonté⁹⁵.

36. Force majeure et vol. L'assimilation du vol à un cas de force majeure dépendra le plus souvent de la qualité de celui qui avait la garde de la chose volée. S'il s'agit d'un professionnel, il ne sera exonéré que s'il avait pris toutes les mesures de précaution et de protection requises. Ce sera notamment le cas lorsque les lieux sont équipés « d'un système d'alarme dont il est établi qu'il est demeuré en fonction d'une manière continue »⁹⁶, l'idée étant que « tout système de protection contre le vol peut être déjoué par des personnes disposant d'une certaine habileté et d'un certain professionnalisme »⁹⁷.

⁹¹ Cass., 8 novembre 1985, *Pos.*, 1986, I, 279.

⁹² Cass., 9 octobre 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1203.

⁹³ Bruxelles, 12 mai 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1214.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Cass., 4 juin 1998, *Pos.*, 1998, I, 287. Pour plus de développements en matière fiscale, voy. E. VAN BRUSTEM, « Délai de réclamation – prolongation – fait de l'administration – force majeure », *R.G.C.F.*, 2003/1, p. 22.

⁹⁶ Cass., 7 mars 2008, C060379 F, www.juridat.be.

⁹⁷ *Ibidem*.

37. Force majeure et accident de santé. Si le débiteur est victime d'un accident indépendant de sa volonté qui rend impossible l'exécution de sa prestation, cet événement peut bien entendu être invoqué au titre de force majeure. Le tribunal de commerce de Louvain l'a confirmé dans un jugement du 29 novembre 1966, où un entrepreneur chargé de la réalisation de plantations avait été victime d'une fracture de la jambe après la conclusion du contrat⁹⁸.

38. Force majeure et rupture du contrat sous-jacent. La Cour d'appel de Bruxelles a été amenée à se prononcer sur une affaire où un entrepreneur avait, dans le cadre d'un contrat relatif à la construction d'un immeuble, acheté en son nom les ascenseurs destinés à y être placés. Le contrat d'entreprise ayant été rompu, l'entrepreneur avait invoqué cet événement au titre de force majeure pour être libéré de son engagement d'acheter les ascenseurs. La Cour a considéré qu'il ne pouvait être question de force majeure dans ce cas d'espèce dès lors que l'entrepreneur n'avait à aucun moment lié le contrat de vente des ascenseurs au contrat d'entreprise et qu'en outre, la dissolution de ce contrat ne rendait pas l'exécution de la vente impossible. En revanche, la Cour a considéré que le vendeur des ascenseurs était libéré de son obligation de les installer, vu la disparition du contrat d'entreprise de construction (éteignant l'obligation corrélatrice de payer ce placement)⁹⁹. Cet arrêt semble sévère par rapport à l'appréciation raisonnable de l'impossibilité d'exécution. S'il est vrai que l'exécution du contrat de vente n'était pas devenue rigoureusement impossible, le fait que les ascenseurs ne puissent plus être placés (ce que constate la Cour), rendait en effet l'opération rigoureusement inutile pour l'acheteur, qui s'exposait par ailleurs à un préjudice important à supposer qu'il puisse prouver l'impossibilité de placer ces ascenseurs dans le cadre d'un autre chantier.

Dans une autre espèce, la Cour d'appel de Bruxelles a considéré que l'arrêt de fabrication d'accessoires très spécifiques indispensables à la fourniture d'un équipement industriel constituait pour le vendeur un cas de force majeure le libérant de son engagement de livrer ledit équipement¹⁰⁰.

39. Force majeure et faillite. La faillite n'est pas assimilée à un cas de force majeure pour le débiteur failli sauf si elle a elle-même été provoquée par un événement de force majeure¹⁰¹, et à la condition toutefois que l'événement de force majeure invoqué n'ait pas été en réalité un simple élément déclencheur d'une situation financière déjà fragilisée par le fait du débiteur lui-même¹⁰².

⁹⁸ Comm. Leuven, 19 novembre 1966, J.C.B., 1968, p. 537.

⁹⁹ Bruxelles, 6 février 1985, J.T., 1985, p. 390.

¹⁰⁰ Bruxelles 14 avril 1989, J.T., 1989, p. 356.

¹⁰¹ Bruxelles, 6 juin 1985, Res. Jur. Imm. 1986, p. 17; Comm. Dinant, 26 mai 1987, Rev. Banq., 1988, p. 33.

¹⁰² Bruxelles, 27 janvier 2011, 2006/AR/1114, www.juridat.be.

40. Force majeure et grève. La Cour d'appel de Liège a décidé qu'une grève postale que connaissait ou devait connaître l'avocat chargé du dépôt d'une requête d'appel ne pouvait excuser un dépôt tardif¹⁰³. La Cour d'appel d'Anvers a adopté une position identique dans un arrêt du 27 avril 2009¹⁰⁴. Dans un arrêt du 4 juin 2008, le Conseil d'État a pris une décision en sens contraire dans un cas où il était établi que le pli avait été remis le dernier jour utile au bureau de poste mais où le récépissé du dépôt avait été estampillé avec un jour de retard en raison de la grève¹⁰⁵.

Dans une décision du 16 septembre 1986, le tribunal du travail d'Anvers a estimé que l'employeur ne pouvait invoquer la grève au titre de force majeure s'il n'établissait pas que les conditions de travail dans l'entreprise étaient adéquates et qu'il avait tout fait pour prévenir un conflit social¹⁰⁶. Dans le même ordre d'idée, il a été jugé par le tribunal de première instance de Bruxelles le 27 mars 2003 que l'État ne pouvait s'exonérer de sa responsabilité en invoquant une grève des gardiens de prison s'il ne prouvait pas avoir tout mis en œuvre pour en pallier les conséquences¹⁰⁷. La Cour du travail de Liège a souligné dans un arrêt du 12 décembre 2002 que si la grève était assimilée à un cas de force majeure, elle pouvait exonérer l'employeur du paiement des rémunérations en ce compris pour les travailleurs non grévistes, si aucune prestation n'avait pu être accomplie¹⁰⁸. Dans une décision du 16 janvier 1992, le tribunal du travail de Bruxelles refuse cette exonération à l'employeur qui, malgré la grève, était en mesure de faire travailler les non grévistes mais ne l'a pas fait¹⁰⁹. Dans un arrêt du 30 avril 2010, la Cour d'appel de Bruxelles a admis qu'une grève des contrôleurs aériens constituait un cas de force majeure pour la compagnie aérienne, eu égard aux fonctions essentielles assumées par ces prestataires¹¹⁰.

41. Force majeure et incendie. D'une manière générale, la seule existence d'un incendie ne suffit pas à établir la force majeure. Il faut que le débiteur établisse que l'incendie est survenu sans sa faute. C'est ce que souligne notamment la Cour d'appel de Mons dans un arrêt du 19 février 2001 : « Lorsque les biens loués ont péri dans un incendie, ce sinistre ne constitue un cas de force majeure que si le preneur démontre qu'il est survenu sans sa faute, c'est-à-dire que, dans les circonstances de la cause, il est établi qu'il n'a pu commettre de faute, qu'il a été dans l'impossibilité d'en commettre une et, partant, que la cause de l'incen-

¹⁰³ Liège, 16 novembre 1987, J.L.M.B., 1988, p. 809.

¹⁰⁴ Limb. Reclst., 2009, liv. 4, p. 305.

¹⁰⁵ C.E., 4 juin 2008, T.G.R., 2009, liv. 1, 4.

¹⁰⁶ Limb. Reclst., 1987, p. 31.

¹⁰⁷ Civ. Bruxelles, 27 mars 2003, J.T., 2003, p. 568.

¹⁰⁸ C.T. Liège, 12 décembre 2002, J.T.T., 2004, p. 25.

¹⁰⁹ T.T. Bruxelles, 16 janvier 1992, C.D.S., 1995, p. 277.

¹¹⁰ Bruxelles, 30 avril 2010, J.T., 2011, p. 145.

die s'est déclarée sans sa faute : à cet égard, les exigences de la preuve ne peuvent se satisfaire d'une probabilité d'absence de faute »¹¹¹. Dans le même sens, la Cour du travail de Bruxelles décide, dans un arrêt du 12 novembre 2008, que « l'incendie de l'entreprise peut être un cas de force majeure, à condition qu'il ne résulte pas d'une faute de l'employeur (...) »¹¹². La preuve de l'absence de faute consiste notamment, pour le dépositaire, à établir qu'il avait mis en place toutes les mesures raisonnables de prévention contre l'incendie¹¹³.

Section 3

Preuve de la force majeure

42. La charge de la preuve pèse sur le débiteur. Il appartient au débiteur qui invoque la force majeure de l'établir selon le principe général de l'article 1315, alinéa 2 du Code civil¹¹⁴. La règle se trouve formellement exprimée à l'article 1302 du Code civil en matière d'obligation de délivrance d'un corps certain : « le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue ».

Ainsi par exemple, « l'emprunteur qui ne peut satisfaire à son obligation de restituer la chose prêtée en raison de la perte de l'objet prêté par suite d'un cas fortuit, est tenu, pour se libérer de son obligation, d'apporter la preuve de la cause étrangère »¹¹⁵.

S'agissant de la preuve d'un fait juridique, celle-ci peut être rapportée par toutes voies de droit, y compris les témoignages et présomptions¹¹⁶.

43. Objet de la preuve. Comme on l'a vu, le débiteur peut se contenter de rapporter la preuve de l'événement constitutif de force majeure *in se*, ce qui suffira dans de nombreux cas à le libérer de son obligation sans qu'il soit tenu complémentarément de rapporter la preuve positive de l'absence de faute dans la genèse ou les conséquences de l'événement¹¹⁷. Bien souvent en effet, la nature de l'événement invoqué est telle qu'elle suffit à déduire l'absence de faute à tous les niveaux.

La Cour de cassation a énoncé à plusieurs reprises que le débiteur pouvait également prouver la force majeure de manière indirecte « s'il prouve que le dommage dont il est allégué qu'il est la conséquence de sa faute, se serait aussi réalisé

¹¹¹ Mons (2^e ch.), 19 février 2001, R.G.A.R., 2002, 13.571.

¹¹² J.T.T., 2009, p. 56.

¹¹³ Comm. Courtrai, 11 juin 2007, AR 2413/06, www.juridat.be.

¹¹⁴ Cass., 6 novembre 2008, C.06.028.F, www.juridat.be; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., p. 1395;

H. DE PAGE, *Traité* t. I, n. 604; P. WÉRY, op. cit., p. 501; R. DECKERS, op. cit., p. 71.

¹¹⁵ Mons, 23 avril 1993, Pos., 1992, II, 184.

¹¹⁶ P. WÉRY, op. cit., p. 501.

¹¹⁷ Cf. *supra*, n° 15.

sans cette faute »¹¹⁸. La Cour admet donc que la preuve de la force majeure soit rapportée indirectement par la preuve d'absence de faute.

Comme le souligne H. De Page, cette approche doit être admise avec la plus grande prudence. Il ne faudrait pas qu'une interprétation trop laxiste conduise le juge à admettre la preuve de la force majeure dès l'instant où le débiteur aura établi qu'il a d'une manière générale agi avec toute la diligence requise : « autre chose est de prouver une conduite diligente en général; autre chose d'établir qu'on n'a pas pu commettre une faute »¹¹⁹.

44. Cas particulier de l'obligation de résultat. En tout état de cause, comme nous l'avons vu, nous ne pensons pas que ce type de preuve inductive puisse être admis en matière d'obligations de résultat. Le défaut de résultat établi à lui seul la faute, de sorte que le débiteur n'est plus recevable à établir l'absence de celle-ci au seul motif qu'il aurait agi de manière diligente (ce qui réduirait alors son obligation à une obligation de moyen). Seule restera à établir le cas fortuit en tant que tel et c'est seulement à ce niveau que le débiteur sera recevable à prouver l'absence de faute dans la genèse et les conséquences de ce cas fortuit.

Il faut donc clairement distinguer l'absence de faute dans l'exécution de l'obligation elle-même d'une part et l'absence de faute dans la genèse et les conséquences de l'événement de force majeure d'autre part.

Section 4

Effets de la force majeure

§ 1. Effets sur l'obligation inexécutée

A. Effet libératoire

45. Principe. La force majeure a un effet libératoire : le débiteur est libéré de toute responsabilité¹²⁰.

La règle se trouve exprimée notamment à l'article 1302 du Code civil en matière de perte de la chose due : « (...) l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur »¹²¹.

¹¹⁸ Cass., 6 décembre 1985, RG 4788, www.juridat.be. Dans le même sens Cass., 25 janvier 1912, Pos., 1912, I, 96; Cass., 18 mai 1962, Pos., 1962, I, 1059.

¹¹⁹ H. DE PAGE, *Traité*, 2^e éd., t. I, p. 605.

¹²⁰ H. DE PAGE, *Traité*, 2^e éd., t. I, p. 608; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., p. 1397; P. WÉRY, op. cit., p. 502; S. MICHAUX et D. PHILIPPE, « La force majeure », in *Obligations, traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2002, p. 157; R. DECKERS, op. cit., p. 72.

¹²¹ Voy. dans le même sens, article 1733 du Code civil en matière de bail (P. WÉRY, op. cit., p. 502).

Aux termes d'une analyse convaincante relative aux fondements d'un tel effet libératoire, P.A. Foriers et Ch. De Leval retiennent en substance que celui-ci repose à la fois sur l'impossibilité d'exécution résultant de l'événement de force majeure (qui rend caduque l'obligation qui impliquait une exécution en nature), et sur la non imputabilité au débiteur de l'inexécution qui en résulte¹²².

En d'autres termes, l'effet libératoire de la force majeure s'exerce selon la séquence suivante : dans un premier temps, l'obligation concernée s'éteint parce qu'elle est devenue caduque ; dans un second temps elle est remplacée par une obligation de réparation (par équivalent) dont le débiteur est libéré en l'absence de faute pouvant lui être imputée dans l'impossibilité d'exécution. La force majeure n'entraîne en ce sens aucun dommage et intérêt¹²³.

46. Double composante de l'effet libératoire. L'effet libératoire apparaît ainsi comme le strict reflet des deux composantes de la force majeure : impossibilité d'exécution et absence de faute. Un tel effet libératoire ne se justifie que si et dans la mesure où l'obligation est impossible à exécuter et si et dans la mesure où cette impossibilité d'exécution n'est pas imputable à la faute du débiteur.

47. (suite) Application au caractère temporaire ou définitif de la force majeure. L'identification de ces deux composantes de l'effet libératoire de la force majeure permet de mieux en cerner la portée, en particulier quant à son caractère temporaire ou définitif¹²⁴.

On enseigne traditionnellement que la force majeure a un effet temporaire si elle ne constitue qu'un obstacle provisoire à l'exécution de l'obligation¹²⁵, laquelle pourra donc être normalement exécutée dès que l'obstacle aura disparu, à la condition toutefois qu'une telle exécution soit encore utile à ce moment (ce qui ne sera pas le cas, par exemple, si l'obligation devait être exécutée dans un certain délai qui a entretemps expiré¹²⁶).

Or, le caractère provisoire ou définitif de la force majeure n'est pas toujours aisé à déterminer en pratique. Si l'on prend l'exemple d'un obstacle empêchant un avocat de déposer une requête d'appel une heure avant la fin du délai en raison d'une panne informatique occasionnant une perte du texte de la requête d'appel, et qui n'est levé qu'à l'issue du délai d'appel, il est évident que la force majeure a un effet libératoire définitif. Si en revanche on prend le même exemple, mais en supposant que la panne informatique soit survenue 24 heures avant la date de dépôt, l'impossibilité d'exécution sera certes toujours existante

aussi longtemps que la panne informatique ne sera pas réglée mais à mesure que le temps passe, le critère de la faute, seconde composante de l'effet libératoire, aura tendance à s'estomper, le débiteur étant supposé utiliser le temps mis à sa disposition pour faire face à cette impossibilité d'exécution. On pourra considérer alors que la force majeure a pris fin au moment où le débiteur était censé avoir trouvé une solution de rechange et avoir réécrit le texte de la requête d'appel. Les effets de la force majeure se mesurent donc, quant à leur durée, pendant la période où les deux composantes sont rencontrées (impossibilité d'exécution et absence de faute).

Il en va de même pour les effets matériels de la force majeure : la libération du créancier ne lui sera accordée que dans la mesure de l'impossibilité d'exécution et de son caractère non fautif. Par exemple, des chutes de neige peuvent libérer le débiteur de livrer dans le délai qu'il avait promis, mais pas de livrer dans un délai prolongé, dont la durée sera calculée par rapport à ce que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui dans ces circonstances (absence de faute)¹²⁷.

B. Exceptions

a. Mise en demeure

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

Par la mise en demeure, l'obligation se trouve, selon les termes du droit romain, « perpétuée » : elle n'est plus susceptible de subir des modifications en raison des circonstances, elle devient figée, définitive¹²⁸. Le débiteur assume par conséquent tous les risques relatifs à son obligation, non seulement ceux qui résultent de son fait, mais aussi ceux qui résultent de toutes circonstances généralement quelconques comme le cas fortuit ou la force majeure.

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

Le contrat pourra donc être résolu ou faire l'objet d'une exécution forcée comme pour toute inexécution fautive¹²⁹.

H. De Page explique parfaitement la logique d'une telle sanction¹³⁰ : « Le débiteur qui ne s'exécute pas sur injonction du créancier est *ipso facto* en faute, et

¹²² Op. cit., pp. 258 à 260 et références citées.

¹²³ Bruxelles, 13 janvier 1988, R.W., 1990-1991, p. 783; Bruxelles, 14 avril 1989, J.T., 1989, p. 356.

¹²⁴ P.A. Foriers et Ch. De Leval, op. cit., p. 260.

¹²⁵ P. Wéry, op. cit., p. 503; P. VAN OMMELAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., p. 1397; L. CORNELIS, « De schorsing van verbintenissen », *T.P.R.*, 2008, p. 497.

¹²⁶ H. De Page, *Traité*, 2^e éd., t. I, p. 608.

¹²⁷ Pour autant qu'une exécution partielle soit encore suffisamment utile pour que le créancier puisse l'exiger (P.A. Foriers et Ch. De Leval, op. cit., p. 261).

¹²⁸ H. De Page, *Traité*, 2^e éd., t. III, n° 83. L'auteur rappelle que c'est là l'effet essentiel de l'institution de la mise en demeure, celui pour lequel elle a été inventée.

¹²⁹ P.A. Foriers et Ch. De Leval, op. cit., p. 283.

¹³⁰ *Ibidem*.

la sanction rationnelle, en même temps que très énergétique, de cette faute est la prise en charge de tous les événements résultant des circonstances, l'attribution des risques. La demeure est un retard coupable, qui a pour effet de modifier la théorie de l'imputabilité, telle qu'elle résulte du droit commun ».

b. Clause contraire

50. Liberté des parties – limites. La matière étant supplétive, les parties peuvent parfaitement prévoir que la responsabilité du débiteur sera étendue aux cas de force majeure¹³¹. Notons toutefois que sont interdites les clauses mettant à charge du consommateur des dommages et intérêts s'il rompt le contrat pour force majeure (article 74/12 de la loi relative aux pratiques de marché et à la protection du consommateur¹³²).

c. Dispositions légales particulières

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

§ 2. Effets sur le contrat

A. Contrats unilatéraux

52. Res perit creditori. Si la force majeure affecte une obligation principale du débiteur, le contrat unilatéral est dissout et le créancier en supporte les conséquences (*res perit creditori*)¹³³.

Si c'est une obligation accessoire qui est concernée, seule celle-ci sera dissoute sauf si les liens avec les autres obligations sont tels qu'elle ne peut être divisée de l'ensemble du contrat. De même, si l'obligation essentielle du contrat est partiellement visée, le créancier pourra refuser une exécution partielle si l'économie du contrat ne s'y prête pas¹³⁴.

¹³¹ P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, *op. cit.*, p. 609; P. WÉRY, *op. cit.*, p. 503.

¹³² *M.B.*, 12 avril 2010.

¹³³ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 504; P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, *op. cit.*, p. 609.

¹³⁴ S. MICHAUX et D. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 170.

B. Contrats synallagmatiques – théorie des risques

Une présentation approfondie de la théorie des risques dépasserait le cadre de cette étude¹³⁵.

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

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

54. Force majeure totale et définitive – *res perit creditori*. La force majeure totale et définitive a pour effet, dans un contrat synallagmatique, non seulement de libérer le débiteur de l'exécution de son obligation, mais également d'éteindre les obligations corrélatives. Cette extinction des obligations corrélatives est le résultat de la théorie des risques, selon laquelle la force majeure qui affecte l'obligation principale d'un contrat synallagmatique entraîne la dissolution du contrat entier. Autrement dit, les risques sont pour le débiteur (*res perit debitori*) qui, tout en étant libéré de l'exécution de son obligation, perd également le bénéfice de la créance corrélatrice¹³⁶.

La théorie des risques a été consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt de principe du 27 juin 1946, où elle énonce que dans un contrat synallagmatique, l'extinction des obligations d'une partie par la force majeure entraîne celle des obligations corrélatives de l'autre partie, eu égard à l'interdépendance des obligations réciproques caractérisant le rapport synallagmatique¹³⁷. La Cour l'a confirmé par la suite, notamment dans un arrêt du 17 juin 1993, où elle souligne que l'article 1722 du Code civil relatif à la destruction par cas fortuit de la chose donnée en location « n'est qu'une application de la règle de droit suivant laquelle, dans les contrats synallagmatiques, l'extinction, par la force majeure, des obligations d'une partie, entraîne l'extinction des obligations corrélatives de l'autre partie et justifie, dès lors, la dissolution du contrat »¹³⁸.

¹³⁵ Nous renvoyons notamment le lecteur aux études de P. WÉRY, « Les adages '*Res perit debitori*' '*Res perit creditori*' et '*res perit domino*' », in *Liber amicorum Gilbert Hanard*, A. RUELE et M. BERLINGINÉ (éd.), Bruxelles, Faculté universitaires Saint-Louis, 2009, pp. 287-309; P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, *op. cit.*, pp. 268 et s.

¹³⁶ H. DE PAGE, *Traité*, 2^e éd., t. I, n° 606; S.I. NUDELHOFF, « Les incidences de la théorie des risques sur les restitutions consécutives à l'annulation du contrat », *R.C.J.B.*, 1988, p. 236.

¹³⁷ Cass., 27 juin 1946, *Pas.*, I, pp. 270 à 275.

¹³⁸ *Pas.* 1993, I, 582. Dans le même sens, Cass., 6 novembre 2008, C.06.0628.F, www.juridat.be.

La théorie des risques est ainsi érigée au rang de cause spécifique de dissolution du contrat. La dissolution ne repose pas sur une faute comme dans le cas de l'article 1184 du Code civil mais sur la nature même du contrat synallagmatique (interdépendance des obligations réciproques), en vertu de laquelle l'impossibilité d'exécuter une obligation entraîne l'extinction du contrat entier¹³⁹.

55. Force majeure temporaire. La force majeure temporaire entraîne quant à elle une suspension du contrat aussi longtemps que persiste l'obstacle. Comme la Cour de cassation le souligne dans son arrêt de principe du 13 janvier 1956, la force majeure « suspend l'exécution de tous les engagements nés d'un contrat synallagmatique, lorsque cet empêchement n'est que temporaire et que le contrat peut encore être utilement exécuté après le délai »¹⁴⁰.

56. (suite) Lien avec le concept de faute. Ici encore, le concept de faute est utile pour appréhender les différentes situations où la force majeure a un effet provisoire. Il y a bien entendu l'hypothèse classique de la disparition pure et simple du cas fortuit qui faisait obstacle à l'exécution de l'obligation. Dans ce cas, il est clair que le débiteur qui ne s'exécute pas à ce moment sera en faute et ne pourra plus invoquer le bénéfice de la force majeure. Mais il se peut aussi que l'événement se maintienne et que la force majeure soit néanmoins jugée temporaire. Dans certains cas en effet, le débiteur sera supposé trouver, avec l'écoulement du temps, des moyens pour faire face au cas fortuit. Si le temps passe sans qu'il mette en œuvre ces moyens, il convient d'admettre qu'il sera en faute et qu'il ne pourra plus invoquer la force majeure¹⁴¹. Il va de soi que l'effet temporaire de la force majeure ne peut être admis que si le contrat peut encore être utilement exécuté au moment où elle prend fin. Comme le souligne la Cour de cassation, « si la force majeure persiste, de sorte que cette dernière condition n'est plus remplie, le contrat est dissout de plein droit »¹⁴².

57. (suite) Sort du contrat pendant la période de suspension. Pendant la période de suspension, le contrat n'entre pas en léthargie complète. Il faut que les parties collaborent loyalement à sa conservation, et qu'elles fassent le nécessaire, en ce qui concerne les obligations dont elles sont débitrices, pour surmonter l'obstacle constitutif de force majeure dans les meilleurs délais¹⁴³. Ainsi le distributeur d'électricité, une fois informé de l'explosion d'un fusible

¹³⁹ P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, op. cit. p. 848.

¹⁴⁰ Cass., 13 janvier 1956, Réf??

¹⁴¹ En ce sens, Gand, 7 mai 1998, *Iuris*, 2000, 1064.

¹⁴² *Pas.*, 1956, I, 460.

¹⁴³ P. WÉRY, op. cit., p. 508.

dans une cabine électrique, doit-il remédier à la panne dans un laps de temps raisonnable¹⁴⁴.

58. Force majeure partielle. La force majeure partielle peut entraîner, selon qu'elle est temporaire ou définitive, la suspension ou la dissolution partielle du contrat. Ces mécanismes ne trouveront toutefois à s'appliquer que si l'économie du contrat peut s'accommoder d'une exécution partielle et si celle-ci présente encore une utilité pour les parties¹⁴⁵.

La règle se trouve exprimée à l'article 1722 du Code civil (dont la Cour de cassation a admis la portée générale comme on l'a vu), qui permet au preneur, en cas de destruction partielle de la chose louée, soit de solliciter une diminution partielle du loyer, soit de solliciter la dissolution (« résiliation ») du bail. Comme l'a souligné la Cour de cassation le fait pour le preneur d'avoir continué à payer les loyers après la destruction partielle des lieux loués et d'avoir même tenté de céder le fonds de commerce exploité dans l'immeuble est un circonstance établissant qu'il a renoncé à la dissolution¹⁴⁶.

C. Contrats impliquant un transfert de propriété

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

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

Dans un tel cas, le débiteur de l'obligation de livrer en est libéré mais conserve néanmoins le droit de demander le paiement du prix. Les risques sont donc pour le créancier, propriétaire de la chose vendue (*res perit creditori*, ou *res perit domino*)¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Gand, 7 mai 1998, *Iuris* 2000, 1064.

¹⁴⁵ P.A. FORNIERS et Ch. DE LEVAL, op. cit., p. 277.

¹⁴⁶ Cass., 27 mars 1981, *Pas.*, I, 1981, 814.

¹⁴⁷ Sur cette question et le rapprochement avec l'adage « *res perit domino* », voy. not. P.A. FORNIERS et Ch. DE LEVAL, op. cit., pp. 274 et s.; P. WÉRY, op. cit., pp. 510 et s. Ces deux études, pour les motifs qui y sont amplement développés, diffèrent sur l'interprétation à donner à l'article 1138 du Code civil. Pour la première, il s'agit d'une application du principe *res perit creditori* en matière de vente, selon lequel le risque passe à l'acheteur dès la conclusion du contrat. Pour la seconde, l'adage *res perit domino* expliquerait le mécanisme, à savoir le principe selon lequel les risques suivent la propriété (qui est transférée *solo consensu* à l'acheteur en cas de vente). La controverse n'est pas que théorique. Elle est même susceptible de revêtir des conséquences pratiques considérables lorsqu'il est question de vente avec un transfert différé de la propriété (par exemple en cas de clause de réserve de propriété). Dans une telle situation, si l'on suit l'adage *res perit domino*, les risques restent logés dans le chef du vendeur jusqu'au moment du transfert de propriété. En cas de perte de la chose par cas fortuit, le vendeur ne pourra

60. **Mécanismes de réserve de propriété.** Si l'on souscrit à la thèse selon laquelle le transfert immédiat des risques à l'acheteur résulte du transfert de propriété intervenu *solo consensu* au moment de la conclusion du contrat de vente¹⁴⁸, il s'agira d'être attentif aux mécanismes de réserve de propriété prévus dans de nombreux contrats, dont l'effet consisterait alors à loger les risques chez le vendeur, puisque celui-ci conserve la propriété du bien jusqu'à complet paiement. Le vendeur prudent prendra donc le soin de préciser dans un tel cas qu'en dépit de la réserve de propriété, les risques sont transférés à l'acheteur dès la conclusion du contrat.

La question pourra également se poser en matière de ventes commerciales de marchandises où l'on considère en règle générale que la propriété n'est transférée qu'au moment de leur réception¹⁴⁹.

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

Si la vente est affectée d'une condition suspensive, « la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition » (article 1182 du Code civil). Il

donc en réclamer le prix de vente à l'acheteur. Si l'on se rallie en revanche à l'adage *res perit creditori*, les risques passeront immédiatement à l'acheteur, qui sera tenu de payer le prix en cas de disparition de la chose vendue par cas fortuit. L'éclairage des travaux préparatoires, fourni par P. Wéry dans son étude précitée, aux termes desquels le transfert des risques apparaît comme justifié par le fait que la chose vendue devient, par le fait du transfert immédiat de propriété, « au pouvoir de l'acheteur », et donc à ses risques, nous semble faire pencher la balance en faveur de la seconde thèse. Nous ajouterions que le libellé de l'article 1182 du code civil, qui retarde le transfert des risques au moment de la réalisation de la condition suspensive, justifie littéralement le transfert des risques à ce moment par le fait que le vendeur ne s'est obligé de « livrer » que dans le cas de la réalisation de la condition. L'idée semble ici aussi consister à lier le transfert des risques à la maîtrise que l'acheteur peut ou non exercer sur la chose vendue. De même, l'article 1302, al. 2 du Code civil précise que le débiteur peut être exonéré de la charge des risques, même s'il a été mis en demeure de livrer, lorsqu'il peut démontrer que la chose aurait de toute façon péri même si elle avait été en possession du créancier. Ici encore, l'idée de pouvoir sur la chose, caractéristique du droit de propriété, semble associée à la problématique des risques. Le lien entre propriété et risques est encore attesté par l'article 1788 du Code civil qui précise que lorsque l'entrepreneur s'est engagé à livrer la matière, la perte de celle-ci est aux risques de l'entrepreneur si la manière n'a pas encore été réceptionnée, c'est-à-dire si le transfert de propriété n'est pas encore intervenu (P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., p. 849). C'est du reste la position que la Cour de cassation a adoptée dans son arrêt du 9 novembre 1995, en énonçant que « lorsqu'un contrat de vente qui comporte une clause retardant le transfert de propriété est conclu, le vendeur supporte, en principe, le risque de la perte de la chose et, sauf clause contraire, ne peut plus obtenir le paiement du prix et est tenu de restituer à l'acheteur le prix ou la partie du prix déjà payée » (C930035N, www.juridat.be). La Cour d'appel de Mons a adopté une position identique dans un arrêt du 20 mai 2003 (J.L.M.B., 2004, p. 690).

¹⁴⁸ Cf. note précédente.¹⁴⁹ J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, 1960, n. 1692.

en résulte que le vendeur sera privé de son droit d'obtenir le prix de vente si la chose vient à périr *pendente conditione*.

61. **Dispositions légales particulières.** Enfin, des dispositions particulières peuvent prévoir, en certaines matières, des dérogations à la règle *res perit domino*. C'est notamment le cas de la loi Breynne, qui dispose en son article 5 que « le transfert des risques (...) ne peut s'opérer avant la réception provisoire des travaux »¹⁵⁰.

D. Effets dans le temps

62. **Dissolution *ex nunc*.** La dissolution survenue par force majeure opère en principe *ex nunc*¹⁵¹.

Toutefois, si l'obligation a été partiellement exécutée, le créancier devra restituer au débiteur l'objet de cette exécution partielle¹⁵². Ainsi dans le cas d'une vente de deux camions, où les parties ont convenu que le transfert de propriété serait retardé jusqu'au paiement complet du prix, et où les camions ont été complètement détruits alors que seulement une partie du prix avait été payée, la Cour de cassation considère que le vendeur « est tenu de restituer à l'acheteur le prix ou la partie du prix déjà payée »¹⁵³.

63. **Tempéraments.** P.A. Foriers et Ch. De Leval, dans leur étude déjà citée, évoquent l'hypothèse que la dissolution fondée sur la théorie des risques, à savoir sur une inexécution sans faute, devrait être analysée, sous l'angle de ses effets dans le temps, de la même manière que la dissolution pour inexécution fautive de l'article 1184 du Code civil¹⁵⁴.

Il s'agirait alors de se démarquer de la règle de non rétroactivité pour appliquer en matière de théorie des risques les mêmes raisonnements qu'en matière de résolution, impliquant que le caractère rétroactif ou non de la dissolution soit lié au caractère divisible ou indivisible du contrat¹⁵⁵ (le contrat pouvant être considéré comme divisible lorsque les prestations dont il fait l'objet sont parfaitement séparables). Selon cette approche, lorsque survient la cause de dissolution, il ne se justifie pas de revenir sur la période contractuelle qui a été exécutée et « consommée » à l'entière satisfaction de chacun : si le contrat est divisible, l'équilibre contractuel doit être – selon l'économie voulue par les par-

¹⁵⁰ Loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction, M.B., 11 septembre 1971.¹⁵¹ Bruxelles, 14 avril 1989, J.T., 1989, p. 356.¹⁵² P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., p. 853.¹⁵³ Cass., 9 novembre 1995, C0930035N, www.juridat.be.¹⁵⁴ Op. cit., pp. 278 et s.¹⁵⁵ Voy. à ce sujet M. FOMRINE, « La rétroactivité de la résolution des contrats pour inexécution fautive », R.C.J.B., 1990, pp. 398 et s.; S. STJNS, « La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en œuvre et ses effets », op. cit., p. 456.

ties – respecté pour le passé et la dissolution ne doit sortir ses effets qu'à dater de la cause de dissolution. Si en revanche le contrat est indivisible, il forme un ensemble « inséparable ». Dans ce cas, même si la convention est correctement exécutée dans un premier temps, elle ne remplira son but « qu'en étant exécutée convenablement du début à la fin » (même si le rez-de-chaussée d'un immeuble est correctement construit, l'exécution du contrat d'entreprise ne sera parfaite que lorsque le toit sera posé)¹⁵⁶. Dans ce type de convention, la cause de dissolution survient en cours d'exécution du contrat rompt l'équilibre contractuel dans son ensemble, et donc pour le passé, ce qui implique que la dissolution doit rétroagir.

Dans le cas cité plus haut de la vente de deux camions, la Cour de cassation considère que dans la mesure où les deux camions avaient déjà été partiellement utilisés au moment de la survenance du cas fortuit, « le vendeur a droit à la contre-valeur de la jouissance de la chose par l'acheteur ». Bien que la Cour ne le précise pas, cette dernière restitution trouve probablement son fondement dans la théorie de l'enrichissement sans cause¹⁵⁷ qui semble aller dans le sens d'un assouplissement du principe de non rétroactivité.

Section 5

Clauses de force majeure

§ 1. Liberté contractuelle

64. Liberté des parties. La force majeure n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent en aménager librement les conditions et les effets¹⁵⁸.

On peut même imaginer qu'elles excluent purement et simplement la force majeure du champ contractuel. Dans ce cas, le débiteur de l'obligation ne pourra se prétendre libéré par la survenance de l'événement de force majeure et sera tenu de s'exécuter quoi qu'il arrive (en nature ou par équivalent, si l'exécution en nature est impossible). De telles clauses s'apparentent en réalité à des clauses de garantie procédant d'une responsabilité quasiment objective puisque le débiteur sera presque toujours responsable du dommage résultant de l'inexécution sans pouvoir invoquer la moindre cause d'exonération¹⁵⁹.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ En ce sens, P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit. p. 853.

¹⁵⁸ P. WÉRY, *op.cit.*, p. 501 ; H. DE PACE, *Traité*, 2^e éd., t. I, p. 609.

¹⁵⁹ Voy. not. Cass., 17 juin 1993, Pas., 1, 582 (N'est pas incompatible avec le contrat de location-financement (leasing) la clause prévoyant « qu'en cas de perte de jouissance totale ou partielle du matériel loué, le locataire ne peut invoquer aucune suspension ou résiliation du bail »), P.A. FORNIERS et Ch. DE LEVAL, *op. cit.*, p. 253 et références citées.

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

Comme le souligne P. Van Omme slaghe dans une étude approfondie de la question, de telles clauses de force majeure trouvent en général leur place dans des contrats à prestations successives qui impliquent l'écoulement d'une certaine durée entre le moment de leur conclusion et celui leur exécution¹⁶⁰. L'écoulement du temps soumet les parties à un aléa dont elles ne peuvent se permettre de ne pas régler les conséquences, compte tenu des enjeux économiques en présence et, bien souvent, de l'implication de tiers dans le marché. Les clauses de force majeure sont là pour fixer les règles du jeu dès le départ sur ce qu'il convient d'entendre ou d'exclure comme événement de force majeure, et sur la manière dont il faudra en régler les effets.

§ 2. Rédaction de la clause

65. Rédaction de la clause. Une correcte rédaction de la clause de force majeure nécessite de (A) définir la notion de force majeure, (B) définir la procédure à suivre en cas de survenance d'un événement de force majeure et (C) définir les effets de la force majeure.

A. Définition contractuelle de la notion de force majeure

La manière de définir la notion de force majeure varie selon les contrats.

66. Énumération des cas de force majeure. Les parties peuvent se contenter de reprendre une simple liste des cas assimilés à la force majeure.

Exemple

For the purposes of this contract "Force Majeure" shall mean :

- (i) *acts of God, explosion, flood, lightning, tempest, fire or accident ;*
- (ii) *war, hostilities (whether war be declared or not), invasion, act of foreign enemy ;*
- (iii) *rebellion, revolution, insurrection, military or usurped power or civil war ;*
- (iv) *riot, civil commotion or disorder ;*
- (v) *acts, restrictions, regulations, by-laws, refusals to grant any licenses or permissions, prohibitions or measures of any kind on the part of any governmental authority ;*
- (vi) *import or export regulations or embargos ;*
- (vii) *strikes, lock-outs or other industrial actions or trade disputes of whatever nature (whether involving employees of the contractor or a third party) ;*
- (viii) *defaults of suppliers or sub-contractors for any reason whatsoever ;*

¹⁶⁰ P. VAN OMMESSLAGHE, « Les clauses de force majeure et l'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux », R.D.I.C., 1980, pp. 7 et s.

- (ix) *incompleteness or inaccuracy of any technical information which it is the responsibility of the purchaser to provide;*
- (x) *any failure, default, delay in performance or any act or omission of any nature whatsoever on the part of the purchaser, or its employees, agents, suppliers or subcontractors.*

Exemple

Au sens de la présente Convention, on entend entre autre par force majeure, et sans que cette énumération ne soit limitative : une catastrophe naturelle, une rébellion, une guerre ou une opération militaire, un acte de terrorisme, un état d'urgence national ou local, une action ou omission du gouvernement ou d'une autre autorité, des épidémies, le feu, un coup de foudre, une explosion, une inondation (Ci-après 'Force Majeure').

Comme on le voit dans ces exemples, si les clauses de force majeure énumèrent en grande partie des événements que le droit commun assimile classiquement à la force majeure (un coup de foudre, une explosion...), elle en étendent également le champ d'application à des cas qui seraient nettement plus discutables en théorie (un état d'urgence, « default of suppliers or subcontractors ») ou à des événements qui relèvent en réalité du régime de la responsabilité (« incompleteness or inaccuracy of any technical information which it is the responsibility of the purchaser to provide »). De telles clauses extensives sont parfaitement valables, sous réserve toutefois de dispositions légales contraignantes¹⁶¹, et avec la précision qu'elles doivent, lorsqu'elles dépassent le cadre de la force majeure usuelle (comme lorsque le prestataire se considère libéré s'il est victime d'un litige commercial (*trade disputes of whatever nature*)), s'analyser en de véritables clauses exonératoires de responsabilité et respecter les règles applicables en la matière.

La méthode des listes peut par ailleurs conduire les parties à expressément exclure certains événements pour s'assurer qu'ils ne seront pas invoqués au titre de force majeure.

Exemple

Ne sont pas considérées comme cas de force majeure, le retrait, la perte ou la non obtention d'une autorisation, licence, permis ou tout autre document du même type nécessaire à la bonne l'exécution de la présente Convention.

L'utilité principale de telles énumérations est de limiter autant que faire se peut toute difficulté d'interprétation en cas de survenance d'événements qui pourraient prêter à discussion. Il est donc recommandé d'y insérer des aléas liés aux faits de tiers (sous-traitants, fournisseurs, autorités, etc.), à certains événe-

¹⁶¹ Comme notamment en matière de bail à ferme (article 22 : « (...) il [le preneur] ne peut être chargé des cas fortuits extraordinaires, tels que les ravages de la guerre ou une inondation auxquels la région n'est pas ordinairement sujette ») ou de contrats avec les consommateurs, où sont considérées comme abusives les clauses qui ont pour objet, en cas de force majeure, de « n'autoriser le consommateur à rompre le contrat que moyennant le paiement de dommages-intérêts » (article 74/12 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (M.B., 12 avril 2010)).

ments sociaux (grèves, manifestations), à des difficultés techniques (pannes de télécommunication, pannes de machines), à des incidents administratifs (retraits d'autorisation ou de licences, etc.)¹⁶².

Toutefois, la technique de l'énumération peut s'avérer insuffisante lorsqu'elle ne s'accompagne pas d'une définition plus générale du concept de force majeure. Si les parties se contentent d'énumérer une liste d'événements matériels, il sera en effet souvent difficile pour le juge, spécialement dans un contexte international où les définitions de la force majeure sont variables d'un état à un autre, de déterminer la réelle intention des parties quant aux événements qu'elles énumèrent¹⁶³. Ces événements sont-ils élevés systématiquement au rang de force majeure quelles que soient les circonstances dans lesquelles ils surviennent ou ne peuvent-ils y être assimilés que lorsqu'ils remplissent les conditions de droit commun de la force majeure ? Par exemple, si les parties visent l'événement climatique comme événement constitutif de force majeure, la partie victime d'une tempête pourra-t-elle s'en prévaloir alors même que la tempête était prévisible et qu'elle aurait pu raisonnablement y faire face ?

67. Définition générale de la force majeure. Dans certaines conventions, on trouve uniquement une définition générale de ce que les parties entendent par force majeure. De telles clauses peuvent soit donner leur définition de la force majeure, soit renvoyer au concept tel qu'il est défini dans un ordre juridique national.

Exemple

Aucune partie ne peut être tenue pour responsable de tous retards dans l'exécution ou de l'impossibilité d'exécution des obligations découlant de la présente convention lorsque ce retard ou cette impossibilité est occasionné par un acte ou des circonstances imprévisibles, indépendantes de la volonté ou de la faute de la partie défaillante et irrésistibles.

Exemple

Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération, au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences.

Exemple

In case of force majeure event, as that term is construed under Belgian law, (...)

¹⁶² Cf. P. VAN OMMEASLACHE, « Les clauses de force majeure et l'imprévision (*hardship*) dans les contrats internationaux », R.D.I.D.C., 1980, pp. 43 et s.

¹⁶³ P. VAN OMMEASLACHE, « Les clauses de force majeure et l'imprévision (*hardship*) dans les contrats internationaux », R.D.I.D.C., 1980, pp. 41 et s. et exemples cités.

Dans certains cas, les clauses étudiées précisent, en écho au droit commun, que la force majeure ne sera admise que si elle ne peut être contournée par des efforts raisonnables.

Exemple

(...) provided that it uses reasonable endeavours to perform regardless of the advent of the Force Majeure Event.

(...) events or circumstances beyond one of the parties' control and which are reasonably unforeseeable or unavoidable

De telles clauses sont en tant que telles relativement inutiles à elles seules puisqu'elles se contentent de reproduire le droit commun. Elles laissent entières les difficultés d'interprétation dans de nombreux cas d'espèce.

68. Approche combinée. L'approche combinée semble la meilleure. La définition générale par les parties de la notion de force majeure s'accompagne d'une énumération des cas assimilés à force majeure, qui pourront être correctement appréhendés à la lumière de la définition donnée¹⁶⁴.

Exemple

For the purposes of this Clause, "Force Majeure" means the occurrence after the date of this Agreement of any event or circumstance which impedes performance of either party's obligations under this Agreement and which is beyond the reasonable control of the party affected and shall include, without limitation, labour conflicts, acts of God, flood, seriously adverse weather conditions, sabotage, accidents, fire, war, mobilisation or unforeseen call-up of armed forces to a comparable extent, requisition, embargo, currency restrictions, riots and insurrection, shortage of transport, general shortage of materials, plant breakdown, unavailability or restrictions in the use of power or fire and/or defects or delays in deliveries by sub-suppliers caused by an event of Force Majeure.

B. Définition de la procédure à suivre en cas de survenance d'un cas de force majeure

69. Intérêt de fixer une procédure. L'intérêt des clauses de force majeure réside également dans la mise en place d'une procédure à suivre par les parties en cas de survenance d'un événement fortuit.

Comme on l'a vu, le droit commun ne donne aucune indication à cet égard. Tout au plus permet-il de déterminer la réaction minimale que l'on est en droit d'attendre d'un débiteur confronté à un cas fortuit : il doit prendre toutes les dispositions raisonnables pour y faire face et y remédier.

70. Contenu de la procédure. Il peut être intéressant pour les parties de rappeler et préciser les préceptes du droit commun quant à la gestion des conséquences d'un cas de force majeure, en rappelant que le débiteur ne peut s'en

¹⁶⁴ D. PHILIPPE, « Les clauses relatives au changement de circonstance dans les contrats à long terme », in *La vie du contrat*, 1991, n. 12.

prévaloir s'il ne prend pas les mesures raisonnables pour y faire face et en prévoyant quel type de réaction on attend de lui en fonction de l'événement rencontré.

Exemple

The party claiming the Force Majeure Event will promptly take all reasonable steps to overcome the delay or stoppage.

« La partie dont l'exécution de l'obligation est retardée ou rendue impossible pour cause de « force majeure » est tenue de le notifier à l'autre partie et s'engage à mettre tout en œuvre pour remédier à ce retard ou à cette impossibilité dans les meilleurs délais ».

The party claiming the Force Majeure Event will take all necessary steps to bring the Force Majeure Event to a close.

La clause de procédure permet également aux parties d'aller plus loin dans le règlement des comportements consécutifs à un cas de force majeure. À supposer même que le cas de force majeure soit avéré et ne puisse être remédié, rien n'empêche que le contrat oblige le débiteur libéré de son obligation à respecter de nouvelles obligations de nature à faciliter la gestion de la crise.

On peut ainsi imaginer des clauses qui obligent le débiteur à informer rapidement et le plus complètement possible son cocontractant de la nature et des effets de l'événement de force majeure.

Exemple

The party claiming the Force Majeure Event will promptly notify the other in writing of the reasons for the delay or stoppage (and the likely duration and anticipated effects).

On peut également imaginer des clauses permettant de limiter les effets négatifs de la situation pour le créancier. On rencontre notamment ce type de clauses dans les contrats de prestations informatiques, où le prestataire est invité à respecter des cadres de notification et d'assistance permettant à son cocontractant de réparer les dégâts dans les meilleures conditions, moyennant rémunération.

Exemple

The party claiming the Force Majeure Event will take all necessary steps to bring the Force Majeure Event to a close or to find a solution whereby the Agreement may be performed despite the Force Majeure Event and the parties shall co-operate with each other to endeavour to mitigate the consequences for the Managed Services.

Certains contrats sont d'ailleurs spécifiquement dédiés à ce genre de situation, comme notamment les accords de *Disaster Recovery* dans le domaine technologique, qui définissent des procédures très précises en cas de sinistre entraînant une panne de système ou une perte de données.

Exemple

The Contractor shall, if the computer equipment of the customer shall be out of operation due to a Disaster, make available to the customer Recovery Service as designated in Schedule 1 on the receipt of the notice specified in that Schedule.

C. Effets

71. Intérêt de définir les effets. Un autre intérêt de la clause de force majeure est de déterminer les effets de la survenance de l'événement sur la situation contractuelle.

On a vu que la matière peu s'avérer complexe lorsque ses destinées sont abandonnées aux seules règles de droit commun. Une clause correctement rédigée sera donc bienvenue et garante de sécurité juridique pour les parties.

D'une manière générale, les clauses étudiées règlent les effets de la force majeure d'une part sur le contrat (suspension, dissolution, effet total ou partiel, rétroactivité) et d'autre part sur la responsabilité des parties.

72. Effets sur le contrat. S'agissant des effets sur le contrat les parties tentent en général d'organiser un période d'attente pendant laquelle le contrat sera suspendu. À l'issue de cette période, elles s'accordent pour considérer que la force majeure est devenue définitive et doit permettre la dissolution du contrat. Il peut être utile de préciser également que la suspension qui caractérise la période d'attente a notamment pour effet d'interrompre le cours des délais d'exécution qui auraient été convenus.

Exemple

The performance of the services affected by the Force Majeure Event only will be suspended for the period that the Force Majeure Event continues, and the party will have an extension of time for performance which is reasonable.

If a Force Majeure Event completely prevents the Service Provider from rendering any the Services and continues for more than thirty (30) continuous days, the User may terminate this Agreement insofar as it relates to the provision of the Managed Services affected with immediate effect on giving written notice to the other and the User will not be liable to the Service Provider for such termination.

Exemple

Dans le cas où un événement de force majeure surviendrait pendant la durée du Contrat, l'exécution du Contrat est suspendue dans un premier temps.

Dans le cas où l'événement de force majeure a une durée d'existence supérieure à deux (2) mois, chacune des Parties peut résilier le Contrat par lettre recommandée avec accusé de réception sans que l'autre Partie puisse prétendre à des dommages et intérêts de ce fait.

Afin d'assurer la continuité du contrat, les parties pourront trouver un intérêt à permettre l'intervention de tiers pendant la phase de suspension.

Exemple

So long as the Force Majeure Event continues, the Customer may contract with others for the supply of any Services, which the Service Provider is unable to supply in accordance with the terms of this Agreement.

Dans le même contexte, il sera utile de régler la question de frais exposés par les parties pendant la suspension du contrat.

Exemple

Any costs arising from the delay or stoppage will be borne by the party incurring those costs ;

73. Effets sur la responsabilité des parties. S'agissant de la charge des risques, les clauses de force majeure peuvent organiser les choses de manière relativement libre, et sous réserve encore un fois de dispositions particulières ou du régime propre aux clauses exonératoires de responsabilité¹⁶⁵.

On peut ainsi imaginer que le débiteur renonce totalement à invoquer un quelconque cas de force majeure, ou que sa responsabilité ne soit exclue que dans certains types de circonstances¹⁶⁶.

On peut également prévoir que la survenance d'un événement de force majeure entraîne une répartition des risques sur chacune des parties, qui devront soit y remédier à efforts communs, soit en partager les conséquences dommageables.

Il arrive aussi que la clause précise que la responsabilité du débiteur ne sera pas exonérée s'il peut démontrer que l'inexécution découle également d'autres causes imputables au débiteur et serait donc intervenue même en l'absence d'un cas de force majeure¹⁶⁷.

Chapitre 2

La théorie de l'imprévision

74. Introduction – objet de la question. Qu'advient-il et des droits et des obligations des parties lorsque, par le fait de la survenance d'un événement qui ne leur est pas imputable, imprévisible lors de la conclusion du contrat et survenu postérieurement à celle-ci, l'équilibre contractuel se trouve gravement bouleversé, au point que l'exécution des obligations de la partie qui en subit les

¹⁶⁵ Interprétation restrictive, effets exclusivement entre parties, non application en cas de dol, interdiction de vider l'obligation de son contenu, etc.

¹⁶⁶ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., p. 1401.

¹⁶⁷ M. FONTAINE et F. DE LY, *Droit de contrats internationaux : analyse et rédaction des clauses*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 457 et exemple de clause citée : « Provided, however, that no relief (...) to the extent that such failure or delay would have nevertheless been experienced by the affected Party had the Force Majeure Event no occurred ».

conséquences devient largement plus difficile ou plus onéreuse, sans toutefois s'avérer impossible ?

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

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

75. Plan de la présente section. Nous rappellerons, dans un premier temps, la notion d'imprévision telle que définie par la doctrine et la jurisprudence, en veillant à évoquer courtement les principaux fondements juridiques proposés par ses défenseurs (section 1). Nous constaterons ensuite que la théorie de l'imprévision n'est pas reçue, en droit belge, comme un principe général de droit des obligations (section 2). Notre droit n'ignore toutefois pas totalement la question du bouleversement de l'économie contractuelle. Il recèle en effet d'autres figures juridiques permettant de rencontrer, de manière limitée et sans doute imparfaite, les problèmes posés par la rupture de l'équilibre contractuel tel qu'envisagé lors de la conclusion du contrat suite à la survenance d'un événement imprévu (section 3). Cette question a également été envisagée par notre législateur par la voie de certaines lois particulières autorisant les parties à adapter, dans des circonstances particulières, les engagements qu'elles ont contractés (section 4). Par la voie du droit comparé (section 5) et l'analyse succincte des textes transnationaux élaborés au cours des dernières années (section 6), nous constaterons que la position adoptée par la doctrine et la jurisprudence belges fait figure d'exception dans le paysage international. Cette position est-elle susceptible d'évoluer ? Notre Cour suprême a récemment admis de faire application de la théorie de l'imprévision à un contrat de vente internationale de marchandises, fondant sa décision sur les principes de droit des contrats internationaux. Certains y voient une brèche dans sa jurisprudence antérieure (section 7). Enfin, dès lors que l'application de la théorie demeure fortement discutée (et contestée), il nous a paru utile de conseiller aux rédacteurs des conventions d'y insérer une clause réglant le sort de celles-ci en cas de survenance d'un événement constitutif d'imprévision, à tout le moins lorsqu'il s'agit de contrats de longue durée, à exécution successive ou différée (section 8).

Section 1

Notion et fondement

§ 1. Définition

76. Cour de cassation. Dans son arrêt du 30 octobre 1924, la Cour de cassation énonce que « la théorie juridique dite de l'imprévision tend à faire admettre qu'en toute matière, la partie lésée par un contrat peut être déliée de ses engagements, lorsque des événements extraordinaires, échappant à toute prévision au moment où ce contrat a pris naissance, en ont altéré si profondément l'économie, qu'il soit certain qu'elle n'aurait pas consenti à assumer l'aggravation de charges qui en résulte »¹⁶⁸.

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

H. De Page lui reproche de mettre trop l'accent sur la situation de l'une des parties alors que l'équilibre initial du contrat et l'absence de consentement à supporter l'aggravation sans commune mesure des charges qui résulterait de la survenance d'un événement imprévisible est « un pacte adjoint commun aux deux parties »¹⁶⁹.

L'éminent auteur propose ainsi de définir l'imprévision comme « le déséquilibre des prestations réciproques qui vient à se produire, dans les contrats à prestations successives ou différées, par l'effet d'événements ultérieurs à la formation du contrat, indépendants de la volonté des parties, et se révélant tellement extraordinaires, tellement anormaux, qu'il n'était guère possible de raisonnablement les prévoir ». Il poursuit en précisant que « la survenance de pareils événements a pour effet, pour résultat, d'altérer si profondément l'économie du contrat, d'en bouleverser à ce point l'équilibre tel qu'il a été initialement fixé, qu'il apparaît certain que les parties n'eussent point contracté si elles avaient pu les prévoir »¹⁷⁰.

D. Philippe porte, quant à lui, trois griefs à la définition donnée par la Cour de cassation dans son arrêt du 30 octobre 1924¹⁷¹ :

1) selon lui, il n'est pas requis que les événements imprévisibles soient « anormaux » ou « extraordinaires ». On considérera en effet volontiers avec l'auteur que des événements ordinaires, mais imprévisibles au moment de la conclusion du contrat, puissent bouleverser l'équilibre contractuel. « Seuls

¹⁶⁸ Cass., 30 octobre 1924, *Pas.*, 1924, I, 565.

¹⁶⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 559, note n° 2.

¹⁷⁰ H. DE PAGE, *Traité, op. cit.*, p. 560, note n° 574.

¹⁷¹ Certains de ces griefs sont pareillement applicables à la définition de H. DE PAGE ci-dessus.

les effets [de ces événements] sur le contrat pourraient être considérées comme extraordinaires »¹⁷²;

2) pour juger du bouleversement de l'équilibre contractuel, la Cour de cassation ne prend en considération que l'obligation de la partie lésée « prise en soi », indépendamment des « risques et des usages commerciaux découlant de la nature même du contrat ». Or, l'auteur considère que ces risques doivent être assumés par la partie qui s'engage, même si, à ce moment, « elle ne réalise pas exactement leur portée ou elle les ignore »¹⁷³;

3) dans la définition qu'en donne la Cour de cassation, la théorie de l'imprévision permettrait uniquement à la partie qui s'en prévaut d'« être déliée de ses engagements » alors que cette théorie permet également l'adaptation du contrat aux circonstances nouvelles¹⁷⁴.

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

- 1) être extérieures à la partie qui l'invoque;
- 2) être imprévisibles et inévitables;
- 3) entraîner à coup sûr un bouleversement de l'économie contractuelle »¹⁷⁵⁻¹⁷⁶.

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

- être *survenues après la conclusion du contrat* : la théorie de l'imprévision se distingue ainsi de l'hypothèse des sujétions imprévues qui trouve à s'appliquer en matière de contrat d'entreprise et qui concerne « une contrainte pré-existante au contrat mais inconnue des parties au moment de la conclusion du contrat. Elle rend l'exécution du contrat non impossible mais seulement beaucoup plus difficile, beaucoup plus onéreuse, voire beaucoup plus longue »¹⁷⁷. Confronté à ce genre de circonstance, l'entrepreneur a droit soit à

¹⁷² D. PHILIPPE, obs. sous Comm. Bruxelles, 16 janvier 1979, J.T., 1980, p. 460 n° 21.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ *Ibidem*. Pour une définition similaire, D. PHILIPPE, note sous Anvers, 6 mai 1987, R.G.D.C., 1990, p. 306; D. PHILIPPE, « Le point sur... l'imprévision », *op. cit.*, p. 738, n° 1.

¹⁷⁶ Pour d'autres définitions de l'imprévision, voy. C. DELFORGE, « La modification unilatérale du contrat », in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 2008, pp. 186-187, n° 51; P. VAN OMMEISLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 165, n° 91 et p. 790, n° 530.

¹⁷⁷ A. DELVAUX et al., *La responsabilité des professionnels de la construction*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 151, n° 245. Pour une autre définition, similaire, voy. M.A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et F. PORTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1990-2000)*, col. Les dossiers du J.T., vol. 29, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 312-313, n° 375.

une prolongation du délai (adaptation du contrat), soit à une indemnisation « des moyens qu'il a mis en œuvre pour remédier aux aléas rencontrés »¹⁷⁸;

- être *indépendantes de la faute de l'une des parties contractantes*¹⁷⁹⁻¹⁸⁰;

- être *objectivement imprévisibles* au moment de la conclusion du contrat. Nous avons en effet souligné que les risques inhérents à la nature du contrat ou découlant des usages commerciaux devaient être assumés par la partie contractante, même si elle les ignore ou si elle n'en saisit pas la pleine portée.

Dans le même sens, H. De Page souligne que « la plupart du temps, s'il y a, dans cette hypothèse, "imprévision" c'est plutôt par l'effet de l'imprévoyance de la partie qui s'est engagée que par la survenance d'un risque anormal et extraordinaire. Et, dans ce cas, le principe de la rigidité contractuelle (Code civ., art. 1134, al. 1^{er}) est salutaire, parce qu'il ne faut pas protéger à l'excès les imprévoyants, les inhabiles ou les inexpérimentés »¹⁸¹;

- entraîner *un changement radical de l'obligation contractuelle* assumée¹⁸². La sécurité juridique assurée par le contrat doit être maintenue. La remise en cause de la rigidité contractuelle ne doit trouver à s'appliquer que dans des cas exceptionnels¹⁸³ de bouleversement de l'économie contractuelle, précisément dans le but de sauvegarder la sécurité des transactions : « pour autant, la flexibilité n'induit pas l'insécurité. Au contraire. C'est le bouleversement de l'économie initiale qui déstabilise le contrat »¹⁸⁴.

§ 2. Fondements avancés

79. L'équité. Les auteurs considèrent généralement que la théorie de l'imprévision est fondée sur « les principes supérieurs de l'équité »¹⁸⁵⁻¹⁸⁶. Cette thèse trouve un certain écho dans l'article 1135 du Code civil qui dispose que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à

¹⁷⁸ M.A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et F. PORTIER, « Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1990-2000) », *op. cit.*, p. 313, n° 375. Pour un cas d'application récent, voy. Bruxelles, 8 mars 2001, RG n°95/AR1732, disponible sur <http://www.juridat.be>, justel n°F-19881205-10.

¹⁷⁹ R. KERMHOFF, « La modification conventionnelle du contrat », R.D.I.D.C., 1985, p. 101; D. PHILIPPE considère, quant à lui, que de telles circonstances doivent être « non imputables à la partie qui s'en prévaut » (D. PHILIPPE, « Le point sur... l'imprévision », J.T., 2007, p. 738, n° 1).

¹⁸⁰ Sur la condition d'absence de faute dans la force majeure, voy. *supra*, n° 6 et s.

¹⁸¹ H. DE PAGE, *Traité*, *op. cit.*, p. 569, n° 579.

¹⁸² S. HEREMANS, « Le bouleversement de l'économie contractuelle à la suite d'un changement de circonstances : quelques éclairages nouveaux », R.G.D.C., 2000, p. 485.

¹⁸³ D. PHILIPPE, « Le point sur... l'imprévision », *op. cit.*, p. 740, n° 6.1.

¹⁸⁴ C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme*, thèse, UCL, 2006, p. 424, citée par D. PHILIPPE, « Le point sur... l'imprévision », *op. cit.*, p. 740, n° 6.1 (note n° 37).

¹⁸⁵ H. DE PAGE, *Traité*, *op. cit.*, p. 566, n° 577; D. PHILIPPE, obs. sous Comm. Bruxelles, 16 janvier 1979, J.T., 1980, p. 460, n° 22.2.

¹⁸⁶ Pour une décision fondant la réformation de conventions préalables à divorces par consentement mutuel sur l'équité, voy. Civ. Namur, 24 juin 1986, R.R.D., 1986, p. 252.

toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature »¹⁸⁷.

La Cour de cassation considère toutefois, à juste titre¹⁸⁸, que si l'équité peut avoir une fonction complétive en ce qui concerne les obligations des parties, elle ne peut avoir pour effet de modifier le contrat. Notre Cour suprême rappelle en effet de manière constante que « si les conventions doivent être exécutées de bonne foi et sans abus de droit, le juge ne peut les modifier pour des motifs d'équité »¹⁸⁹ ou encore que « des motifs d'équité ou " d'approche des réalités " ne peuvent dispenser les parties de les exécuter »¹⁹⁰.

80. L'interprétation des conventions. Selon H. De Page, l'imprévision était déjà connue des juristes du Moyen Âge. Ils la justifiaient par une disposition contractuelle qui serait implicitement présente dans toutes les conventions : la clause *rebus sic stantibus* en vertu de laquelle les parties ne s'engageraient que sous la réserve que les circonstances présentes à la conclusion du contrat demeurent, dans leur principe, identiques : « les risques normaux sont donc pris en charge par le contrat, mais non les risques anormaux »¹⁹¹.

Ainsi, dans son office d'interprétation du contrat, le juge ne ferait que dégager ce pacte tacite, en donnant à l'accord des parties « sa pleine et entière valeur »¹⁹²⁻¹⁹³. S'il est certain que le juge doit, conformément à l'article 1156 du Code civil, « rechercher la commune intention des parties plutôt que de s'attacher au sens littéral des termes » et qu'il peut, pour cela, se fonder tant sur les éléments

¹⁸⁷ Pour un commentaire de cette disposition, nous renvoyons le lecteur à la contribution de C. DELFORGE au présent ouvrage.

¹⁸⁸ En ce qui concerne l'approbation de la position de la Cour de cassation par la doctrine, voy. not. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 516, n° 585. X. DIEUX considère, quant à lui, que « les suites que l'équité est susceptible de donner aux obligations conventionnelles doivent, avant tout, être conformes à la nature du contrat ; l'équité, au sens de l'article 1135, est donc moins une source propre de droits et d'obligations qu'une directive pour la recherche des conséquences que la nature du contrat peut impliquer » (X. DIEUX, « Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé », *R.C.J.B.*, 1983, p. 394).

¹⁸⁹ Cass., 15 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, 177.

¹⁹⁰ Cass., 30 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, 392.

¹⁹¹ H. DE PAGE, *Traité*, op. cit., p. 564, n° 576. Pour un raisonnement analogue qui considère que la volonté ne peut porter que ce sur ce qu'on est susceptible de prévoir, compte tenu des données existantes lors de la conclusion du contrat, voy. H. DE PAGE, avis avant Civ., Bruxelles, 7 février 1974, *B.J.*, 1974, col. 368-369. Distinguant le domaine de l'autonomie de la volonté de celui de l'hétéronomie de la volonté, l'auteur considère que les circonstances imprévisibles et extraordinaires ne relèvent pas du champ contractuel.

¹⁹² H. DE PAGE, *Traité*, op. cit., p. 566, n° 577.

¹⁹³ Pour une décision faisant application de la théorie de l'imprévision, voy. l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 28 avril 1920 qui considère que « le loi du 11 octobre 1919, relative à la résiliation et à la révision de certains contrats conclus avant ou pendant la guerre, n'a pas eu pour but ni pour effet de déroger au droit commun et d'interdire au juge quant aux contrats [n'entrant pas dans le champ d'application de cette législation particulière] de trouver dans les faits de la cause la preuve que les parties n'avaient contracté que sous la clause tacite *rebus sic stantibus* et de déclarer que, par suite des modifications d'exécution du contrat litigieux, les parties se trouvent déchargées de leurs obligations » (*Pas.*, 1920, II, 153 ; réédité in *Centenaire J.L. - J.L.M.B.*, Bruxelles, Larcier, 1988, p. 284 et note D. PHILIPPE, « Changement de circonstances en matière contractuelle »).

intrinsèques de la convention que sur des circonstances externes à celle-ci¹⁹⁴, il ne peut toutefois déduire cette intention que lorsqu'elle est réelle. Dès lors, à défaut d'éléments précis permettant de démontrer « sans aucune espèce d'équivoque possible, la volonté tacite mais réelle des parties de souscrire à une telle clause »¹⁹⁵, le juge ne pourra, par le détour de l'interprétation, ajouter à ce que les parties ont voulu lors de la conclusion du contrat.

La thèse selon laquelle les parties ne contracteraient, en toute hypothèse, que sous la clause tacite *rebus sic stantibus* ne peut donc être admise. On reprochera en effet « à ce raisonnement de présumer, sans élément probant de conviction, une clause dérogatoire au droit commun, ce qui reviendrait non à interpréter des volontés, mais à extrapoler à partir de celles-ci »¹⁹⁶.

81. La fonction modificatrice de la bonne foi. Dans la foulée de la doctrine et de la jurisprudence actuelles qui reconnaissent à la bonne foi une fonction complétive et une fonction modératrice¹⁹⁷, certains auteurs ont considéré qu'il fallait également donner à celle-ci une fonction modificatrice¹⁹⁸ qui autoriserait le juge à adapter le contrat pour tenir compte des circonstances nouvelles ayant bouleversé son équilibre¹⁹⁹.

La doctrine, largement majoritaire²⁰⁰, est toutefois réticente à reconnaître une telle fonction modificatrice à la bonne foi. Elle est en outre rejetée par la Cour de cassation qui, par son arrêt de principe du 7 février 1994, énonce clairement qu'« à défaut de bonne foi dans le chef d'une partie lors de la conclusion ou de l'exécution du contrat, il n'appartient pas au juge de réviser la convention et de déclarer ladite partie totalement déchu du droit qu'elle déduit du contrat »²⁰¹.

¹⁹⁴ Cass., 6 octobre 1997, *Pas.*, 1997, I, 390.

¹⁹⁵ H. DE PAGE, *Traité*, op. cit., p. 567, n° 578.

¹⁹⁶ J. VAN MULEN, « L'incidence des variations monétaires sur le droit beige des obligations », *Ann. Fac. dr. Liège*, 1978, p. 68, n° 17.

¹⁹⁷ Sur le principe général de bonne foi et son contenu, voy. not. S. STJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) », *J.T.*, 1990, pp. 33 à 36, n° 1 ; S. STJNS, D. VAN CERVEN et P. WÉRY, « Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, pp. 701 à 704 ; J. F. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 2000, pp. 81 à 131 ; P. VAN OMMELAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., pp. 168 et s. spéc. pp. 173 à 185.

¹⁹⁸ Ou encore « adaptatrice » ou « transformatrice », « wijzigend » en Néerlandais.

¹⁹⁹ M. FONTAINE, « Portée et limites du principe de la convention-loi », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1984, p. 196, n° 70 ; J. DUBAERE, « Een brug over troebel water », *R.W.*, 1988-1989, p. 1422 ; R. KRUITHORF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », *R.C.J.B.*, 1989, p. 28, n° 14.

²⁰⁰ Voy. not. S. STJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) », *J.T.*, 1990, p. 35, note n° 38 ; S. STJNS, D. VAN CERVEN et P. WÉRY, « Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 704, n° 37 ; P. VAN OMMELAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., p. 179, n° 101.

²⁰¹ Cass., 7 février 1994, *Pas.*, 1994, I, 150.

Section 2

Rejet par la doctrine et la jurisprudence majoritaires

82. Doctrine. Pour séduisante qu'elle soit, la théorie de l'imprévision est rejetée par la doctrine belge qui refuse quasi-unanimement de lui reconnaître l'attribut de principe général de droit²⁰².

Nous avons en effet constaté ci-dessus que les fondements avancés pour justifier l'admission de l'imprévision ne pouvaient être retenus. C'est en définitive le principe de la convention-loi, consacré à l'article 1134 du Code civil qui justifie le rejet de la théorie de l'imprévision : « la théorie de l'imprévision [...] n'est pas un principe général de droit commun qui régit toutes les obligations contractuelles : le Code civil s'inspire tout entier de la doctrine de l'autonomie de la volonté et proclame à l'égard d'un dogme, la force obligatoire et l'intangibilité du contrat ; aux termes de l'article 1134, dont certains auteurs ont souligné à juste titre le caractère énergétique, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »²⁰³.

83. Juridictions de fond. Sous réserve de plusieurs décisions prononcées dans l'entre-deux-guerres²⁰⁴ et quelques décisions plus récentes mais isolées²⁰⁵, la jurisprudence refuse, dans sa très grande majorité²⁰⁶, de faire application de la théorie de l'imprévision²⁰⁷.

²⁰² Voy. not. Y. HANNIQUART, « La portée du contrat », in *Les nouvelles*, Droit civil, t. IV, vol. 2, 1958, pp. 52 et s.; H. DE PAGE, *Traité*, op. cit., pp. 566 à 570, n° 578 et 579 (voy. toutefois l'avis que l'auteur rendait avant Chv. Bruxelles, 7 février 1924, *B.J.*, 1924, col. 362 à 382); J. VAN MULLEN, « L'incidence des variations monétaires sur le droit belge des obligations », op. cit., p. 73, n° 25; X. DIEUX, « Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé », op. cit., pp. 386 à 409; PA. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *R.C.J.B.*, 1994, p. 233; M. COPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Story-Scientia, 1999, p. 143, n° 205; C. DELFORGE, « La modification unilatérale du contrat », op. cit., p. 197, n° 56; P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., p. 802, n° 537; P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., pp. 513 et 514, n° 581.

²⁰³ Civ. Gand, 21 juin 1983, *B.J.*, 1924, col. 48, cité par P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., p. 514, note n° 2697.

²⁰⁴ Voy. not. Liège du 28 avril 1920, *Pos.*, 1920, II, 153 (cité); Liège, 22 juillet 1924, *J.L.*, 1924, p. 241; Civ. Charleroi, 3 janvier 1938, *Pos.*, 1938, III, 138.

²⁰⁵ Voy. not. Comm. Bruxelles, 16 janvier 1979, *J.T.*, 1980, p. 458 et obs. D. PHILIPPE, *R.C.J.B.*, 1983, p. 380 et note X. DIEUX; Civ. Namur, 24 juin 1986, *R.R.D.*, 1986, p. 252; Civ. Gand, 21 décembre 2000, *T.G.R.*, 2001, 177 : « Les contrats ne peuvent être dissolus du contexte socio-économique dans lequel ils ont été conclus et qui justifie également leur force obligatoire. En cas de modification essentielle de ce cadre socio-économique, la *ratio legis* de la règle « *pacta sunt servanda* » disparaît. La théorie de l'imprévision peut par conséquent être invoquée lorsqu'une modification législative a un impact important et immédiat sur le revenu normal du débiteur alimentaire et si elle peut difficilement être attribuée en tant que telle aux risques normaux du contrat conclu ».

²⁰⁶ Voy. les références citées par P. VAN OMMESSLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) – Les obligations », p. 44, n° 6 et par S. STRJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Les obligations : les sources (1985-1995) », op. cit., p. 728, n° 112.

²⁰⁷ P. WÉRY relève toutefois que « depuis quelques années, certaines juridictions de fond apparaissent plus enclines à conférer droit de cité au concept d'imprévision » en acceptant de vérifier si les diverses conditions de l'imprévision sont rencontrées dans l'espèce qui leur était soumise. Généralement, les actions ont été rejetées au motif que ces conditions n'étaient pas réunies (P. WÉRY, « L'imprévision et ses succédanés », note sous Liège, 27 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 105 et les références citées à la note n° 17).

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

Dans son arrêt du 7 février 1994, la Cour énonce qu'« à défaut de bonne foi dans le chef d'une partie lors de la conclusion ou de l'exécution du contrat, il n'appartient pas au juge de réviser la convention et de déclarer ladite partie totalement déchue du droit qu'elle déduit dudit contrat »²⁰⁸.

Deux mois plus tard, le Cour a confirmé sa jurisprudence par un arrêt du 14 avril 1994 qui précise que « la règle de l'exécution de bonne foi des conventions n'implique pas que, si des circonstances nouvelles et non prévues par les parties rendent l'exécution du contrat plus difficile pour le débiteur, le créancier ne puisse demander le paiement de sa créance »²⁰⁹.

La Cour a eu l'occasion de confirmer cette jurisprudence dans un arrêt récent du 20 avril 2006²¹⁰.

Section 3

Tempéraments

85. Remèdes du droit commun. L'imprévision n'est pas un principe général du droit des obligations. D'autres figures juridiques du droit commun permettent toutefois de rencontrer certaines situations de bouleversement de l'économie contractuelle suite à la survenance d'événements imprévus.

86. Force majeure. Nous avons eu l'occasion de préciser que la force majeure n'est pas « invariablement l'obstacle pour géants imaginé par la doctrine classique »²¹¹ et qu'elle doit s'apprécier raisonnablement²¹², par référence à l'obligation contractuelle assumée et donc compte tenu du degré de diligence incombant au débiteur²¹³. La doctrine admet en effet qu'« il serait inadmissible de pousser le débiteur à la ruine pour procurer au créancier l'avantage qu'il devrait normalement retirer du contrat, alors que celui-ci impose seulement d'exercer une certaine diligence en vue d'atteindre ce résultat »²¹⁴.

Le bouleversement de l'équilibre contractuel pourrait dès lors être rencontré par le recours à la notion de force majeure chaque fois que l'impossibilité d'exécution de l'obligation contractée n'est pas absolue mais qu'il se révèle que le changement de circonstance est à ce point radical qu'une telle exécution s'avère

²⁰⁸ Cass., 7 février 1994, *Pos.*, 1994, I, 150.

²⁰⁹ Cass., 14 avril 1994, *Pos.*, 1994, I, 150; *R.W.*, 1994-1995, p. 435, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1591.

²¹⁰ Cass., 20 avril 2006, *Pos.*, 2006, liv. 4, 884; *R.G.D.C.*, 2009, p. 34.

²¹¹ J. HEENEN, « La responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeure », op. cit., p. 94, n° 5.

²¹² Voy. *supra*, n° 27.

²¹³ Voy. *supra*, n° 8.

²¹⁴ J. HEENEN, « La responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeure », op. cit., p. 94, n° 5.

impossible compte tenu du degré de diligence normalement du par celui qui le subit.

Nous avons exposé ci-dessus que nous pensions voir dans le concept d'utilité contractuelle un critère de distinction entre l'impossibilité d'exécution et l'exécution rendue plus difficile ou plus onéreuse²¹⁵.

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

Ce critère permet de placer une limite claire entre les cas de force majeure et ceux d'imprévision. Ainsi par exemple, le cas des transformations importantes qui doivent être apportées aux lieux loués suite à une modification de la réglementation administrative a fait débat. Plusieurs jugements ont considéré que, dans ce cas, « le bailleur se trouve dans l'impossibilité de prêter la jouissance paisible de la chose louée » et que, partant, il se trouve « déchargé de sa propre obligation vis-à-vis du preneur, celui-ci étant à son tour déchargé de ses propres obligations, conformément à la théorie des risques »²¹⁶. D. Philippe y voit « une application trop large, voire erronée, de la force majeure », estimant qu'il s'agit de cas de décisions qui « admettent la théorie de l'imprévision sous le couvert d'autres concepts »²¹⁷. On constate cependant à la lecture de ces décisions qu'elles concernent toutes des « transformations fondamentales du bien loué, entraînant pour [le bailleur] des dépenses hors de proportion avec le loyer convenu »²¹⁸. En d'autres termes, si le bailleur avait été contraint d'effectuer les travaux requis par les modifications réglementaires intervenues, le montant du loyer n'aurait pas permis d'amortir les frais qu'il aurait dû exposer pour les réaliser. En outre, dans chacun des cas d'espèces concernés, la nécessité des travaux résultait de l'activité exercée par le preneur dans les lieux loués. En conséquence, si le bailleur avait été contraint d'effectuer les transformations, il eût dû les faire à perte alors qu'elles n'auraient été utiles qu'au preneur, et pas nécessairement à tout utilisateur ultérieur de l'immeuble. Si l'on applique le critère de l'utilité contractuelle, on constate que dans les cas analysés, le bailleur a perdu tout intérêt à exécuter son obligation de garantie de jouissance paisible et que, partant, il y a bien impossibilité d'exécution dans son chef, constitutive de force majeure, comme le décideur à juste titre les jugements commentés²¹⁹.

²¹⁵ Voy. *supra*, n° 29.

²¹⁶ Civ. Bruxelles, 14 novembre 1969, J.T., 1970, p. 86. Dans le même sens, J.P. Savelot 20 avril 1970, J.T., 1970, p. 600;

Civ. Bruxelles, 15 février 1973, J.T., 1973, p. 258.

²¹⁷ D. PHILIPPE, note sous Comm. Bruxelles, 16 janvier 1979, J.T., 1980, pp. 460-461, n° 2.3.2.

²¹⁸ Civ. Bruxelles, 15 février 1973, J.T., 1973, p. 259.

²¹⁹ Dans le même sens, X. DIEUX, « Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé », R.C.J.B., 1983, p. 408, n° 11.

La force majeure, même envisagée raisonnablement n'offre toutefois pas la même souplesse que l'imprévision. Elle se limite en effet à libérer temporairement ou définitivement le débiteur de son obligation²²⁰ et, par application de la théorie des risques, à suspendre ou à dissoudre le contrat²²¹. Elle ne permet donc pas au juge de forcer les parties à renégocier leur accord et encore moins d'adapter les dispositions contractuelles²²².

En outre, le recours à la force majeure n'offrira aucun remède au débiteur d'une chose fongible qui se trouvera confronté à l'adage *genera non perunt*²²³.

87. Abus de droit (fonction modératrice de la bonne foi). Nous avons vu que certains auteurs prêtaient une fonction modératrice à la bonne foi et que cette fonction avait été avancée comme fondement de l'imprévision²²⁴. Cette fonction modératrice fut pourtant rejetée par la Cour de cassation dans ses arrêts des 7 février et 14 avril 1994²²⁵.

Dans ce dernier arrêt, notre Cour suprême constate toutefois que le jugement attaqué « ne décide pas que l'exécution du contrat était devenue impossible ni que les parties avaient entendu, par leur convention, étendre la possibilité de révision de la convention à d'autres cas que ceux qui y étaient expressément prévus ni que la *demanderesse ait abusé de son droit* »²²⁶. La Cour semble donc admettre qu'une partie qui exige l'exécution intégrale des obligations de son cocontractant malgré le bouleversement de l'équilibre contractuel abuserait de son droit²²⁷.

Rappelons que, dans son arrêt du 19 septembre 1983, la Cour de cassation indiquait que l'abus de droit se fondait, en matière contractuelle, sur le principe général d'exécution de bonne foi des conventions : « le principe d'exécution de bonne foi des conventions, consacré à l'article 1134 du Code civil, interdit à une partie à un contrat d'abuser des droits que lui confère celui-ci »²²⁸ et lui impose donc un devoir de modération²²⁹.

²²⁰ Voy. *supra*, n° 46 et s.

²²¹ Voy. *supra*, n° 54 et s.

²²² P. WÉRY, « L'imprévision et ses succédanés », *op.cit.*, p. 107; S. HEREMANS, « Le bouleversement de l'économie contractuelle à la suite d'un changement de circonstances : quelques éclairages nouveaux », *op.cit.*, p. 583.

²²³ Voy. *supra*, n° 30 et s. Voy. également Liège, 27 juin 1995, J.L.M.B., 1996, p. 100 : « s'agissant d'une obligation de donner une chose de genre, il ne peut y avoir une impossibilité d'exécution, une chose de même qualité et en même quantité pouvant toujours être trouvée par le débiteur ».

²²⁴ Voy. *supra*, n° 87.

²²⁵ Cass., 7 février 1994, *Pas.*, 1994, I, 150; Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, 150; R.W., 1994-1995, p. 435, J.L.M.B., 1995, p. 1591 (cités).

²²⁶ Ce sont les sous-jugés qui soulignent.

²²⁷ Dans le même sens, voy. C. DELFORE, « La modification unilatérale du contrat », *op.cit.*, pp. 206 et 207, n° 65-66.

²²⁸ Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, 55; R.W., 1983-1984, col. 1480; J.T., 1985, p. 56; R.C.J.B., 1986, p. 282 et note J.-L. FAGNART.

²²⁹ Sur cette question, voy. not. S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) », *op.cit.*, p. 35, n° 12.3 et 1.3.1.; J.-F. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme ».

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

Dans un arrêt récent, la Cour d'appel de Liège énonce ainsi que « le principe d'exécution de bonne foi des conventions s'oppose à ce que le créancier, malgré le bouleversement de l'économie contractuelle que les deux parties pouvaient prévoir, continue d'exiger le respect de l'accord primitif allant jusqu'à la ruine du débiteur »²³⁰ et qu'« une partie poursuivant l'exécution d'un contrat devenu radicalement déséquilibré dans son économie, au grand désavantage du cocontractant pourrait être considérée comme abusant de son droit dans les circonstances précises du cas d'espèce »²³¹.

La doctrine considère par ailleurs qu'« en refusant de renégocier les termes du contrat profondément bouleversé, le créancier commet un abus de droit »²³².

La matière du bail offre de nombreux cas d'application de ce principe. Plusieurs jugements considèrent en effet que le bailleur qui refuse de prendre en compte le changement de circonstances subi par le preneur et les propositions raisonnables de résiliation amiable émanant de ce dernier, en exigeant la poursuite du bail jusqu'à son terme, commet un abus de droit²³³.

Si elle permet de « couvrir un large aspect de la théorie de l'imprévision »²³⁴, la fonction modératrice de la bonne foi, fondement de l'abus de droit en matière contractuelle, n'offre pas les mêmes remèdes que celle-ci. En effet, la sanction de l'abus de droit consiste « à imposer l'exercice ordinaire de ce droit ou à réparer le dommage résultant de cet abus »²³⁵. Elle ne permet donc pas au juge de procéder à une adaptation du contrat en tenant compte des circonstances nouvelles²³⁶.

Pour le débiteur, l'abus de droit présente toutefois un avantage sur l'imprévision : alors que l'absence d'imputabilité des circonstances nouvelles à celui qui

contractuel », *op. cit.*, pp. 114-126.

²³⁰ On remarquera toutefois que, par application du critère d'utilité économique que nous proposons (*voy. supra* n° 29 et n° 87), la circonstance que l'exécution stricte du contrat puisse provoquer « la ruine du débiteur » permettrait de qualifier la situation de cas de force majeure et non d'imprévision. L'espèce concernait toutefois une obligation de paiement d'une somme d'argent, de sorte que l'impossibilité d'exécution aurait pu être contestée sur base de l'adage *genera non perirent* (*voy. toutefois*, pour un tempérament à cette question, *supra*, n° 31 et s.).

²³¹ Liège, 21 décembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 564.

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

²³³ *Voy. not. M. VANDERMEERSCH ET Th. DE RIDDER*, « L'abus du droit du bailleur en cas de départ anticipé (faufit) du locataire », *J.L.M.B.*, 1997, pp. 683 et s.; C. DELFORGE, « La modification unilatérale du contrat », *op. cit.*, p. 208 et les nombreuses décisions citées à la note n° 304.

²³⁴ P.A. FORTIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 233.

²³⁵ Cass. 16 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, 472; *cass.*, 8 février 2001, *Pas.*, 2001, I, 244; R.W., 2001-2002, p. 778, note A. VAN OVELEN; R.G.D.C., 2004, p. 386; P.A. FORTIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, pp. 206 et 207, n° 12; J. F. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », *op. cit.*, p. 124.

²³⁶ P. WÉRY, « L'imprévision et ses succédanés », *op. cit.*, p. 108; C. DELFORGE, « La modification unilatérale du contrat », *op. cit.*, p. 208, n° 66.

les invoque constitue une condition d'application de la théorie de l'imprévision²³⁷, le débiteur est admis à invoquer l'abus de droit de son cocontractant même lorsqu'il a commis une faute.²³⁸

88. État de nécessité. P. Wéry voit également dans la figure juridique de l'état de nécessité un « succédané à l'imprévision ». Ce fait justificatif, que l'auteur distingue de la force majeure « purge le comportement apparemment fautif du débiteur de son illicéité, lorsque, en proie à un dilemme auquel il n'a pas contribué par une faute antérieure, ce débiteur choisit de sacrifier l'intérêt du créancier pour réserver un intérêt (intérêt personnel ou celui d'un tiers) manifestement plus important »²³⁹.

Tout comme la force majeure, l'état de nécessité a pour unique effet de dégager le débiteur de sa responsabilité contractuelle²⁴⁰. Il n'offre dès lors pas les mêmes potentialités que la théorie de l'imprévision.

89. Caducité. Certains auteurs on rapproché la théorie de l'imprévision du concept de caducité²⁴¹. Cette dernière entraîne la dissolution du contrat en cas de disparition d'un élément essentiel postérieurement à sa conclusion²⁴².

La Cour de cassation a consacré le principe de la caducité des obligations par la disparition de leur objet²⁴³.

Depuis l'arrêt prononcé le 16 novembre 1989 par la Cour de cassation²⁴⁴, le débat demeurerait ouvert sur la question de savoir si la disparition de la cause entraînerait aussi, de manière générale, la caducité du contrat²⁴⁵. Si la disparition de la cause devait être admise comme une cause générale de caducité des obligations, elle constituerait un autre palliatif à la théorie de l'imprévision en cas de bouleversement de l'équilibre contractuel. Ainsi en effet, « la disparition de la cause, postérieurement à la conclusion du contrat, constituerait un bouleversement de l'économie du contrat et partant, une interprétation large de la caducité serait une reconnaissance indirecte du bouleversement de l'économie contractuelle »²⁴⁶.

²³⁷ *Voy. supra*, n° 84.

²³⁸ P. WÉRY, « L'imprévision et ses succédanés », *op. cit.*, p. 109 et les références citées à la note n° 45.

²³⁹ P. WÉRY, « L'imprévision et ses succédanés », *op. cit.*, p. 107.

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ *Voy. not. S. STUINS*, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers, Maklu, 1994, p. 89, cité par P. WÉRY, « L'imprévision et ses succédanés », *op. cit.*, p. 108; P.A. FORTIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 232, n° 29.

²⁴² P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, pp. 854 à 858, n° 1019 et s.

²⁴³ Cass., 12 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, 284; *Cass.*, 14 octobre 2004, R.W., 2005-2006, p. 859.

²⁴⁴ Cass., 16 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, 331; R.G.D.C., 1990, p. 261; R.C.J.B., 1993, p. 73.

²⁴⁵ Pour un résumé de cette question, *voy. P.A. FORTIERS*, « La caducité revisitée », *J.T.*, 2000, p. 678, n° 11.

²⁴⁶ D. PHILIPPE, « Le point sur... l'imprévision », *op. cit.*, p. 738.

Par son arrêt du 21 janvier 2000, la Cour de cassation a cependant énoncé que « la disparition de la cause après la formation de l'acte demeure, en règle, sans effet sur celui-ci »²⁴⁷. Il n'existe donc pas de « principe général de droit qui permet de considérer que les éléments nécessaires à la formation du contrat sont aussi nécessaires à sa survie »²⁴⁸.

Il faut en conclure, avec D. Philippe, que « la Cour suprême réduit ainsi la faculté de mettre fin au contrat en cas de changement de circonstances »²⁴⁹. On précisera, surabondamment, que la caducité a pour unique effet de mettre fin, de plein droit, au contrat²⁵⁰.

90. Une notion inutile ? Au terme de cette brève analyse, on peut constater que notre droit n'ignore pas totalement la question du bouleversement de l'économie contractuelle suite à la survenance d'un événement imprévu et que plusieurs mécanismes de droit commun des obligations, l'effet modérateur de l'abus de droit en tête, permettent de pallier plus ou moins heureusement au rejet de la théorie de l'imprévision par la doctrine et la jurisprudence.

Faut-il en déduire, comme le font certains auteurs, que « les besoins auxquels la théorie de l'imprévision prétend répondre sont largement couverts par notre droit positif, en sorte que l'introduction de cette théorie dans la loi ou la jurisprudence ne se justifie pas »²⁵¹ ? Nous ne le pensons pas.

Si, comme la très grande majorité des auteurs, nous n'apercevons pas de fondement, dans l'état actuel de notre droit des obligations, à un rééquilibrage, par le juge, de la convention des parties, il n'en demeure pas moins qu'une intervention du législateur serait souhaitable²⁵². Nous y reviendrons en termes de conclusion.

²⁴⁷ Cass., 21 janvier 2000, R.C.J.B., 2004, p. 77.

²⁴⁸ P.A. FORIERS, « La caducité revisitée », *J.T.*, 2000, p. 678, n° 13. L'auteur justifie la caducité de l'obligation par la disparition de son objet par la « nature des choses (l'obligation devient impossible à exécuter) et non en vertu d'un principe abstrait qui voudrait que cette obligation, pour demeurer valable, conserve son objet ». Voy. également J.F. ROMAIN, « Clarifications concernant la théorie de la caducité des actes juridiques, en particulier des libéralités testamentaires : par disparition de leur cause-mobilité déterminant », note sous Cass., 21 janvier 2000, R.C.J.B., 2004, pp. 86 et s. spéc. p. 99, n° 12.

²⁴⁹ D. PHILIPPE, « Le point sur... l'imprévision », *op. cit.* p. 738.

²⁵⁰ P. WÉRY, « L'imprévision et ses succédanés », *op. cit.*, p. 108.

²⁵¹ X. DIEUX, « Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé », *op. cit.*, p. 408, n° 11.

²⁵² À cet égard, la conclusion, la conclusion de la contribution de M. HUYTS et G. KEUTGEN, rédigée il y a plus de trente ans, raisonne d'une surprenante actualité : « on peut se demander si le moment n'est pas venu pour le législateur belge d'intervenir pour faire admettre la théorie de l'imprévision. Ceci, bien entendu, en prenant le soin de préciser, avec toute la prudence requise les conditions dans lesquelles l'imprévision est admise. Faut-il dire que cette question revêt une actualité particulière compte tenu des conditions d'insécurité économique et monétaire dans lesquelles les agents économiques sont appelés à opérer. En effet, s'il est vrai que tout contrat dont l'exécution est successive ou différée est une « emprise sur l'avenir » et à ce titre porteur d'incertitude et d'insécurité, encore faut-il que celles-ci demeurent dans des limites raisonnables ce qui n'est plus souvent le cas aujourd'hui » (M. HUYTS et G. KEUTGEN, « L'autonomie de la volonté face à l'imprévision et aux réglementations en matière de prix et de contrats de louage », in *L'évolution récente du droit commercial et économique*, Bruxelles,

Section 4

Lois particulières

91. Le législateur a, par plusieurs lois particulières, tenu compte de l'évolution ou de la survenance de circonstances ayant pour effet de rompre l'équilibre originnaire voulu par les parties au contrat²⁵³. Précisons-le d'emblée : chacune de ces interventions législatives vise des hypothèses particulières. Elles n'ont évidemment pas vocation à être étendues à d'autres situations ou à faire l'objet d'une application générale.

§ 1. Lois d'après guerres

92. Des lois de circonstance. De nature à tenir compte des conséquences de la première guerre mondiale et de l'importante crise économique qui l'a suivie, le législateur a adopté une loi du 11 octobre 1919 relative à la résiliation et à la révision de certains contrats conclus avant ou pendant la guerre²⁵⁴.

D'autres lois ont été adoptées pour permettre la résiliation des contrats suite à la survenance de la crise économique des années 1930 ou suite à la seconde guerre mondiale et à ses conséquences²⁵⁵.

Il s'agit cependant de lois adoptées dans des circonstances tout à fait particulières et qui n'ont pas vocation à s'appliquer à d'autres contrats que ceux qu'elles visent²⁵⁶.

§ 2. Baux

93. Des contrats de longue durée à prestations successives. Le contrat de bail constitue un cas-type de contrat à prestations successives. Tant en matière de bail commercial qu'en ce qui concerne les baux relatifs à la résidence principale du preneur, le législateur est intervenu pour garantir au preneur une certaine stabilité d'occupation. Ainsi, l'article 3, alinéa 1^{er} de la loi du 30 avril 1951 relative aux baux commerciaux dispose que « la durée du bail ne peut être inférieure à neuf années ». L'article 3, § 1^{er}, de la loi du 20 février 1991 relative aux baux de résidence principale pose, quant à lui, le principe d'une durée de neuf

Ed. du jeune Barreau, 1978, p. 362).

²⁵³ Nous n'évoquerons, couramment, dans la présente contribution, que les interventions du législateur qui nous ont paru les plus significatives. Pour une analyse et un commentaire approfondi de plusieurs législations envisageant le changement de circonstances et/ou octroyant un pouvoir d'intervention particulier au juge à l'égard du contrat, voy. S. HEREMANS, « Le bouleversement de l'économie contractuelle à la suite d'un changement de circonstances : quelques éclairages nouveaux », *op. cit.*, pp. 486 à 503.

²⁵⁴ Sur les conditions d'application de cette loi, voy. Cass., 19 mai 1921, *Pas.*, 1921, I, 380; H. DE PAGE, *Traité*, *op. cit.*, p. 568, n° 578.

²⁵⁵ Ainsi les lois des 20 juin 1930 et 15 juin 1955 permettent la résiliation des baux de plus de neuf ans conclus respectivement avant le 31 décembre 1923 et avant le 1^{er} août 1939.

²⁵⁶ Cass., 19 mai 1921, *Pas.*, 1921, I, 380. Voy. cependant Liège, 28 avril 1920, *Pas.*, 1920, II, 153 (cité).

aux pour les baux relevant de son champ d'application²⁵⁷. Conscient de ce que les circonstances influençant la valeur locative étaient susceptibles d'évoluer au cours du temps, le législateur a prévu, pour ces deux contrats, des mécanismes de révision du loyer.

94. Bail commercial. L'article 6, alinéa 1^{er} de la loi du 30 avril 1951 relative aux baux commerciaux dispose qu'« à l'expiration de chaque triennat, les parties ont le droit de demander au juge de paix la révision du loyer, à charge d'établir que, par le fait de circonstances nouvelles, la valeur locative normale de l'immeuble loué est supérieure ou inférieure d'au moins 15 % au loyer stipulé dans le bail ou fixé lors de la dernière révision ». L'alinéa 2 de cette disposition précise que « le juge statue en équité »²⁵⁸.

95. Bail de résidence principale. L'article 7, § 1^{er}, alinéa 1^{er} de la section du Code civil relative aux baux de résidence principale dispose, quant à lui que « les parties peuvent convenir de la révision du loyer entre le neuvième et le sixième mois précédant l'expiration de chaque triennat ». L'alinéa 2 précise qu'« à défaut d'accord des parties, le juge peut accorder la révision du loyer s'il est établi que par le fait de circonstances nouvelles, la valeur locative normale du bien loué est supérieure ou inférieure de 20 % au moins au loyer exigible au moment de l'introduction de la demande ». Ici encore, « le juge statue en équité »²⁵⁹.

§ 3. Marchés publics

96. L'article 16 § 2 du Cahier général des charges. L'article 16, § 2, 1^o du Cahier général des charges des marchés publics²⁶⁰ est rédigé comme suit : « L'adjudicataire n'a droit en principe à aucune modification des conditions contractuelles²⁶¹ pour des circonstances quelconques auxquelles le pouvoir adjudicateur est resté étranger. Toutefois, l'adjudicataire peut soit pour demander une prolongation des délais d'exécution, soit lorsqu'il a subi un préjudice très important, pour demander la révision ou la résiliation du marché, se prévaloir de circonstances qu'il ne pouvait raisonnablement pas prévoir lors du dépôt de l'offre ou de la conclusion du marché, qu'il ne pouvait éviter et aux consé-

²⁵⁷ Voy. toutefois les exceptions établies par les §§ 6, 7 et 8 de l'article 3 de la loi du 20 février 1991.

²⁵⁸ Ce sont les sous-signés qui soulignent. Pour un commentaire de cette disposition, voy. Ch.-E. DE FRÉZART, « La révision triennale du loyer », in *Le bail commercial*, Bruxelles, La Chartre, 2008, pp. 132 à 166.

²⁵⁹ Ce sont les sous-signés qui soulignent. Pour un commentaire de cette disposition, voy. M. CLAVIE, « Les conditions financières », in *Le bail de résidence principale*, Bruxelles, La Chartre, 2006, pp. 248 à 255.

²⁶⁰ Annexe à l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, M.B., 18 octobre 1996.

²⁶¹ On remarquera que cette disposition commence par rappeler le principe de l'intangibilité contractuelle. À la lecture de son texte, on constatera également que l'imprévision n'est admise que dans des cas exceptionnels.

quences desquelles il ne pouvait obvier, bien qu'il ait fait toutes les diligences nécessaires »²⁶².

Selon une doctrine et une jurisprudence constantes, les « circonstances » justifiant la révision ou la résiliation du marché visent non seulement les sujétions imprévues²⁶³ mais également les circonstances relevant de la notion d'imprévision²⁶⁴. Le cahier général des charges étant inclus dans le champ contractuel en matière de marchés publics, il s'agit en effet là d'une forme de contractualisation de l'imprévision, au même titre qu'une clause de *hardship*²⁶⁵ insérée dans un contrat de droit privé²⁶⁶.

97. Nature particulière de la législation. Si l'article 16, § 2 constitue manifestement une consécration de l'imprévision par la loi, elle est sans doute moins justifiée par l'équité ou la bonne foi que par la particularité de la matière concernée²⁶⁷. « Les contrats conclus avec l'administration sont des contrats conclus dans l'intérêt de la collectivité et doivent, à ce titre, recevoir une protection particulière pour empêcher que les travaux ne soient abandonnés en cours d'exécution »²⁶⁸.

§ 4. Divorce par consentement mutuel

98. Position de la jurisprudence. La jurisprudence considère, de manière constante, que « la pension alimentaire entre époux divorcés par consentement mutuel est de nature contractuelle et se trouve, par conséquent, soumises aux règles du droit commun applicables au titre qui la crée, dont le principe de la convention-loi »²⁶⁹.

En conséquence, compte tenu de l'absence de reconnaissance, par notre droit, de la théorie de l'imprévision en tant que principe général, la très grande majorité des juges refusent d'adapter ou de révoquer une pension alimentaire conte-

²⁶² Le texte de cette disposition est comparable à celui de l'article 16B de l'arrêté ministériel du 14 octobre 1964, devenu l'article 16, § 2 de l'arrêté ministériel du 10 octobre 1967, remplacé à son tour par l'annexe à l'arrêté royal du 26 septembre 1996.

²⁶³ Sur cette notion, voy. *supra*, n° 79.

²⁶⁴ P. VAN OMMESELACHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 47 et les références citées; M.A. FLAMME et al., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, t. II, 6^e éd., La confédération de la construction, 1996-1997, p. 367.

²⁶⁵ Sur la rédaction le régime de ces clauses, voy. *infra*, n° 118 et s.

²⁶⁶ P. VAN OMMESELACHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations », *op.cit.*, p. 46 et les références citées; S. HEREMANS, « Le bouleversement de l'économie contractuelle à la suite d'un changement de circonstances : quelques éclairages nouveaux », *op.cit.*, p. 489.

²⁶⁷ M.A. FLAMME et al., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, *op.cit.*, p. 376.

²⁶⁸ S. HEREMANS, « Le bouleversement de l'économie contractuelle à la suite d'un changement de circonstances : quelques éclairages nouveaux », *op.cit.*, p. 489.

²⁶⁹ Cass. 21 juin 1991, J.T., 1992, p. 75; Cass. 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, 365 (cité). Voy. également Charleoi, 12 décembre 1985, R.R.D., 1986, p. 251; J.P. Gand (3^e canton), 17 octobre 1990 et Civ. Gand, 17 mai 1993, J.J.P., 1994, p. 150.

nue dans des conventions préalables à divorce par consentement mutuel, sauf lorsque les parties ont pris la précaution d'y insérer une clause de variation ou de révocation²⁷⁰.

99. Le nouvel article 1288 du Code judiciaire. Depuis son insertion par la loi du 30 juin 1994²⁷¹ et sa modification par la loi du 20 mai 1997²⁷², l'article 1288, alinéa 2 du Code judiciaire dispose que « lorsque des circonstances nouvelles et indépendantes de la volonté des parties modifient sensiblement leur situation ou celle des enfants, les dispositions [insérées dans les conventions préalables à divorce par consentement mutuel et portant sur l'autorité sur les enfants et l'administration de leur bien et sur la contribution des parents aux frais d'éducation et d'entretien des enfants] peuvent être révisées, après le divorce, par le juge compétent ».

En vertu de cette disposition, seul le montant de la contribution de chaque parent aux frais d'éducation et d'entretien des enfants mineurs peut être adapté aux circonstances nouvelles. Dès lors, à défaut de clause de révision, le montant d'une pension alimentaire prévue en faveur de l'un des deux époux dans les conventions préalables à divorce par consentement mutuel ne peut être modifié par le juge, même en présence de « circonstances nouvelles et indépendantes de la volonté des parties qui modifient sensiblement leur situation »²⁷³.

Section 5

Droit comparé

§ 1. Le droit français

100. Jurisprudence ancienne. La Cour de cassation de France a inauguré sa jurisprudence en matière d'imprévision par son célèbre arrêt dit du canal de Craponne du 6 mars 1876²⁷⁴. Par une convention conclue au 16^e siècle, Monsieur de Craponne s'était engagé à creuser un canal d'irrigation au profit des

²⁷⁰ Voy. les décisions citées à la note précédente. Voy. toutefois Civ. Namur, 24 juin 1986, R.R.D., 1986, p. 252 : « la pension alimentaire entre époux prévue dans les conventions préalables au divorce par consentement mutuel cesse d'être due en cas de remariage de l'épouse, même si ces conventions sont muettes quant à cette éventualité. *Équité et le principe de l'exécution des conventions* justifient, dans ce cas, la suppression de la pension alimentaire » (ce sont les sous-écrits qui soulignent).

²⁷¹ M.B., 21 juillet 1994.

²⁷² M.B., 27 juin 1997.

²⁷³ La Cour constitutionnelle a considéré que cette différence de traitement établie entre les contributions alimentaires prévues au profit des enfants mineurs et les pensions alimentaires stipulées dans les conventions préalables au profit de l'un des conjoints n'est pas discriminatoire dès lors que l'entretien des enfants relève de l'ordre public tandis que les pensions alimentaires volontairement consenties entre époux après divorce relèvent de la liberté contractuelle (C. Const., 2 juillet 2003, arrêt 96/2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 99, disponible sur <http://www.const-cour.be>).

²⁷⁴ Cass. fr. civ., 6 mars 1876, D., 1876, I, p. 193.

propriétés de la commune de Pélissandre. Le contrat prévoyait que les particuliers seraient redevables de 3 sols par cartéirade pour chaque arrosage de leurs terres au moyen des eaux du canal. Au 19^e siècle, par l'effet de la dévaluation monétaire au cours du temps, le coût de l'entretien du canal dépassait largement le montant des redevances perçues, en conséquence de quoi la Cour d'appel d'Aix-en-Provence accepta de majorer le montant de la redevance et de la fixer à 60 (anciens) centimes par cartéirade²⁷⁵. La Cour de cassation cassa l'arrêt de la Cour d'appel en ces termes : « Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur apparaître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ».

On ne peut être plus clair. La Cour confirma et précisa encore sa jurisprudence par un arrêt du 15 novembre 1933 : « La règle que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites est générale et absolue : en aucun cas, il n'appartient aux tribunaux de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et ils ne pourraient davantage, sous prétexte d'une interprétation que le contrat ne rend pas nécessaire, introduire dans l'exercice du droit constitué par les contractants, des conditions nouvelles, quand bien même le régime ainsi institué paraîtrait plus équitable à raison des circonstances économiques »²⁷⁶.

101. Évolutions récentes. C. Delforge a étudié, dans une récente contribution, l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation de France en matière de bouleversement de l'équilibre contractuel²⁷⁷. Elle y constate un « infléchissement progressif par le prisme de l'exécution de bonne foi » au cours des vingt dernières années.

Cet assouplissement se manifeste au travers de cinq arrêts dont il peut être déduit que, pour la Cour de cassation de France, le principe de l'exécution de bonne foi des conventions impose à celui qui ne subit pas la situation d'imprévision de collaborer à ce que son cocontractant demeure en mesure d'exécuter ses obligations²⁷⁸.

²⁷⁵ C.A. Aix-en-Provence, 31 décembre 1873, cité par L. TORODOVA, *L'engagement en droit : l'individualité et le Code civil au XX^e siècle*, Paris, Publibook, 2007, p. 197, n° 484.

²⁷⁶ Cass. fr. civ., 15 novembre 1933, S., 1934, I, 13, cité par H. BOUTHON-DUMAS, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *R.I.D.E.*, 2001, p. 341. Voy. également Cass. fr. com., 18 décembre 1979, *R.I.D.Civ.*, 1980, p. 780.

²⁷⁷ C. DELFORGE, « La modification unilatérale du contrat », *op. cit.*, pp. 191 à 197, n° 54 et 55.

²⁷⁸ Cass. fr. soc., 25 février 1992, *Bull.*, V, n° 121, p. 74; Cass. fr. com., 3 novembre 1992, *Bull.*, IV, n° 338; *R.I.D.Civ.*, 1993, p. 124; Cass. fr. 15 janvier 2002, D., 2002, p. 1974; Cass. fr. civ. 1^{re} ch., 16 mars 2004, pourvoi n° 01-15.084, cités par C. DELFORGE, « La modification unilatérale du contrat », *op. cit.*, notes n° 235, 238, 243 et 244.

L'auteur considère toutefois qu'« on ne peut pourtant déduire de ces arrêts que la Cour [de cassation française] reconnaît une obligation générale de renégocier les contrats touchés par l'imprévision. Ils ont en effet été rendus dans des circonstances particulières, dont ils paraissent difficilement pouvoir être détachés »²⁷⁹.

§ 2. Les autres droits étrangers

102. Droits étrangers – renvoi. Nous n'avons pas, dans le cadre limité de la présente contribution, effectué un travail de recherches en droit comparé. Nous nous permettons donc de renvoyer le lecteur vers les études déjà menées en ce sens²⁸⁰.

Il résulte de ces études que de nombreux droits nationaux reconnaissent l'imprévision, soit légalement, soit par la voie de la jurisprudence, et que le droit belge paraît isolé sur cette question.

Section 6

Textes transnationaux

103. Nature des textes. Ces dernières années ont vu se développer des initiatives destinées à dégager les principes uniformes applicables en matière de contrats internationaux ou les principes communs aux divers droits européens en matière contractuelle.

Nous évoquerons courtement les principes Unidroit, les principes européens de droit des contrats et le projet de Cadre Commun de Référence pour le droit des contrats²⁸¹. Chacune de ces initiatives a envisagé la question du bouleversement de l'économie contractuelle et de ses conséquences sur le contrat et les obligations des parties. Ces textes ne sont pas contraignants. Ils sont toutefois voués à compléter ou à servir de base d'interprétation de certaines conventions internationales²⁸² ou à servir de base à une éventuelle codification future du droit européen des contrats.

²⁷⁹ C. DELFORGE, « La modification unilatérale du contrat », *op. cit.*, p. 195. L'auteur constate en effet que tous les contrats concernés étaient des contrats à long terme exigeant une collaboration étroite des parties et que quatre d'entre eux étaient intégrés dans un réseau plus large de contrats. Enfin, selon elle, l'ensemble de ses arrêts « paraissent indissociables d'une volonté de protéger la "partie faible" ».

²⁸⁰ Voy. not. les excellentes contributions respectives des Professeurs M. FONTAINE, « Les clauses de *hardship*. Arrénagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *D.P.C.L.*, 1976, pp. 7 à 49, spéc. pp. 45 à 18 et P. VAN OMMELAGHE, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (*hardship*) dans les contrats internationaux », *R.D.I.D.C.*, 1980, pp. 7 à 59, spéc. pp. 15 à 40.

²⁸¹ Draft Common Frame of Reference (DCFR).

²⁸² Pour une application des principes Unidroit à la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise, voy. *infra*, n° 113 et s.

104. Principes Unidroit. Les principes relatifs aux contrats du commerce international ont été élaborés par l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) à Rome. Ils ont fait l'objet d'une première publication en 1994 et ont été mis à jour en 2004, notamment en vue de tenir compte des besoins du commerce électronique. Ils sont édités en version intégrale commentée²⁸³ et dans une version ne reprenant que les dispositions²⁸⁴.

L'article 6.2 de ces principes traite de l'imprévision. Il commence par confirmer le principe selon lequel « les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse » (6.2.1.). Il définit ensuite le concept d'imprévision comme suit :

« Il y a *hardship* lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et

- a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat ;
- b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ;
- c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée ; et
- d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée » (6.2.2).

Cette définition est relativement conforme à celle que l'on en donne en droit belge²⁸⁵. Elle s'en distingue toutefois en ce qu'elle admet à titre d'événements constitutifs de *hardship*, outre ceux survenus après la conclusion du contrat, ceux qui n'ont été connus de la partie lésée « que postérieurement à une telle conclusion. La notion est donc ici plus large dès lors qu'elle intègre également les cas de sujétions imprévues²⁸⁶.

La disposition règle ensuite les effets que la situation de bouleversement de l'équilibre contractuel peut avoir sur les obligations des parties et le contrat :

- « 1) En cas de *hardship*, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée²⁸⁷.
- 2) La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations.
- 3) Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal.

²⁸³ <https://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-f.pdf>

²⁸⁴ <http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2004/blackletter2004-french.pdf>

²⁸⁵ Voy. *supra*, n° 76 et s.

²⁸⁶ Sur cette notion et la distinction avec l'imprévision, voy. *supra*, n° 78.

²⁸⁷ Cette demande d'ouverture des négociations doit être motivée, en précisant notamment la nature de l'événement survenu, ses conséquences pour le contrat et les termes initiaux de la négociation (M. VANDERMEIRSCH, « Le sort réservé au contrat suite à un changement de circonstances entraînant le bouleversement de l'économie contractuelle », *R.G.D.C.*, 2001, p. 195).

- 4) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de *hardship* peut, s'il l'estime raisonnable :
- a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ; ou
 - b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations » (6.2.3).

On le constate, les principes Unidroit privilégient la renégociation du contrat entre parties. Toutefois, en dernier recours, à défaut d'accord, le juge se voit confier « des pouvoirs bien plus considérables »²⁸⁸ que ce que le droit belge ne lui reconnaît dès lors qu'il est habilité à mettre fin au contrat et même, « s'il l'estime raisonnable », à adapter celui-ci « en vue de rétablir l'équilibre des prestations ».

105. Principes du droit européen des contrats. Les principes du droit européen des contrats ont été élaborés par la Commission du droit européen des contrats à Copenhague. Ils ont été édités en 1995 et mis à jour en 1998.

Ils abordent également la question de l'imprévision, sous leur article 6:111 qui porte le titre « changement de circonstance » et est rédigé comme suit :

- « (1) Une partie est tenue de remplir 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.
- (2) Cependant, les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances
 - (a) qui est survenu après la conclusion du contrat,
 - (b) qui ne pouvait être raisonnablement pris en considération au moment de la conclusion du contrat,
 - (c) et dont la partie lésée n'a pas à supporter le risque en vertu du contrat.
- (3) Faute d'accord des parties dans un délai raisonnable, le tribunal peut
 - (a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe,
 - (b) ou l'adapter de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances.

Dans l'un et l'autre cas, il peut ordonner la réparation du préjudice que cause à l'une des parties le refus par l'autre de négocier ou sa rupture de mauvaise foi des négociations ».

On le constate, la structure est fort semblable à celle adoptée par l'article 6.2. des principes Unidroit. La notion est toutefois définie de manière plus conforme à la définition classique de l'imprévision dès lors qu'elle n'admet que les changements de circonstances « survenus après la conclusion du contrat ».

Les pouvoirs conférés au juge à défaut d'accord des parties dans un délai raisonnable sont identiques à ceux prévus par les principes Unidroit (résiliation ou

²⁸⁸ P. WÉRY, « Les pouvoirs du juge dans les Principes Unidroit en matière de contentieux contractuel », *DAJOR*, 2003, p. 3.

adaptation du contrat). Les principes du droit européen des contrats octroient en outre au juge le droit de condamner la partie qui refuse de négocier ou qui rompt intempestivement les négociations à réparer le préjudice qui en résulte. Cette précision est conforme à la jurisprudence belge qui considère que la partie qui refuse de négocier une adaptation du contrat et exige son exécution conforme aux dispositions contractuelles originaires malgré la rupture de l'équilibre contractuel du fait de circonstances extérieures commet un abus de droit²⁸⁹. L'évaluation du préjudice subi par la partie confrontée à un refus de négocier ou à une rupture abusive des négociations se révélera toutefois particulièrement délicate²⁹⁰.

106. Projet de Cadre Commun de Référence (DCFR). Le projet de Cadre Commun de Référence est une initiative des institutions européennes dans le cadre de leur réflexion sur la nécessité d'une harmonisation du droit civil matériel au sein de l'Union européenne²⁹¹. Il a été élaboré par un réseau de chercheurs universitaires européens. Il se base partiellement sur les principes du droit européen des contrats, complétés et amendés.

La question du « changement de circonstances » fait l'objet de l'article III. - 1:110 :

« III. - 1:110 : Variation or termination by court on a change of circumstances
(1) An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished.

(2) If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may :

- (a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances ; or
- (b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court.

(3) Paragraph (2) applies only if :

- (a) the change of circumstances occurred after the time when the obligation was incurred ;

²⁸⁹ P. WÉRY, « L'imprévision et ses succédanés », *op.cit.*, p. 108 ; Bruxelles, 8 mars 2001, RG n°95/AR/1732, disponible sur <http://www.juridat.be>, Justel n°1-1988T205-10 (cité) ; Liège, 21 décembre 2001, J.T., 2002, p. 564 (cité). Sur cette question, voy. *supra*, n° 87.

²⁹⁰ M. VANDERMEERSCH, « Le sort réservé au contrat suite à un changement de circonstances entraînant le bouleversement de l'économie contractuelle », *op.cit.*, p. 196 ; P. VAN OMMESELAERE, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (*hardship*) dans les contrats internationaux », *op.cit.*, p. 52.

²⁹¹ Pour un récapitulatif des étapes de cette réflexion, voy. le préambule de la décision de la Commission du 26 avril 2010 portant création du groupe d'experts pour un cadre commun de référence dans le domaine du droit européen des contrats (2010/233/UE), *J.O.U.E.*, 27 avril 2010, L 105/109.

- (b) the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances;
- (c) the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances; and
- (d) the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation ».

La définition du bouleversement contractuel et les solutions qui y sont apportées (renégociation et, à défaut d'accord, modification ou résiliation du contrat par le juge) sont similaires à celles proposées par les principes Unidroit et les principes du droit européen des contrats. Le Cadre Commun de Référence précise toutefois que le juge ne pourra apporter les remèdes proposés que si le débiteur victime du déséquilibre contractuel a tenté « raisonnablement et de bonne foi d'aboutir, par la négociation, à une adaptation raisonnable et équitable »²⁹² de la situation contractuelle. Une telle précision doit être saluée. Elle constitue une application du devoir de collaboration et de loyauté résultant du principe général de bonne foi dans l'exécution des conventions²⁹³. Il ne serait en effet pas acceptable que le débiteur « profite d'éléments extérieurs, surmontables, pour se libérer de ses obligations »²⁹⁴ sans même mettre tout en œuvre pour que le contrat puisse être rééquilibré et, partant, exécuté.

Dès lors qu'il est envisagé par la Commission européenne comme « un ensemble non contraignant de principes fondamentaux, de définitions et de règles types, qui pourrait être utilisé par les législateurs au niveau de l'Union afin de garantir, lors du processus législatif, une plus grande cohérence et une meilleure qualité »²⁹⁵, le Cadre Commun de Référence pourrait utilement inspirer notre législateur. Ce serait une occasion de consacrer en droit positif le principe de l'imprévision et de fixer les limites et les conditions dans lesquelles il serait admis²⁹⁶.

²⁹² Il s'agit d'une traduction libre, par les soussignés, du texte anglais reproduit ci-dessus.

²⁹³ Sur ce principe et sa fonction « complétive », voy. not. P. VAN OMMEGHE, *Droit des obligations*, op. cit., pp. 168 et s., spéc. pp. 176-177, n° 99.

²⁹⁴ J. VAN MULLEN, « L'incidence des variations monétaires sur le droit belge des obligations », op. cit., p. 69, n° 20.

²⁹⁵ Décision de la Commission du 26 avril 2010, op. cit.

²⁹⁶ Pour quelques considérations de *lege ferenda*, voy. D. PHILIPPE, « Le point sur... l'imprévision », *J.T.*, 2007, pp. 740-741, n° 6; C. DELFOUR, « La modification unilatérale du contrat », op. cit., pp. 221-223, n° 79 à 82 et *infra*, n° 127.

Section 7

La position de la Cour de cassation en matière de vente internationale de marchandise : un premier pas ?

107. L'arrêt du 19 juin 2009. Alors que, nous l'avons rappelé, notre Cour suprême se refuse à reconnaître à la théorie de l'imprévision le caractère de principe général de droit commun des obligations, elle a récemment prononcé un arrêt dans lequel elle consacre expressément, en termes clairs, l'exonération de la responsabilité de la partie qui subit les conséquences d'un bouleversement de l'économie contractuelle et l'obligation corrélatrice de son cocontractant de renégocier le contrat en pareille circonstance :

« En matière de contrats de vente internationale de marchandises, des circonstances modifiées qui n'étaient pas raisonnablement prévisibles lors de la conclusion du contrat et qui sont incontestablement de nature à aggraver la charge de l'exécution du contrat peuvent, dans certains cas, constituer un empêchement indépendant de sa volonté exonérant la partie de sa responsabilité en cas d'inexécution de l'une de ses obligations ; la partie au contrat qui invoque de telles circonstances modifiées ébranlant fondamentalement l'équilibre contractuel a aussi le droit de réclamer une nouvelle négociation du contrat »²⁹⁷.

108. Résumé des faits et de la procédure. Les faits de la cause ayant donné lieu à la décision de la Cour sont relativement classiques. Une société de droit français conclut un contrat de vente internationale avec une société de droit néerlandais par lequel elle s'engage à lui livrer des tubes métalliques, destinés à la construction d'échafaudages, pour un certain prix fixé à la conclusion du contrat. Le contrat ne prévoit ni clause d'adaptation du prix de vente à ceux du marché ni clause d'imprévision réglant la situation des parties et de leurs engagements en cas de survenance d'événement(s) imprévisible(s) susceptible(s) de bouleverser l'équilibre du contrat. En cours d'exécution du contrat, le prix de l'acier – matière première servant à la confection des tubes métalliques – augmente de manière imprévisible de 70 %. La société vendeuse avertit son cocontractant de cette augmentation et lui propose d'adapter le prix de vente à cette hausse imprévisible des matières premières. L'acheteur rejette toute révision du prix et met la société vendeuse en demeure d'exécuter le contrat tel qu'il a été conclu.

Aucun accord ne pouvant être dégagé entre parties, l'affaire est portée devant le tribunal de commerce de Tongres qui considère que la Convention de Vienne relative à la vente internationale de marchandises²⁹⁸ est applicable.

²⁹⁷ Cass., 19 juin 2009, Pas., 2009, liv. 6-8, 1590; R.W., 2009-2010, p. 744 et note K. COX; DA/O&R, 2010, p. 149 et note D. PHILIPPE; R.D.C., 2010, p. 879 et note J. MALFLET.

²⁹⁸ Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises approuvée par la loi du 4 septembre 1996, M.B., 1^{er} juillet 2007 (ci-dessous CVIM).

Or, cette convention ne comprend aucune disposition réglant spécifiquement les conséquences de la survenance d'une situation d'imprévision. Son article 79.1 est rédigé comme suit :

« Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences ».

Le tribunal considère que cette disposition ne trouve application qu'en cas de force majeure. En conséquence, à défaut d'impossibilité d'exécution dans le chef du vendeur, il décide qu'il lui appartient de supporter le risque de l'augmentation du prix²⁹⁹.

L'affaire est portée devant la Cour d'appel d'Anvers qui réforme la décision de première instance. Elle considère, comme le premier juge, que l'article 79 de la CVIM ne concerne que la force majeure et que la convention ne contient aucune disposition consacrant ou excluant expressément la théorie de l'imprévision. La Cour d'appel s'en réfère alors à l'article 7 de la CVIM rédigé comme suit :

« 1. Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international.

2. Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé ».

Constatant que le droit international privé désigne le droit français comme applicable, la Cour d'appel fait application de celui-ci. Or, nous l'avons vu, si la Cour de cassation française a longtemps refusé d'appliquer la théorie de l'imprévision en tant que source autonome d'adaptation des contrats, elle a admis, dans plusieurs arrêts récents, que le principe d'exécution de bonne foi des conventions imposait aux parties de renégocier les conditions contractuelles si des circonstances imprévisibles ont pour conséquence que l'exécution du contrat aux conditions en vigueur devient anormalement préjudiciable pour l'une d'entre elles³⁰⁰.

²⁹⁹ Corn. Tongres, 25 janvier 2005, cité par D. PHILIPPE, « Renégociation du contrat en cas de changement de circonstances : une porte entrouverte? », *DA/OR*, 2010, p. 156, disponible sur <http://www.law.kuleuven.be/ipr/eng/cases/2005-01-25.html>.

³⁰⁰ Voy. *supra*, n° 101. Voy. cependant les considérations de C. DELFORGE qui refuse de voir dans ces arrêts une consécration d'une obligation générale de renégociation ou d'adaptation des contrats devenus d'équilibre suite à la survenance d'un événement d'imprévision.

Dès lors que la société acheteuse avait refusé toute révision de prix et n'avait pas fait la moindre contre-proposition, exigeant au contraire l'exécution des dispositions contractuelles existantes, la Cour d'appel d'Anvers a considéré qu'elle avait violé le principe de l'exécution de bonne foi des conventions et qu'en conséquence, elle avait commis une faute. Elle la condamne donc au paiement d'un prix supplémentaire pour les marchandises livrées au prix convenu originellement malgré l'augmentation vertigineuse du prix de l'acier.

La société acheteuse s'est pourvue en cassation, invoquant la violation de diverses dispositions de la CVIM, desquelles elle pensait pouvoir déduire la consécration par celle-ci du principe de l'intangibilité contractuelle et le rejet de toute adaptation du contrat de vente internationale de marchandise suite à la survenance d'un événement d'imprévision.

109. Notion d'empêchement. La Cour de cassation a, pour sa part – et contrairement tant au premier juge qu'à la Cour d'appel –, considéré que la notion d'« empêchement » au sens de l'article 79.1. de la CVIM recouvre non seulement les situations de force majeure entraînant une impossibilité d'exécution des obligations contractuelle d'une partie mais vise également « des circonstances modifiées qui n'étaient pas raisonnablement prévisibles lors de la conclusion du contrat et qui sont incontestablement de nature à aggraver la charge de l'exécution du contrat ».

Une telle interprétation est conforme à l'avis n° 7 du Comité consultatif de la convention de Vienne qui précise que « 3.1. Un changement de circonstances qu'on ne pouvait pas raisonnablement escompter qu'il fût pris en compte et rendant l'exécution excessivement onéreuse ("hardship"), peut être qualifié d'"empêchement" au sens de l'article 79. Le libellé de l'article 79 n'assimile pas expressément le terme "empêchement" à un événement qui rend l'exécution absolument impossible. Dès lors, une partie qui se trouve dans une situation de "hardship" peut l'invoquer comme cause d'exonération de responsabilité en vertu de l'article 79 »³⁰¹. Elle est également partagée par la doctrine majoritaire et une partie de la jurisprudence³⁰².

³⁰¹ Avis n° 7 du Comité consultatif de la convention de Vienne, « L'exonération de responsabilité pour dommages-intérêts en vertu de l'article 79 CVIM », Rapporteur : Alejandro GARRO, professeur à l'Université Columbia, New York, disponible sur <http://www.cisg-france.org/avis/avis7.htm>, cité par D. PHILIPPE, « Renégociation du contrat en cas de changement de circonstances : une porte entrouverte? », *op. cit.*, p. 159 et par K. COX, « Gewijzigde omstandigheden in internationale koopcontracten : het Hof van Cassatie als pionier », *R.D.C.*, 2010, p. 887 et les références citées aux notes 11 et 12.

³⁰² D. PHILIPPE, « Renégociation du contrat en cas de changement de circonstances : une porte entrouverte? », *op. cit.*, p. 159; K. COX, « Gewijzigde omstandigheden in internationale koopcontracten : het Hof van Cassatie als pionier », *op. cit.*, p. 733; J. MALFLET, « Hoe contracteren onder CISG aanleiding kan geven to onvoorziene omstandigheden », *R.D.C.*, 2010, p. 887 et les références citées aux notes 11 et 12.

110. Obligation de renégociation. La Cour de cassation a ensuite égard à l'article 7 de la CVIM dont le texte est reproduit ci-dessus. Cette disposition invite, d'une part, à tenir compte de son caractère international et de la nécessité d'assurer l'uniformité de son application, d'autre part, à régler les questions qu'elle ne régit pas expressément par application « des principes généraux dont elle s'inspire » ou, à défaut, par application de la loi que le droit international privé désigne comme applicable.

Notre Cour suprême en déduit qu'« afin de compléter les lacunes de manière uniforme, il y a lieu de puiser dans les principes généraux régissant le droit du commerce international ». Elle s'en réfère dès lors aux principes Unidroit en application desquels « la partie contractante qui fait appel aux circonstances modifiées perturbant fondamentalement l'équilibre contractuel [...] a le droit de réclamer la renégociation du contrat »³⁰³. En conséquence, la Cour rejette le pourvoi en considérant que « l'arrêt attaqué a pu décider sans violer les dispositions légales citées par le moyen, que la demanderesse était obligée de renégocier les conditions du contrat ».

111. Un arrêt annonciateur? On le constate, la Cour de cassation se distancie de la position qu'elle exprimait dans son arrêt du 14 avril 1994³⁰⁴ pour admettre expressément que des circonstances imprévisibles et indépendantes de la volonté des parties engendrant un bouleversement de l'économie du contrat sans en rendre l'exécution impossible peuvent dispenser le débiteur qui les subit de s'exécuter et lui octroient le droit d'exiger la renégociation des conditions contractuelles.

Cette jurisprudence nouvelle ne trouve toutefois à s'appliquer que dans le champ d'application de la CVIM. Les commentateurs de cet arrêt espèrent toutefois pouvoir y déceler une « porte entrouverte »³⁰⁵ à la consécration, en droit interne³⁰⁶, de la théorie de l'imprévision.

Cette porte nous paraît en tous cas ouverte à de nouveaux pourvois en la matière. Gageons que notre Cour suprême sera amenée à se prononcer à nouveau sur la question...

³⁰³ Pour un commentaire des principes Unidroit sur cette question, voy. *supra*, n° 104.
³⁰⁴ Cass. 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, 150; *R.W.*, 1994-1995, p. 435; *J.L.M.B.*, 1995, p. 1591 (cité).

³⁰⁵ L'expression est empruntée à D. PHILIPPE, « Renégociation du contrat en cas de changement de circonstances : une porte entrouverte? », *op. cit.*, p. 162. Dans le même sens, voy. K. COX, « Gewijzigde omstandigheden in internationale koopcontracten : het Hof van Cassatie als pionier », *op. cit.*, p. 737; J. MALFLET, « Hoe contracteren onder CISG aanleiding kan geven to onvoorziene omstandigheden », *op. cit.*, pp. 889 et 893.
³⁰⁶ Ou pour d'autres contrats internationaux que la vente de marchandises.

Section 8

Pratique contractuelle : les clauses de *hardship*

112. Une matière de droit supplétif. La matière de l'imprévision n'est pas d'ordre public ou impérative. Il est donc parfaitement possible aux parties d'insérer dans leurs accords une clause définissant que les circonstances seront considérées comme bouleversant l'économie du contrat et règlementant leurs droits et obligations lorsqu'elles surviennent. De telles clauses, appelées clauses de *hardship* se rencontrent fréquemment dans la pratique contractuelle internationale³⁰⁷. Compte tenu du rejet, par le droit belge, de la théorie de l'imprévision, on ne saurait trop conseiller aux praticiens d'insérer une telle clause dans les contrats qu'ils rédigent, en particulier s'il s'agit d'un contrat à long terme à prestations successives ou différées.

113. Structure de la clause. Afin d'être précise et d'éviter tant que faire se peut des divergences d'interprétation, la clause de *hardship* est généralement structurée en deux temps : la première partie définit l'hypothèse dans laquelle la clause trouve à s'appliquer et la seconde partie énonce le régime applicable en cas de réalisation de l'hypothèse³⁰⁸.

114. Définition de l'hypothèse. La première partie de la clause identifie donc les cas dans lesquels elle trouve à s'appliquer³⁰⁹. Elle définit généralement les circonstances qui peuvent être prises en cause à titre d'imprévision ainsi que les conséquences qu'elles doivent avoir sur l'équilibre du contrat³¹⁰.

En ce qui concerne les *circumstances*, deux techniques s'offrent aux rédacteurs du contrat. Soit ils optent pour une liste de circonstances spécifiques qui seront considérées comme constitutives d'imprévision, soit ils optent pour une formulation large définissant les caractéristiques auxquelles doivent répondre les circonstances pour être retenues.

Comme pour la rédaction des clauses de force majeure³¹¹, l'approche combinée nous paraît la meilleure. Elle permet en effet d'éviter certaines discussions

³⁰⁷ M. HUYBENS et G. KEUTGEN, « L'autonomie de la volonté face à l'imprévision et aux réglementations en matière de prix et de contrats de louage », *op. cit.*, p. 362; D. PHILIPPE, « Les clauses de force majeure, d'imprévision et de transfert des risques », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, La Charte, 2001, p. 20, n° 24.

³⁰⁸ M. FONTAINE, « Les clauses de *hardship*. Aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », p. 17. L'auteur précise toutefois que certaines clauses d'imprévision débute par un préambule.

³⁰⁹ P. VAN OMMELAGHE, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (*hardship*) dans les contrats internationaux », *op. cit.*, p. 50, n° 43.

³¹⁰ M. FONTAINE, « Les clauses de *hardship*. Aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *op. cit.*, p. 19.

³¹¹ Voy. *supra*, n° 69.

quant à savoir si certaines circonstances spécifiques doivent être retenues, tout en évitant les inconvénients d'une énumération limitative de cas particuliers³¹².

Nous avons vu qu'il n'y a imprévision que lorsque les circonstances visées ont pour effet de bouleverser l'économie du contrat³¹³. Il y a donc lieu de préciser, dans la clause, les conséquences que doivent avoir les circonstances retenues sur le contrat. À cet égard, la pratique démontre à nouveau deux techniques de rédaction : soit les parties définissent de manière générale l'effet que doivent avoir les circonstances (« engendrer des charges sensiblement plus lourdes pour l'une ou l'autre des parties », « avoir pour conséquence que l'une des parties retire du présent contrat des avantages hors de proportion avec ses obligations », « empêchant l'exécution de la présente convention dans des conditions normales », etc.) soit elles se réfèrent à des conséquences plus spécifiques (« si les conditions du marché devenaient telles que le prix de vente de révélerait inférieure à ... », etc.)³¹⁴.

Enfin, certaines clauses de *hardship*, viennent « se greffer » sur une clause de force majeure en précisant que les hypothèses visées par cette dernière clause doivent entraîner les effets prévus par la clause d'imprévision (renégociation, résiliation ou adaptation du contrat) lorsqu'ils ont pour conséquence non de rendre l'exécution de l'obligation impossible mais uniquement d'entraîner des modifications importantes dans l'exécution de la prestation de l'une des parties³¹⁵.

115. Constatation de la réalisation de l'hypothèse. Dans la grande majorité des cas, le bouleversement de l'économie contractuelle a pour effet de déséquilibrer les prestations des parties au point que l'une des parties bénéficie « d'avantages corrélatifs aux préjudices subis par son partenaire ». Dans ce cas, « la tentation peut être grande de contester la réalisation de l'hypothèse »³¹⁶. Le refus injustifié de reconnaître la réalisation de l'hypothèse prévue par la clause de *hardship* engage la responsabilité contractuelle de son auteur³¹⁷. Il serait cependant préférable de prévoir, lors de la rédaction de la clause, les solutions à ce type de situation. Les parties pourraient ainsi notamment s'en remettre à un

tiers (expert ou arbitre) qui serait chargé de constater si l'hypothèse visée par la clause est ou non réalisée³¹⁸.

116. Conséquences de l'application de la clause. Une fois l'hypothèse d'imprévision constatée, il convient de prévoir les solutions contractuelles à celle-ci. À cet égard, les parties peuvent prévoir soit une obligation de renégociation du contrat, soit une possibilité de résiliation unilatérale de celui-ci, soit l'intervention d'un tiers (expert, arbitre ou juge) chargé d'adapter ou de résilier le contrat. Ces remèdes interviennent généralement successivement, l'intervention du tiers ou la résiliation du contrat n'intervenant qu'en cas d'échec des négociations menées entre parties.

117. Une obligation de renégociation. L'intérêt des parties se trouvant dans le rétablissement de l'équilibre contractuel, il est préférable de prévoir qu'en cas de *hardship* les parties s'engagent à œuvrer ensemble à une réadaptation du contrat. M. Fontaine écrit à cet égard qu'il est utile de préciser que les parties doivent, dans cette tâche, être guidées par des critères objectifs, « la renégociation ne pouvant prendre n'importe quelle direction mais devant déboucher sur les rectifications adéquates des engagements respectifs [de nature à rétablir] un équilibre analogue à l'équilibre initial »³¹⁹.

Comme la majorité des auteurs, nous sommes d'avis que l'obligation de renégocier impose, en tous cas, une obligation de moyen³²⁰, imposant aux parties de s'asseoir à la table de négociations et de tenter, de bonne foi, de dégager un nouvel accord équilibré. En conséquence, le cocontractant qui se refuserait à toute négociation ou qui adopterait, au cours de celle-ci, une attitude complètement négative engagerait sa responsabilité contractuelle³²¹.

118. Sort du contrat pendant les négociations. En principe, conformément au droit commun, la survenance d'un événement d'imprévision n'a pas pour conséquence de libérer les parties de leurs obligations. À défaut de disposition contractuelle particulière, les prestations auxquelles les parties se sont engagées doivent dès lors être exécutées malgré la survenance des circonstances³²².

³¹⁸ M. VANDERMERSCH, « Le sort réservé au contrat suite à un changement de circonstances entraînant le bouleversement de l'économie contractuelle », *op. cit.*, p. 195.

³¹⁹ M. FONTAINE, « Les clauses de hardship. Aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *op. cit.*, p. 32.

³²⁰ M. VANDERMERSCH, « Le sort réservé au contrat suite à un changement de circonstances entraînant le bouleversement de l'économie contractuelle », *op. cit.*, p. 201.

³²¹ M. FONTAINE, « Les clauses de hardship. Aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *op. cit.*, p. 32; P. VAN OMAMESLAGHE, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (*hardship*) dans les contrats internationaux », *op. cit.*, p. 52, n° 44; M. VANDERMERSCH, « Le sort réservé au contrat suite à un changement de circonstances entraînant le bouleversement de l'économie contractuelle », *op. cit.*, p. 196.

³²² C'est d'ailleurs ce que prévoient les principes Unidroit (voy. *supra*, n° 104), les principes du droit européen des contrats (voy. *supra*, n° 105) et le projet de cadre commun de référence (voy. *supra*, n° 106). C'est également la

prévues par la clause de *hardship*, et ce pendant l'intégralité des négociations. De nature à ce que celles-ci puissent se tenir sereinement, on pourrait prévoir une suspension provisoire de l'exécution du contrat³²³.

119. Solutions en cas d'échec des négociations. Même en acceptant de négocier de bonne foi, il est probable que les parties n'aboutissent pas à un nouvel accord en vue de rétablir l'équilibre contractuel. Il est donc conseillé de prévoir les solutions qui seraient apportées à défaut d'accord dans un délai déterminé ou dans un délai raisonnable. Dans ce cas, certaines clauses de *hardship* octroient la possibilité à chacune des parties de résilier le contrat, éventuellement moyennant la notification d'un préavis. D'autres clauses prévoient l'intervention d'un tiers. À cet égard, on sera attentif à prévoir précisément la procédure de désignation du tiers et la mission qui lui est confiée. On préciserà notamment la valeur contraignante de son intervention. Ainsi, la position adoptée par le tiers pourrait être considérée soit comme une simple proposition d'aménagement du contrat que les parties demeureraient libres d'accepter ou de refuser, soit comme une tierce décision ayant force obligatoire contractuelle à l'égard des parties, soit encore comme une sentence arbitrale ayant autorité de chose jugée³²⁴.

120. Exemples de clauses-type. Plusieurs auteurs ont proposé des projets de clause-type à insérer dans les contrats complexes ou dans les contrats internationaux.

Ainsi, à l'issue du rapport qu'il a élaboré à la demande de la Chambre de commerce internationale en vue de l'établissement de clauses-type concernant le force majeure et l'imprévision susceptibles d'être insérées dans des contrats à prestations successives ou différées, spécialement dans la pratique internationale, P. Van Ommeslaghe propose la rédaction suivante³²⁵ :

a) Conditions d'application

Au cas où des circonstances économiques, politiques (y compris la modification de la loi ou des actes de l'autorité) ou techniques, imprévisibles pour les parties au moment de la conclusion du contrat et échappant à tout contrôle de leur part, surviendraient ultérieurement et bouleverseraient l'équilibre des relations entre les parties, rendant pour l'une d'elles l'exécution du contrat non point impossible, mais à ce point onéreuse que la charge en dépasserait toutes les prévisions faites

solution adoptée par P. VAN OMMESLAGHE (« Les clauses de force majeure et d'imprévision (*hardship*) dans les contrats internationaux », *op. cit.*, p. 52, n° 44. Voy. également la rédaction de la clause-type proposée par cet auteur *infra* n° 120).

³²³ M. FONTAINE, « Les clauses de *hardship*. Aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *op. cit.*, p. 41.

³²⁴ M. VANDERMERSCH, « Le sort réservé au contrat suite à un changement de circonstances entraînant le bouleversement de l'économie contractuelle », *op. cit.*, p. 270.

³²⁵ P. VAN OMMESLAGHE, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (*hardship*) dans les contrats internationaux », *op. cit.*, pp. 56-57.

par les parties lors de la conclusion du contrat, cette partie pourra demander la réadaptation du présent contrat.

Cette partie a l'obligation d'en aviser l'autre partie dans un délai de ... à dater du moment où elle a connaissance de l'événement en décrivant celui-ci avec précision et en expliquant pourquoi il entre dans les prévisions du présent article. Elle communiquera sans délai à l'autre partie tous les éléments d'appréciation dont elle dispose. À défaut d'avoir procédé à ces communications, la partie sera forcée du droit d'invoquer le bénéfice du présent article.

La survenance de l'événement justifiant la demande de réadaptation du contrat ne dispense en aucun cas la partie qui s'en prévaut de poursuivre l'exécution de ses obligations ni n'entraîne une suspension de celles-ci.

(Éventuellement : les parties considèrent que les événements suivants rentrent notamment dans le champ d'application de la présente disposition : ...).

b) Effets

Si la poursuite du contrat n'apparaît pas économiquement possible pour toutes les parties, moyennant une adaptation de celui-ci, la partie qui invoque le bénéfice de la présente clause, pourra le résilier sans préjudice du droit pour l'autre partie d'exercer tous recours devant les tribunaux (ou : devant l'arbitre désigné conformément à l'article ...) si les conditions d'application de la présente clause ne sont pas réunies.

Si la poursuite du contrat apparaît économiquement possible pour toutes les parties, moyennant une adaptation, les parties se concerteront immédiatement pour apporter au présent contrat, en bonne foi et en équité, les adaptations nécessaires compte tant des circonstances nouvelles que des risques et charges que les parties devaient en toute hypothèse assumer. Ces négociations seront poursuivies pendant un délai maximum de ... mois à dater de la sommation adressée par une partie aux autres de les entreprendre, sauf accord différent des parties.

L'exécution du contrat sera poursuivie pendant ces négociations.

Variante 1

Si les négociations n'aboutissent pas dans ce délai, la partie qui invoque le bénéfice de la présente clause pourra résilier le contrat sans préjudice du droit pour l'autre partie d'exercer tous recours devant les tribunaux (ou : devant les arbitres désignés conformément à l'article ...) si les conditions d'application de la présente clause ne sont pas réunies.

Variante 2

Si les négociations n'aboutissent pas dans ce délai, le contrat sera réadapté par un tiers, désigné conformément au Règlement sur la Régulation des relations contractuelles de la Chambre de commerce internationale. Ce tiers statuera aux conditions et selon la procédure prévues par ce règlement.

L'exécution du contrat sera poursuivie pendant la procédure tendant à sa réadaptation.

Au terme de la contribution qu'il a consacrée aux clauses de force majeure, d'imprévision et de transfert des risques, D. Philippe propose, pour sa part, une clause-type rédigée comme suit³²⁶ :

En cas de survenance, postérieurement à la conclusion du contrat ou de ses avenants, d'événements imprévisibles à la conclusion de ceux-ci, qui ont pour effet de bouleverser l'économie du contrat, la partie qui s'estime lésée pourra demander la révision du contrat ou de l'un de ses avenants, de manière à restaurer l'économie contractuelle originaire.

La partie qui fait appel à la clause, devra le notifier à l'autre partie dans les plus brefs délais et apporter tous les éléments de preuve qui seront de nature à démontrer l'existence d'un bouleversement de l'économie contractuelle. Les parties s'engagent alors à renégocier de bonne foi les termes du contrat. À défaut d'accord amiable dans un délai de trente jours, chaque partie désignera un conciliateur dans la huitaine ; à défaut d'accord des conciliateurs dans les trente jours, le cas sera soumis à l'arbitrage avec pour objet de revoir le contrat de manière à restaurer l'économie originaire.

³²⁶ D. PHILIPPE, « Les clauses de force majeure, d'imprévision et de transfert des risques », *op. cit.*, pp. 23-24, n° 29.

Conclusion

121. Le concept de force majeure. Simple à appréhender en apparence, la force majeure se révèle un concept délicat à cerner en droit. Le Code civil n'en livre aucune définition générale. De leur côté, doctrine et jurisprudence l'ont souvent réduit à certains traits de caractères (imprévisibilité, irrésistibilité, inévitabilité, caractère insurmontable, etc.) sans en proposer une lecture systématique. L'examen des très nombreux exemples que livre la jurisprudence révèle que la force majeure ne peut être enfermée dans les traits de caractère qu'on lui attribue traditionnellement. Dans certains cas, un événement, bien qu'imprévisible, ne sera pas admis au titre de force majeure, alors que dans d'autres, on accordera le bénéfice de la force majeure au débiteur même si l'obstacle qu'il invoque était annoncé et prévisible. Tantôt la force majeure pourra être invoquée en dépit du fait que l'exécution du contrat est encore partiellement possible, tantôt elle sera refusée même s'il est rigoureusement impossible pour le débiteur de s'exécuter. Il arrive même que le débiteur se voit refuser le bénéfice de la force majeure bien que l'événement soit totalement imprévu et rende impossible l'exécution de l'obligation, ou encore que des circonstances rigoureusement identiques constituent des cas fortuits pour certains débiteurs et non pour d'autres. Il serait donc vain de vouloir définir la force majeure à partir de caractéristiques à ce point fluctuantes. Le praticien doit au contraire disposer d'une grille de lecture claire et objective, permettant d'appliquer la solution la plus uniforme possible à la multitude de circonstances susceptibles de survenir au cours de la vie d'un contrat.

122. Force majeure et contenu de l'obligation. À cet égard, le lien établi par une partie de la doctrine, aujourd'hui majoritaire, entre la force majeure et le contenu de l'obligation est de loin l'approche la plus convaincante. La force majeure devient dans cette optique la limite de l'obligation, ou plus précisément de l'exécution que l'on peut raisonnablement attendre d'un débiteur normalement diligent lorsqu'il se trouve confronté à la circonstance fortuite. La force majeure sera admise si le débiteur ne commet aucune faute face à l'événement au stade de sa genèse, de sa survenance ou de ses conséquences. On comprend alors mieux qu'une circonstance puisse être annoncée au débiteur (une tempête) sans nécessairement qu'il soit fautif pour ne pas l'avoir anticipée, et pour ne pas être en mesure d'y résister. On comprend également mieux pourquoi dans certains cas, un débiteur professionnel sera fautif pour ne pas avoir pu résister à un événement donné, tandis que l'on ne sollicitera pas la même résistance d'un débiteur non professionnel confronté à un événement identique. Le critère de l'absence de faute offre ainsi une lecture plus exacte des conditions de la force majeure à tous les niveaux.

123. Critère de l'utilité (économique) du contrat. Le lien entre force majeure et absence de faute dans l'exécution de l'obligation permet également de comprendre plus précisément à partir de quel moment le débiteur est admis à se prévaloir de la force majeure. Sous l'angle de l'exécution de l'obligation, c'est tout simplement le moment où il ne serait plus raisonnable pour lui de s'exécuter malgré l'obstacle rencontré, c'est-à-dire dès l'instant où une telle exécution n'aurait pour lui plus aucune utilité ou intérêt économique. On retrouve ici le principe d'utilité (économique) du contrat, déjà présent dans d'autres matières comme la résolution pour inexécution fautive, où il a déjà fait l'objet d'applications convaincantes par la jurisprudence.

124. Distinction avec l'imprévision. Nous pensons également que le critère de l'utilité contractuelle peut constituer une ligne de démarcation objective entre l'impossibilité d'exécution, caractéristique de la force majeure, et le bouleversement de l'économie contractuelle, propre à l'imprévision. Il peut en effet s'avérer délicat de distinguer ces deux notions, dès lors que l'impossibilité d'exécution ne doit pas être absolue pour relever du cas de force majeure. Une telle distinction n'en demeure pas moins essentielle. En effet, ces deux notions, paraissant proches au premier abord, n'en ont pas pour autant un régime semblable. Alors que l'une a pour effet de libérer provisoirement ou définitivement le débiteur de son obligation (et, par voie de conséquence, de suspendre ou de dissoudre le contrat synallagmatique par l'effet de la théorie des risques), l'autre ne peut mener qu'à une réadaptation ou une résiliation du contrat. En outre et surtout, la force majeure est consacrée en droit belge alors que l'imprévision ne l'est pas.

125. Des portes de sorties? Il est donc nécessaire, pour les hypothèses que l'imprévision entend appréhender, de faire usage d'autres figures du droit commun des obligations pour tenter de répondre aux situations contractuelles devinues inévitables. Nous avons vu qu'à cet égard notre droit n'est pas sans ressources et que, en particulier, le principe d'exécution de bonne foi des conventions offrait certaines perspectives. Nous avons constaté également que tant le renvoi aux textes de nature transnationale que la pratique contractuelle permettaient de remédier à l'absence de reconnaissance, par le droit belge, de la théorie de l'imprévision.

126. Une modification législative souhaitable. Il n'en demeure pas moins que les parties à un contrat de pur droit belge peuvent se trouver démunies face au bouleversement de l'économie de leur convention lorsqu'elles n'ont pas pris la peine d'y insérer une clause d'adaptation ou de révision. Une intervention du législateur nous paraît donc souhaitable. Elle permettrait ainsi de définir

clairement les conditions d'application de la théorie de l'imprévision³²⁷ et les effets qu'elle doit se voir reconnaître. À cet égard, comme d'autres auteurs³²⁸, il nous semble que l'obligation de renégociation s'imposant aux parties doit être privilégiée et que l'intervention du juge pour résilier ou, le cas échéant, adapter le contrat ne doit s'envisager que comme une solution subsidiaire qui ne pourrait intervenir qu'à défaut de nouvel accord des parties. Les principes Unidroit, les principes du droit européen des contrats et le Projet de Cadre Commun de Référence pourraient servir de source d'inspiration au législateur.

³²⁷ Qui ne doit, à notre sens, trouver à s'appliquer que dans des cas exceptionnels.

³²⁸ Voy. not. C. DELFORGE, « La modification unitaire du contrat », *op. cit.*, pp. 21-23, n° 79 à 82; S. HEREMANS, « Le bouleversement de l'économie contractuelle à la suite d'un changement de circonstances : quelques éclairages nouveaux », *op. cit.*, pp. 588-589.