

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

F A C U L T E D E D R O I T

C E N T R E D E D R O I T D E S O B L I G A T I O N S

Les clauses de force majeure,
d'imprévision et de transfert de risques
dans les conditions générales

par Denis M. PHILIPPE

Doc. 84/6

Rapport présenté au Colloque organisé
à Louvain-la-Neuve le 16 novembre
1984 sur "La rédaction des conditions
générales contractuelles. Aspects
juridiques et pratiques".

LES CLAUSES DE FORCE MAJEURE, D'IMPREVISION ET
DE TRANSFERT DE RISQUES DANS LES CONDITIONS GENERALES.

SOMMAIRE

	Pages
Introduction	1
I. Clauses de force majeure et d'imprévision	2
1. Rappel du droit commun. Objet des clauses qui les aménagent	2
a. Force majeure	2
b. Imprévision	3
c. Distinction d'autres clauses aménagent le changement de circonstances	4
2. Analyse des clauses étudiées	5
a. Les clauses de force majeure	5
1° Force majeure et caractère indicatif du délai	5
2° La clause de force majeure elle-même	7
Hypothèse	8
1) Définition par énumération	8
2) Définition abstraite	11
3) Définition mixte	11
Régime juridique	13
1) Suspension - résiliation	13
2) Annulation	14
3) Exonération de responsabilité	14
b. Les clauses d'imprévision et d'aménagement du contrat	14
1° Clause d'imprévision	15
2° Clause de révision du contrat dans le secteur automobile	15
Hypothèse	16
Régime	16
3. Détermination du prix	18
a. Position du problème	18
b. Validité des clauses	18
Conclusions de la première section	20
II. Transfert des risques	22
1. Droit commun	22
a. Règle de base	22
b. Dérogation pour les obligations de donner	22
c. Choses de genre	22
d. Vente	23
e. Entreprise	24
f. Transport	24
g. Caractère supplétif des règles	25
2. Analyse des clauses	25
a. Dissociation du transfert de risques et de propriété	25
b. Mention "Sauf stipulation contraire..."	26
c. Négoce de vin	26
d. Transport	26
Conclusions de la section	28
III. Conclusions générales	29

Les conditions générales analysées ne portent généralement pas sur des contrats de durée, mais sur des contrats dont l'exécution d'une ou plusieurs obligations est différée de quelques semaines. Le problème du changement de circonstances entre la conclusion et l'exécution du contrat n'a pas échappé aux rédacteurs. Dans quelque deux cents exemplaires de conditions générales consultées, on a pu constater qu'une clause de transfert de risque était régulièrement insérée. Les clauses de force majeure sont fréquentes et se rapportent souvent au délai de livraison. Les clauses de révision de prix sont plus rares, tandis que les clauses d'imprévision ne sont insérées que dans des hypothèses particulières relatives à un secteur d'activités déterminé (automobile).

La présente étude n'envisage pas toutes les clauses contractuelles relatives au changement de circonstances. Dans une première section, l'on analysera les clauses de force majeure d'une part, d'imprévision et de révision du contrat d'autre part. La seconde section portera sur les clauses de transfert de risques. Les clauses de révision de prix, plus techniques, feront l'objet d'une étude ultérieure.

Avant de broser à grands traits les caractéristiques des clauses analysées, il échet de définir les concepts qui les sous-tendent et de préciser, à partir de ces définitions, l'économie des dispositions contractuelles qui donnent à ces concepts un régime conventionnel particulier.

I. - CLAUSES DE FORCE MAJEURE ET D'IMPREVISION.

1. - Bref rappel du droit commun. Objet des clauses qui les aménagent.

a. - La force majeure libère le débiteur d'une obligation lorsque surviennent des circonstances présentant les caractéristiques suivantes :

- être non-imputables à la partie qui l'invoque ;
- être imprévisibles et inévitables ;
- entraîner de manière irrésistible une impossibilité d'exécuter l'obligation contractuelle.

Certains estiment que, pour être délié de ses engagements, le débiteur ne devra pas nécessairement établir la présence d'un événement extérieur, imprévisible et irrésistible rendant impossible l'exécution du contrat, mais l'absence de faute (1). Le débiteur sera exonéré s'il a fait preuve de la diligence requise dans l'exécution de son obligation.

Cette théorie méritait d'être mentionnée puisque sa reconnaissance aurait pour effet de modifier les conditions d'application de la force majeure.

S'agissant des effets de la force majeure, l'exécution de l'obligation sera suspendue en cas d'obstacle temporaire, n'empêchant pas l'exécution ultérieure de l'obligation ; l'obligation sera définitivement éteinte si l'obstacle, temporaire ou permanent, rend l'exécution de l'obligation définitivement impossible (2).

(1) A. TUNC, Force majeure et absence de faute en matière contractuelle, R.T.D.Civ., 1945, pp. 235 et sv. ; La force majeure dans ses rapports avec le contenu de l'obligation contractuelle, J.T., 1946, pp. 313 et sv.

(2) Cass., 9 déc. 1976, Pas., 1977, I, p. 408 ; Rechtsk. Weekbl., 1977-78, col. 695 et 696 ; Bruxelles, 2 janv. 1979, Pas., 1979, II, pp. 38 à 41

Les clauses de force majeure auront généralement pour objet d'élargir, en faveur du vendeur, les conditions d'application de ce concept et parfois, de modaliser ses effets.

b. - L'imprévision vise à faire admettre la résiliation ou l'adaptation du contrat lorsque surviennent des circonstances présentant ces caractéristiques :

- être non-imputables à la partie qui l'invoque ;
- être imprévisibles et inévitables ;
- entraîner de manière irrésistible un bouleversement de l'économie contractuelle (1).

Comme l'imprévision n'est pas reconnue en droit belge (2), les clauses qui l'organisent, visent à la reconnaître et l'aménager conventionnellement.

L'imprévision est un concept propre au droit des contrats qui trouve à s'appliquer, non pas, comme la force majeure, en cas d'impossibilité d'exécution d'une obligation (3), mais en cas de bouleversement de l'économie contractuelle (4). L'imprévision vise essentiellement à l'adaptation du contrat, tandis que la force majeure dissout ou suspend l'exécution de l'obligation.

(1) Voy. Cass., 30 octobre 1924, Pas., 1924, I, p. 565 ; H. DE PAGE, Traité élémentaire de Droit civil belge, t. II, 1964, p. 560 ; X. DIEUX, Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé, note sous comm. Bruxelles, 16 janvier 1979, R.C.J.B., 1983, pp. 386 à 409 ; D. PHILIPPE, note sous la décision précitée, J.T., 1980, pp. 459 à 462.

(2) A tort selon nous. Voy. notre note précitée.

(3) Voy. sur ce point, Cass., 23 février 1967, Pas., 1967, I, 782, et obs.

(4) Sur la définition du bouleversement de l'économie contractuelle, voy. notre étude, Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, Centre de Droit des Obligations, U.C.L., doc. 83/2.

Malgré ces traits distinctifs, imprévision et force majeure sont deux institutions fort proches. Elles requièrent toutes deux la survenance de circonstances imprévisibles, non imputables au débiteur. Si, par convention, on prévoit une application élargie de la force majeure, celle-ci pourra produire ses effets dans des hypothèses de fait conceptuellement envisagées par l'imprévision.

c. - Les clauses de force majeure et d'imprévision doivent être distinguées d'autres clauses organisant le changement de circonstances.

Les clauses de transfert de risque et de révision de prix ont, en principe, un objet plus limité. Les premières, on le verra, visent à modaliser les règles du Code civil relatives à la perte de la chose vendue entre la conclusion du contrat et la livraison (1).

Les clauses de révision de prix règlent les effets des hausses de production entre la vente et la livraison. Ces clauses peuvent être distinguées des clauses d'imprévision.

Les clauses de révision de prix envisagent les hausses des coûts de production, prévisibles ou imprévisibles. Les clauses d'imprévision visent, en principe, tout événement imprévisible.

La hausse des coûts de production entraîne une adaptation automatique du prix selon les critères prévus dans la clause de révision de prix. L'application de la clause d'imprévision suppose que le changement de circonstances ait entraîné un bouleversement de l'économie contractuelle et l'adaptation du contrat aura pour but de permettre à nouveau une exécution de contrat conforme à son économie.

(1) La théorie des risques a un objet plus large que les clauses qui modalisent la charge des risques. En effet, la théorie des risques organise de manière générale, les conséquences de la force majeure sur les obligations du cocontractant (voy. infra, III).

Comme on le constatera plus loin (1), la clause d'imprévision trouve à s'appliquer à d'autres changements de circonstances que la hausse des facteurs de production.

2. - Analyse des clauses étudiées.

a. - Les clauses de force majeure (2).

1° - Souvent la clause de force majeure est greffée sur l'expression suivante : *"Nos délais ne sont pas de rigueur"*.

Ainsi la clause suivante prévoit que : *"Nos délais de livraison ne sont donnés qu'à titre indicatif. Un retard de livraison ne peut en aucun cas donner lieu à l'allocation de dommages et intérêts ou indemnités quelconques. Tous les faits du prince ou les événements de force majeure, comme, par exemple, grève, guerre, lock-out, émeutes, mobilisation, épidémies, intempéries, pénuries de matériel ou de moyens de transport, incendies, bris de machines, etc... nous exonèrent de toute responsabilité"* (clause, II , a, 1) (3).

L'expression *"nos délais de livraison ne sont pas de rigueur"* concerne les modalités d'exécution du contrat. Si les marchandises sont livrées huit jours plus tard que prévu, le fournisseur n'en assume aucune responsabilité quel que soit le motif pour lequel il accuse un certain retard. En effet, en vertu de cette clause, il ne s'est pas obligé à livrer à une date bien précise.

L'expression *"nos délais ne sont donnés qu'à titre indicatif"* signifierait que les parties n'ont entendu donner aucune valeur juridique au délai convenu.

Pourquoi, dès lors, prévoir une clause de force majeure qui délie le vendeur de son obligation de livrer dans le délai convenu en cas de survenance d'événements exceptionnels ?

(1) Voy. 2. b.

(2) Voy. sur ces clauses dans les relations commerciales internationales, M. FONTAINE, Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux, D.P.C.I., 1979, p. 469 et s. : voy. aussi J. GESANG, Force majeure und ähnliche Entlastungsgründe im Rahmen der Lieferungsverträge von Gattungsgüter, 1980.

(3) Ci-après, l'on référera uniquement au numéro des clauses tel qu'il apparaît dans la rubrique II de la farde de documentation.

En fait, même si les parties ont déchargé de sa responsabilité le vendeur qui ne livrerait pas à la date prévue, celle-ci a fait l'objet d'un accord entre parties. On distingue ainsi l'élément intégré dans le contenu du contrat (la date) et son régime juridique (responsabilité en cas de non-respect du délai) (1).

En vertu de l'article 1135 du Code civil, le juge peut compléter le contrat en fonction de ce que requièrent les usages ou l'équité. L'article 1134, alinéa 3, du même Code prescrit l'exécution de bonne foi des conventions. Si, dès lors, un écart très sensible se crée entre la date de livraison indiquée et la date réelle de livraison, le juge pourrait, en vertu des articles précités et des circonstances de l'espèce, tenir le fournisseur pour responsable dans la mesure où l'écart réel dépasse l'écart normal auquel l'acheteur pouvait s'attendre en lisant une pareille clause (2).

Le tribunal de commerce de Courtrai a pu également écarter la clause des conditions générales n'accordant qu'une valeur approximative au délai convenu lorsque la date de livraison était mentionnée à la main sur le bon de commande (3). Le tribunal se référa au principe en vertu duquel les clauses particulières, mentionnées expressément, priment les conditions générales (4).

(1) Voy. sur cette distinction, D. PHILIPPE, Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, thèse, Louvain-la-Neuve, 1983, not. p. 832.

(2) La négligence du fournisseur sera également prise en considération dans l'appréciation de la responsabilité.

(3) Voy. dans ce sens, comm. Anvers, 21 février 1959, R.W., 1958-59, c. 2155.

(4) Nous avons montré dans l'alinéa précédent qu'à notre avis, le caractère approximatif du délai pouvait être concilié avec la fixation d'un délai précis. La solution pourra cependant varier en fonction de l'interprétation de la volonté des parties. S'il résulte des faits de la cause que les parties ont stipulé un délai non seulement précis mais également de rigueur, le juge peut déduire que les parties ont implicitement voulu déroger au caractère approximatif du délai prévu dans les conditions générales.

Le tribunal de commerce de Bruxelles a interprété plus sévèrement encore les clauses relatives au délai de livraison (1). Il considéra en effet que la clause *"la livraison n'est soumise à aucun délai et s'effectue dans les limites du possible"* oblige le vendeur à respecter un délai normal. Au surplus, il annule la clause *"une livraison tardive ou postposée ne peut en aucun cas constituer pour l'acheteur un motif de résiliation de la convention ni donner lieu à une quelconque indemnité"* ; le tribunal estime en effet que cette clause d'exonération totale de responsabilité anéantit l'objet de l'obligation.

L'application de la clause *"Nos délais ne sont donnés qu'à titre indicatif"* est donc sujette à contestations : la clause de force majeure permet alors au fournisseur d'être déchargé de toute responsabilité même en cas d'annulation de la clause relative au délai, même en cas de retard prolongé, lorsque surviennent les événements constitutifs de la force majeure.

2° - Si l'on s'attache à la clause elle-même et non plus à son contexte, on doit distinguer l'hypothèse de la clause d'une part, son régime juridique d'autre part.

L'hypothèse définit les éléments qui permettent de vérifier l'existence de la force majeure. Une fois vérifiée cette hypothèse, le régime juridique définira les effets de la survenance de la force majeure sur les obligations contractuelles.

(1) Comm. Bruxelles, 15 décembre 1970, J.C.B., 1971, pp. 184 et s.; voy. Le droit des contrats informatiques, Précis de la Faculté de Droit de Namur, 1983, spec., p. 244.

2) L'hypothèse.

On rencontre plusieurs types de définition de la force majeure. Certaines clauses recourent à l'énumération. D'autres préfèrent une définition compréhensive. D'autres cherchent à opérer une synthèse entre ces deux approches.

1) La clause précitée procède, à l'instar de la majorité des clauses étudiées, à une énumération non exhaustive des événements constitutifs de force majeure.

On citera parmi les circonstances énumérées fréquemment : la guerre, la grève (1), l'incendie.

Sont mentionnées moins fréquemment : le lock-out, les émeutes, les intempéries, le gel, les inondations, les pénuries de matériel ou de moyens de transport, les pénuries de matières premières, les arrêts accidentels de la fabrication.

Sont parfois reprises :

- la mobilisation, le danger de guerre, la guerre civile, les opérations militaires ;
- la maladie, les épidémies ;
- la neige ;
- la pénurie de main d'oeuvre, le manque de combustible, les bris de machine ;
- les taxes et changements de tarifs douaniers, les changements de tarifs de transport, le fait du prince ou les mesures gouvernementales en général ;
- la livraison tardive chez le fournisseur, la grève, la faillite ou déconfiture du fournisseur.

(1) Voy. sur des applications de la force majeure en matière de grève, comm. Liège, 3 mars 1962, Jur. Liège, 1962, p. 172, obs. M.H. ; ibid., 24 janvier 1978, Jur. Liège, 1977-78, p. 190.

Souvent, l'énumération se termine par les termes : "... *bris de machines, etc...*" ou est précédée par les termes "*les cas de force majeure tels que*". Les rédacteurs soulignent ainsi le caractère non exhaustif de l'énumération.

L'énonciation d'une circonstance déterminée dans la clause suffit-elle à rendre sa survenance constitutive de force majeure ou faut-il que les autres caractéristiques de la force majeure (imprévisibilité, impossibilité, irrésistibilité) soient réunies ?

La clause 1 précise que : "*Les événements de force majeure comme ... nous exonèrent de toute responsabilité*".

D'autres clauses disposent que : "*Outre les cas de droit, seront considérés comme cas de force majeure, l'incendie, l'inondation etc..., pouvant entraver la production ou les expéditions*" (clause 2).

Certaines clauses parlent d'"*obstacles imprévus tels que ...*" (clause 3).

Ces clauses assimilent à la force majeure des circonstances qui ne réunissent pas (toutes) les caractéristiques de la force majeure. L'on pourrait considérer que ces clauses produiront leurs effets même si les conditions légales d'application de la force majeure, non-mentionnées dans la clause, ne sont pas présentes. En effet, les dispositions relatives à la force majeure n'étant pas impératives, les parties sont libres d'y déroger par voie contractuelle (1).

Cependant, la rédaction de la clause doit être suffisamment claire pour permettre d'en déterminer la portée.

(1) Voy. M. FONTAINE, op. cit., p. 495.

Ainsi, dans la clause 2 précitée, l'incendie et l'inondation constitueront des hypothèses de force majeure lorsqu'elles entraveront la production ; l'imprévisibilité de l'événement ne devra pas être établie. La clause 1, précitée, est plus ambiguë. Lorsqu'on envisage *"tous les événements de force majeure comme la grève ..."*, on n'affirme pas que la grève est un événement de force majeure même lorsqu'elle est prévisible et évitable. On pourrait, par exemple, apporter à cette clause la modification suivante : *"Des circonstances telles que la grève, l'incendie, l'inondation, ... sont à considérer comme des hypothèses de force majeure lorsqu'elles ont pour effet de retarder ou rendre très difficile la livraison. Le vendeur n'aura à établir ni l'imprévisibilité et l'irrésistibilité de la circonstance, ni l'impossibilité d'exécution du contrat"*.

Enfin, la clause 3, précitée, est, elle aussi, ambiguë car le terme "obstacle" est susceptible de diverses interprétations. Il faudrait, dans cette hypothèse également, compléter la clause comme indiqué ci-dessus.

L'on constate que les conditions générales peuvent, en élargissant de manière résolue le champ d'application de la force majeure, atténuer largement la responsabilité du vendeur. Les rédacteurs, soucieux de respecter un équilibre entre les obligations des parties contractantes, donneront une définition plus restrictive de la force majeure. Eu égard à l'objet du contrat, ils inséreront, dans la définition contractuelle de la force majeure, l'une ou l'autre condition d'application légale (imprévisibilité, impossibilité, irrésistibilité) de ce concept. Ainsi, la clause 1 pourrait se présenter comme suit : *"Des circonstances telles que la grève, l'incendie, l'inondation et toute circonstance similaire sont à considérer comme des hypothèses de force majeure lorsqu'elles ont pour effet de retarder ou de rendre impossible l'exécution du contrat. Le vendeur n'aura pas à établir l'imprévisibilité et l'irrésistibilité de l'événement"*.

Pour éviter toute ambiguïté, il est donc préférable de ne pas se limiter, dans la rédaction des clauses, à une simple énumération de circonstances. En effet, la définition de la force majeure consacrée par la jurisprudence est compréhensive et non extensive. Dans certaines hypothèses, la simple énonciation d'une circonstance ne permettra pas au juge de déterminer si la survenance de cette circonstance rend applicable la force majeure, puisque ce concept présente certaines caractéristiques sur lesquelles la clause contractuelle ne prend pas position.

Il convient au contraire, de compléter la clause en précisant les caractéristiques que doivent (ou ne doivent pas) présenter ces circonstances eu égard à la définition de la force majeure consacrée par la jurisprudence et en mentionnant les effets des circonstances sur le contrat.

2) Nous n'avons pas trouvé dans notre échantillon de clauses procédant à une définition, non plus extensive, mais purement compréhensive de la force majeure.

Au demeurant, certains rédacteurs de conditions générales insèrent la clause suivante: "*tout cas de force majeure dégage la société de l'obligation de livrer*" (clause 4). Cette clause est en fait inutile puisqu'elle ne modifie en rien le régime de droit commun.

3) La majorité des clauses qui définissent la force majeure de façon abstraite sont souvent accompagnées d'une énumération plus ou moins brève des circonstances constitutives de force majeure.

On a vu que la clause 2 énonce des événements susceptibles d'entraver la production ou les expéditions. La clause 3 envisage "*des obstacles imprévus tels que...*".

La clause suivante dispose que : *"Tout cas ou fait non constitutif de faute dans notre chef et qui pourrait arrêter, suspendre ou interrompre l'exécution d'un marché est réservé à notre profit et nous décharge de toute responsabilité au même titre qu'en cas de force majeure"* (clause 5).

Le fournisseur lié par cette clause devra établir non plus l'imprévisibilité et l'irrésistibilité d'un obstacle extérieur entraînant l'impossibilité d'exécuter, mais l'absence de toute imputabilité dans son chef (1).

On prévoit parfois que : *"Des circonstances indépendantes du vendeur et de telle nature que l'exécution du contrat ne peut équitablement plus être exigée du vendeur - telles que guerre ... - donnent au vendeur le droit de résilier le contrat en tout ou en partie sans aucune obligation d'indemnisation"* (clause 6).

Cette clause élargit sans nul doute la notion traditionnelle de force majeure. Sa portée exacte reste difficile à déterminer puisqu'elle dépend de la signification que ses interprètes réserveront au terme "équitablement" (2).

-
- (1) Voy. sur les relations entre l'absence de faute et la force majeure, A. TUNC, Force majeure et absence de faute en matière contractuelle, *loc. cit.* ; La force majeure dans ses rapports avec le contenu de l'obligation contractuelle, *loc. cit.* ; R. KRUIHOF, Werkstaking en overmacht, *I.P.R.*, 1965, p. 519 et sv.
- (2) Signalons que les droits allemand et néerlandais réservent à l'expression "l'exécution du contrat ne peut équitablement plus être exigée du vendeur" un contenu juridique plus précis qu'en droits français et belge. (Voy. sur ce problème en droit néerlandais, P. ABAS, *De Beperkende werking van de goede trouw*, thèse, 1972 ; en droit allemand, STAUDINGER-WEBER, § 242 B.G.B., *Treu und Glauben*, spéc. *B. Zumutbarkeit und Nichtzumutbarkeit*). Voy. sur l'évolution en droit belge vers une reconnaissance plus large de l'effet de la bonne foi dans l'exécution des contrats, Cass., 19 sept. 1983, *Rechtsk. Weekbl.*, 1983-1984, c. 1480; voy. W. RAUWS, *Misbruik van contractuele rechten : het cassatiearrest van 19 september 1983*, *J.C.B.*, 1984, pp. 284 et sv.

(b) Le régime juridique.

Les effets juridiques dont la survenance de la force majeure est assortie sont variés.

1) Souvent, la clause prévoit la suspension du contrat. Parfois, la même clause prévoit également en cas de retard prolongé, la possibilité par le vendeur de résilier le contrat.

Ainsi, la clause 1, précitée, se poursuit de la manière suivante : *"Nous nous réservons le droit de prolonger le délai d'exécution du contrat d'une période égale à celle pendant laquelle le cas de force majeure ou le fait du prince a duré. De même, si ces faits peuvent compromettre l'exécution de la commande suivant les modalités prévues, nous nous réservons le droit de résilier le contrat sans engagement ni responsabilité de notre part".*

Une autre clause, plus équitable, prévoit, outre la suspension, la possibilité pour chacune des parties d'annuler le contrat sans indemnité si le retard est supérieur à soixante jours.

D'autres clauses laissent au vendeur la faculté de résilier ou de suspendre le contrat. Par ailleurs, certaines clauses prévoient que la résiliation sera obligatoirement précédée d'une notification à l'acheteur.

D'autres enfin limitent les droits de l'acheteur, en lui interdisant par exemple de mettre fin au contrat en cas de prolongation, même importante du délai, ensuite de la force majeure.

2) On trouve, plus rarement, des clauses qui assortissent la survenance de la force majeure, de la nullité ou de l'annulation du contrat. Dans la mesure où le contrat a été valablement formé lors de la survenance de la force majeure celle-ci ne pourrait avoir pour effet de remettre en question la validité du contrat ; or, la nullité et l'annulation sont des sanctions propres à la formation de la convention. Dès lors, il serait préférable de remplacer les termes "nullité ou annulation" par le terme "dissolution" du contrat.

3) Certaines clauses, moins complètes, prévoient simplement que la survenance de la force majeure dégage le vendeur de toute responsabilité. Ces clauses laissent donc au droit commun le soin de régler plus avant les effets juridiques de la force majeure (soit une suspension, soit une dissolution du contrat).

b. - Les clauses d'imprévision et d'aménagement du contrat.

Dans l'échantillon étudié, on a rencontré une clause envisageant l'imprévision de manière générale (1). D'autres clauses prévoient dans certaines hypothèses particulières, un aménagement du contrat.

(1) Les clauses d'imprévision sont beaucoup plus fréquentes dans les contrats internationaux. Voy. M. FONTAINE, Les clauses de hardship dans les contrats internationaux, D.P.C.I., 1976, pp. 7 et s.

1° - La seule clause d'imprévision rencontrée se greffe sur une clause de force majeure énumérant une série d'événements perturbateurs ; elle est libellée en ces termes : *"De même, des modifications importantes résultant des perturbations ci-dessus, entraînent une majoration ou une diminution des prix sur justification du fournisseur"* (clause 9).

Cette clause présente les caractéristiques suivantes :

- les événements énumérés dans la clause de force majeure (grève, lock-out...) doivent entraîner des modifications importantes dans l'exécution de la prestation du vendeur.
- au niveau des effets est seul prévu un aménagement de la contreprestation à fournir par l'acheteur ; cet aménagement peut être bénéfique ou défavorable à l'acheteur puisque les prix peuvent être modifiés tantôt à la hausse, tantôt à la baisse.
- l'aménagement est subordonné à une justification à fournir par le vendeur.

2° - Plusieurs clauses envisagent l'hypothèse particulière suivante : un client commande une automobile chez un vendeur et, entre la commande et la livraison, le modèle change et le prix augmente (1).

(1) On peut se demander si cette hypothèse tombe sous le couvert de l'imprévision. En effet, le changement de modèle tombe dans la sphère d'influence du fournisseur et est, en outre, tout à fait possible. Remarquons en premier lieu que les automobiles sont normalement vendues par des concessionnaires ou autres vendeurs indépendants qui ne sont pas en mesure d'influencer le changement de modèle. Quant à l'argument relatif à la prévisibilité de l'événement, il est irréfutable et nous conduit à conclure que l'hypothèse étudiée n'est pas une hypothèse d'imprévision. Par ailleurs, ces dispositions se distinguent dans leurs hypothèses et leurs effets des clauses de révision de prix bien que celles-ci visent également une situation particulière, et prévisible. En effet, le changement de modèle est, dans certains cas, de nature à entraîner un véritable bouleversement de l'économie du contrat ; c'est pourquoi, les rédacteurs des clauses prévoient la possibilité de mettre fin au contrat ou organisent un aménagement assez sensible des prestations contractuelles. Eu égard à ces considérations, nous avons inséré l'étude de ces clauses dans la présente section ; mais, plutôt que de parler de clause d'imprévision, il serait souhaitable de parler de clause de révision des prestations contractuelles. (Voy. sur les relations juridiques entre concédants et concessionnaires quant au problème de représentation, J. GUYENOT, Les contrats de concession commerciale, 1968, spéc. n° 67).

La plupart des clauses relatives à la vente d'automobiles définissent cette hypothèse et l'assortissent d'un régime juridique.

Il échet d'analyser brièvement la définition de l'hypothèse d'une part, le régime juridique d'autre part.

4) L'hypothèse.

Certaines clauses envisagent le changement de modèle seulement. D'autres prennent en considération le changement de modèle et une augmentation de prix (celle-ci variant, selon les clauses, entre 10 % et 20 %). D'autres encore visent le changement de modèle, le retard dans la livraison et le changement de prix.

5) Le régime juridique.

Certaines clauses sont très favorables au vendeur. Ainsi en est-il de la clause suivante : *"Les tarifs et la publicité sous quelque forme que ce soit, non plus que les véhicules exposés ne peuvent être considérés comme une offre ferme des modèles du constructeur : celui-ci se réserve d'apporter à sa production toutes modifications qu'il jugerait opportunes, sans obligation d'appliquer ces modifications aux véhicules livrés ou en commande"*.

Le vendeur se réserve la faculté de livrer soit l'ancien modèle, soit le nouveau modèle, soit l'un ou l'autre, assortis d'accessoires anciens ou nouveaux.

D'autres contrats reprennent une clause similaire en envisageant l'hypothèse où l'ancien modèle ayant fait l'objet de la commande ne peut plus être livré (clause 12) : "Toutefois, si la construction du véhicule commandé venait à être abandonnée, l'acheteur pourrait opter entre les deux possibilités suivantes :

- a) demander la résiliation de sa commande et la restitution de son ou de ses acomptes sous déduction d'une commission de 5 %.
- b) demander le report de la commande sur un modèle de la marque, le nouveau décompte du prix étant établi, le cas échéant au moment de la livraison" (1).

(1) On constate que, dans l'hypothèse de la résolution du contrat pour une circonstance incluse dans sa sphère de risque (changement de modèle), le vendeur retient une commission de 5 %.

Si le changement de modèle est minime et l'augmentation de prix qui s'ensuit peu importante, cette retenue de 5 % peut être justifiée puisque c'est alors le fait de l'acheteur, le refus injustifié du nouveau modèle, qui explique la résolution du contrat.

Par contre, lorsque le changement du modèle est considérable et l'augmentation de prix sensible, l'attitude de l'acheteur, qui résilie le contrat, est pleinement justifiée. On peut alors se demander s'il n'est pas abusif de prévoir en pareil cas une retenue de 5 %. Ne pourrait-on pas y appliquer, mutatis mutandis, les principes qui régissent la portée de la clause pénale (voy. pour une description de ces principes, P. VAN OMMEFLAGHE, Examen de Jurisprudence, les Obligations (1968-1973), R.C.J.B., 1975, p. 530 et sv. ; Cass. 17 avril 1970, Pas., 1970, I, p. 711) ? Est-il licite de réclamer à l'acheteur les conséquences dommageables d'un fait inclus dans la sphère de risque du vendeur ?

Bien que cette solution puisse heurter les principes d'équité, nous croyons que, en droit positif belge actuel, cette clause reste valable. En effet, le dommage, évalué à 5 % de la transaction, correspond plus ou moins aux frais administratifs et au manque à gagner subi par le vendeur ; on ne pourra donc pas invoquer une disproportion entre le dommage prévisible et le pourcentage spécifié dans la clause. En outre, comme le rappelle M. Van Ommeslaghe, "le principe de la convention-loi interdit au juge de modifier les termes de la convention, quelle qu'en soit la sévérité pour l'une des parties" (P. VAN OMMEFLAGHE, op. cit., n° 2, p. 432).

D'autres clauses, plus complètes et plus équitables réservent à l'acheteur, lorsque survient un changement de modèle accompagné d'une augmentation de prix déterminée ou un retard important dans la livraison, la faculté de demander la restitution intégrale de l'acompte versé.

3. - Problème de la détermination du prix dans les conditions générales.

a. - Position du problème.

Lorsque le délai de livraison n'est pas déterminé de manière stricte, ou peut être différé en application de la clause de force majeure, le vendeur veille à ce que le prix convenu puisse être lui aussi modifié en fonction du temps écoulé.

Ainsi, l'on vient de montrer que les conditions générales de vente de véhicules neufs prévoient parfois que le prix et le délai de livraison ne sont donnés qu'à titre indicatif, le prix appliqué étant celui en vigueur au jour de la livraison. (1).

b. - Validité des clauses.

La jurisprudence française considère la vente comme nulle puisque le prix n'est pas déterminable (2).

(1) Le changement de modèle entre la conclusion du contrat et la livraison pose des problèmes similaires. L'on se limitera ici au problème de la détermination du prix qui a fait l'objet d'études plus systématiques et de jurisprudence. Les réflexions relatives à la modification du prix doivent donc être appliquées mutatis mutandis au changement de modèle.

(2) Voy. Cass. civ. fr., 20 mai 1981, Cass. civ. fr., 11 juin 1981, J.C.P., 1982, II, n° 19840 et note G. RAYMOND.

En droit belge, la solution est moins évidente (1). De Page (2) considère comme valable la clause prévoyant que le prix sera celui en vigueur au jour de la livraison. Un jugement du tribunal de Tournai (3) considère, pour les marchandises cotées, qu'il peut être fait référence au cours du jour de la livraison, à condition que le délai de livraison soit fixé dans la convention. On a considéré comme valable le contrat dans lequel l'assuré s'engageait à faire courir les véhicules qu'il pourrait acquérir moyennant le paiement de primes déterminées en fonction du tarif en vigueur à ce moment (4).

Les clauses relatives à la vente de véhicules neufs précisent souvent que l'acquéreur aura la faculté de résilier le contrat si, entre la conclusion de la convention et la livraison, les prix sont majorés de plus de 20 % ou si la livraison n'est pas exécutée endéans les trois mois de la commande.

La clause, ainsi complétée, est-elle valable ? Plusieurs éléments conduisent à opter vers une réponse positive :

- les variations sont contenues dans des marges strictes ; l'hypothèse d'un contrat dont l'une des prestations est soumise à l'arbitraire d'une partie est donc à exclure.
- les augmentations de prix sont soumises à l'autorisation du Ministre des Affaires économiques, et supposent la présence de facteurs objectifs de variation de prix (5).
- au jour de la livraison, les prix seront déterminés en fonction du marché, et, partant, de la concurrence.

(1) Voy. H. PAULUS-DE RODE, La détermination du prix dans les contrats en droit belge, D.P.C.I., 1980, pp. 89 à 94 ; P.A. FORIERS, L'objet et la cause du contrat dans Les obligations contractuelles, Ed. Jeune Barreau éd. 1984, pp. 105 et s.

(2) H. DE PAGE, Traité, t. IV, n° 37, p. 70.

(3) Com. Tournai, 9 décembre 1947, Pas., 1949, III, p. 31.

(4) Civ. Mons, 27 mars 1950, Bull. Ass., 1950, p. 597.

(5) Civ. Mons, 27 mars 1950, loc. cit. Voy. sur les critères pris en considération, T. BOURGOIGNIE, La réglementation des prix en Belgique, 1973, spéc., pp. 21 à 42 ; P. DE VROEDE, Prijnsregeling, A.P.R., 1976, spéc. n° 151 à 250.

Ces trois éléments limitent donc le risque d'arbitraire dans le chef du vendeur. En fait, celui-ci vise seulement, par la clause commentée, à faire supporter le risque de changements de circonstances par l'acheteur ; il ne s'agit donc pas de déterminer le prix sur des bases nouvelles.

Cependant, la clause peut prêter à controverse comme l'illustre la jurisprudence française en sorte que des précisions sur les circonstances qui peuvent faire varier le prix, seraient les bienvenues.

Ainsi l'on pourrait préciser que le prix est celui en vigueur au jour de la livraison, et préciser que le prix pourra varier uniquement en fonction du coût de production après approbation au Ministère des Affaires économiques.

CONCLUSIONS DE LA PREMIERE SECTION.

En reconnaissant la force majeure dans certaines circonstances particulières sans que soient réunies les conditions d'application légales de cette institution, les clauses des conditions générales de vente atténuent de manière sensible les effets défavorables dans le chef du vendeur d'un changement de circonstances postérieur à la conclusion du contrat. Ainsi, certaines de ces clauses permettent au vendeur d'être délié de ses engagements originaires lorsque les circonstances nouvelles aggravent de manière considérable l'exécution du contrat, c'est-à-dire dans l'hypothèse visée par l'imprévision.

Par ailleurs, il échet de constater que certaines hypothèses, propres à l'imprévision, ne sont jamais envisagées par les conditions générales de vente. On pense ainsi aux circonstances qui diminuent la valeur de la contreprestation de l'acheteur sans diminution

corrélative des coûts de production. Citons par exemple l'hypothèse où la dépréciation monétaire survient après la fabrication du produit d'espèce, objet de la vente ; la clause de révision de prix, qui vise l'augmentation des coûts de production du produit vendu, ne sera pas, en principe (1), applicable puisque le produit a déjà été fabriqué au moment où la dépréciation monétaire survient ; mentionnons également l'hypothèse où le prix est exprimé en monnaie étrangère ou par référence à un métal précieux ; en ce cas, la dépréciation de la monnaie étrangère ou la variation du cours du métal précieux peuvent affecter sensiblement la valeur de la contreprestation sans modifier les coûts de production.

Pareilles hypothèses, fréquentes dans certaines branches d'activité, pourraient, le cas échéant, faire l'objet d'un aménagement contractuel.

Soulignons aussi la difficulté en pareille matière de rédiger une clause-type. Le contenu de la clause peut en effet varier en fonction du secteur d'activités concerné, ou des facteurs extérieurs qui peuvent influencer l'opération à réaliser.

(1) En fait, la plupart des clauses de révision de prix réservent au vendeur la faculté d'adapter le prix en cas d'augmentation des coûts de production et il est indifférent que le produit ait été fabriqué avant l'augmentation.

II. - LE TRANSFERT DES RISQUES.

1. - Bref rappel des principes du droit commun.

a. - Lorsque le débiteur d'une obligation est libéré à la suite d'un cas de force majeure, quel est le sort de l'obligation du cocontractant ?

Cette question est envisagée dans la théorie des risques, en vertu de laquelle le cocontractant est libéré lui aussi de son obligation en cas de force majeure ; c'est le principe énoncé dans la règle res perit debitori : c'est le débiteur qui supporte les conséquences de sa propre impossibilité d'exécuter, puisqu'il n'a pas droit à la contreprestation.

b. - Le Code civil déroge à cette règle dans l'hypothèse d'une obligation de donner : le seul échange de consentements opère le transfert de propriété en faveur du créancier et met les risques à sa charge, sans que la tradition ne soit effectuée (1). C'est l'application de la règle res perit domino. La perte ou, plus généralement, l'impossibilité de livrer la chose, entre l'échange de consentements et la livraison est à charge du créancier de l'obligation de livrer, qui reste donc tenu du paiement du prix.

c. - Si l'obligation a pour objet une chose de genre, le transfert de propriété - et partant, le transfert de risques - n'aura pas lieu immédiatement : il ne s'effectuera qu'à la spécification de la chose (2).

(1) Article 1138 C. civ. ; H. DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil, t. II, n° 843 ; M. WOLFCARIUS, Le transfert de propriété, dans Unité et diversité du droit privé, Centre de droit privé et de droit économique, U.L.B., 1983, pp. 457 et s.

(2) Voy. Cass., 22 mai 1953, Pas., 1953, I, 734 ; Cass., 30 octobre 1950, Pas., 1951, I, 106 ; G. VAN HECKE, La spécification comme condition de transfert des risques dans la vente, R.C.J.B., 1952, p. 260.

Celle-ci se réalise lorsque la chose est individualisée, se distinguant ainsi de toute autre chose du même genre, et que le vendeur a manifesté de façon irréversible sa volonté de l'affecter à l'exécution de son obligation (1).

Une doctrine autorisée considère cependant que le transfert se réalise non pas lors de la spécification de la chose, mais lors de la délivrance de la chose (2).

d. - Ces principes sont certes appliqués à la vente dans laquelle l'obligation de livrer la chose constitue un élément essentiel (3).

La vente commerciale portant généralement sur des choses de genre, le transfert des risques s'opérera, on l'a vu, lors de la spécification, ou, pour certains, lors de la délivrance. Les partisans de cette dernière thèse soulignent que le transfert des risques à la délivrance trouve son fondement dans la volonté présumée des parties, telle qu'elle résulte des usages commerciaux (4).

(1) M. WOLFCARIUS, op. cit., p. 467 ; voy. aussi J. HEENEN, Vente et commerce maritime, Bruxelles, 1952, n° 31, p. 47 ; comm. Gand, 30 mars 1977, J.C.B., 1971, p. 438.

(2) Voy. J. VAN RYN et J. HEENEN, Traité de droit commercial, t. III, 1981, 2e édition, n° 673 et 674, pp. 31 et s. ; M. WOLFCARIUS, op. cit., p. 469. Ces principes sont énoncés à propos des ventes commerciales.

(3) Voy. art. 1583 Code civil. Pour les ventes au poids, au compte et à la mesure, le transfert de propriété et de risques s'effectuera lorsque les choses vendues auront été pesées, comptées ou mesurées (art. 1585 C. civ.). Pour les ventes en bloc, le transfert de propriété et des risques a lieu au contraire dès l'accord sur la chose et le prix.

(4) J. VAN RYN et J. HEENEN, op. cit., n° 673 ; M. WOLFCARIUS, op. cit., p. 469.

e. - Les règles relatives au transfert de risques dans le contrat d'entreprise sont énoncées aux articles 1788 et s. du Code civil (1).

Lorsque l'entrepreneur fournit son travail sans la matière, il n'est pas tenu, énonce l'article 1789 du Code civil, des risques relatifs à la chose qui lui a été confiée, sauf si celle-ci péricule par sa faute. C'est à l'entrepreneur à prouver l'absence de faute, la relation causale entre les travaux effectués et le sinistre devant être prouvée par le maître de l'oeuvre (2). Par contre, aux termes de l'article 1790 du Code, il n'est pas en droit de réclamer un salaire, sauf si la chose a péri par le vice de la matière.

Si l'entrepreneur fournit les matériaux, il assume les risques de la chose jusqu'à sa livraison (art. 1788 C. civ.) (3).

f. - Le transport de la chose vendue ou fabriquée peut être assuré par les soins du vendeur ou de l'acheteur, ou encore d'un transporteur indépendant. A qui incombe la perte de la chose pendant le transport ? En droit commun, les risques seront assumés par le propriétaire. Ainsi, dans la vente d'une chose de genre, si le lot destiné à l'acheteur a été mis à part dans le camion à son intention, la marchandise voyage aux risques de l'acheteur ((4).

(1) Voy. H. DE PAGE, Traité, t. III, n° 874 et s., M.A. et P. FLAMME, Le droit des constructeurs, L'entreprise et le droit, 1984, n° 209 à 214, pp. 191 à 197.

(2) Pour plus de nuances, voy. M.A. et P. FLAMME, op. cit., n° 214 et jurispr. citée.

(3) Voy. M.A. et P. FLAMME, op. cit., n° 209 et s.

(4) Voy. sur la vente internationale, la convention de La Haye de 1964 relative à la vente internationale d'objets mobiliers corporels, article 97. Voy. sur la vente CAF et FOB, M. WOLFCARIUS, op. cit., pp. 477 à 480.

En cas de transport par une tierce personne, le contractant qui devra supporter les risques, acheteur ou vendeur, disposera d'un recours sur la base du droit commun des transports (1).

g. - Le régime du transfert de risques n'étant pas d'ordre public (2), fréquentes sont les dispositions contractuelles qui, émanant du vendeur ou de l'entrepreneur, laissent les risques à charge du client tout en retardant le transfert de propriété au moment de la livraison, voire du paiement.

Enfin, nombreuses sont les clauses qui mettent les risques du transport à charge du client, qu'il soit ou non propriétaire.

2. - Analyse des clauses.

a. Clauses dissociant le transfert de risques et le transfert de propriété.

Certaines clauses réservent la propriété de la chose au vendeur jusqu'à la livraison ou au paiement intégral du prix, même lorsque celui-ci est payable en plusieurs tranches.

Ces clauses dérogent souvent au droit commun quant au transfert de la propriété, mais précisent que celui-ci reste applicable au transfert de risques.

Cette dissociation entre le transfert de propriété et le transfert des risques est tout à fait licite. Si la clause se

(1) Voy. sur ce point, R. ROOIERE, Droit des transports, L.G.D.J., Paris, 1977, spéc. pp. 554 et s.

(2) Voy. R.P.D.B., v° Vente, n° 2106, pp. 357 et s. et la jurisprudence citée ; J. VAN RYN et J. HEENEN, op. cit., n° 525.

contentait de transférer la propriété sans préciser le régime juridique applicable aux risques, des contestations seraient susceptibles de surgir. En effet, l'acquéreur pourrait prétendre que le transfert des risques était concomitant à celui de la propriété, les risques ne seront transférés qu'après le paiement du prix.

Enfin, la clause étudiée transfère les risques à la livraison. L'on pourrait aussi prévoir le transfert des risques à la spécification. Même si celle-ci coïncide souvent avec la délivrance, elle aurait parfois pour effet de transférer les risques plus tôt. Ainsi, si le contrat a pour objet la livraison d'une machine déterminée à fabriquer, la spécification aura lieu lors de l'assemblage, et la livraison ultérieurement lors de la réception de la machine.

b. - Certaines clauses précisent : *"Sauf stipulation contraire, le transfert des risques..."*. Cette mention nous semble superflue puisque les conditions particulières (qui constitueraient la stipulation contraire) priment les conditions générales.

En outre, cette clause permettrait de faire primer le régime juridique du transfert des risques organisé par les conditions générales du cocontractant.

Enfin, le problème des conventions dérogeant aux conditions générales doit être envisagé de la même manière pour toutes les clauses des conditions générales et ne doit pas être limité à une seule clause.

c. - Mentionnons aussi les clauses spécifiques au négoce en vin qui mettent à charge du client les risques dans l'hypothèse où le négociant conserve le vin dans ses clais pour le compte du client (voy. clause III, 3, 3).

d. - La plupart des clauses ont trait aux risques relatifs du transport.

1° - La clause-type est libellée comme suit : *"Nos marchandises voyagent aux risques et périls du destinataire"*.

Le terme *"péril"* est à notre avis surabondant.

Certaines clauses précisent *"risques et périls exclusifs"*.

2° - D'autres clauses plus complètes ajoutent : *"même si le moyen de transport dépend du vendeur"* ; *"même si la fourniture a lieu franco (ou en port dû)"*.

De telles précisions clarifient opportunément la clause.

3° - D'autres clauses déterminent le moment où le risque est transféré ; ainsi une disposition contractuelle transfère les risques dès que les marchandises sont mises à la disposition du client dans les magasins du vendeur, même si elles sont vendues franco lieu de destination. Une autre clause précise que *"les marchandises étant réputées livrées départ nos magasins reçues et agréées en nos magasins, même si nous consentons à les camionner jusqu'au domicile du client"*.

Les précisions apportées par ces clauses nous semblent utiles ; cependant, la validité de la deuxième clause risque d'être contestée lorsque l'agrément par le client n'aura pas été possible. Si le vendeur assume le transport jusqu'au domicile du client, celui-ci ne va toujours pas se déplacer uniquement pour agréer la marchandise.

Une autre clause est sujette à critique :

"Les marchandises sont prises et censées agréées aux magasins du fabricant. Même expédiées franco, FOB, CIF, elles voyagent aux risques et périls de l'acheteur".

La vente CIF et FOB organise un régime bien précis de transfert des risques. A notre avis, le second alinéa de cette clause serait sans effet en cas de vente FOB ou CIF et ne ferait que semer la confusion.

4° - Certaines clauses indiquent aussi que seul un recours est possible contre le transporteur. Il s'agit là de la conséquence logique du transfert de risques à charge de l'acheteur.

5° - Certaines clauses prévoient que la marchandise voyage pour le compte de l'acquéreur.

En d'autres termes, même si le vendeur contracte avec le transporteur, il est censé représenter l'acquéreur. C'est donc à un autre niveau - celui de la personne à l'égard de laquelle se produisent les effets juridiques du transport - que se situe le déplacement des charges contractuelles.

CONCLUSIONS DE LA SECTION.

Les clauses de transfert de risque posent, à notre connaissance, peu de problèmes dans leur application. Certaines améliorations ou précisions pourraient, on l'a vu, leur être apportées. Comme la spécification constitue le point de départ du transfert de risques - les clauses ne dérogent d'ailleurs pas à ce principe - il pourrait être intéressant de pouvoir préciser ce moment ; certes, l'intérêt pratique peut être restreint dans la mesure où la spécification qui se vérifie dans les usines du vendeur ou de l'acquéreur ne pourra être contestée contradictoirement, partant, des problèmes de preuve surgiront sans doute.

III. - CONCLUSIONS GENERALES.

Hormis les clauses relatives au délai de livraison, les dispositions contractuelles étudiées n'ont pas donné lieu à une jurisprudence abondante, sans doute parce que leur application pratique est peu fréquente.

Leur analyse n'en est pas moins utile. Nous avons en effet montré que ces clauses laissaient de nombreux problèmes dans l'obscurité, qui, tôt ou tard, pourront donner lieu à contestation et nous nous sommes efforcés de proposer quelques voies de solution.

Insistons enfin sur la nécessité de rédiger des clauses claires. On a évoqué certains problèmes juridiques posés par la rédaction de plusieurs clauses. Un effort de clarification permettrait en effet une meilleure compréhension des conditions générales pour leurs destinataires, éviterait des contestations, et contribuerait ainsi à la sécurité et à la fluidité des relations économiques.

Denis M. PHILIPPE