

CONCOURS COMPLEMENTAIRE ENM 2017

Droit civil

La force majeure dans le droit des contrats

A l'impossible nul n'est tenu : c'est en substance à cette sagesse populaire que renvoie la notion de force majeure, ce qui lui donne les atours d'une évidence, pour les juristes comme pour les non-juristes. En réalité, cette impression est trompeuse car la force majeure, notion éminemment fonctionnelle, ne se laisse pas aisément appréhender.

La force majeure permet d'exonérer le défendeur de toute responsabilité, et en particulier des responsabilités de plein droit, dès lors que l'événement susceptible de recevoir cette qualification est la véritable cause du dommage et qu'il ne peut être imputé à une déterminée. La notion doit aussi permettre de faire le départ entre ce qui relève de l'obligation assumée par le débiteur contractuel et ce qui lui demeure étranger. Cette première vue doit toutefois être immédiatement précisée, et cela à trois égards. D'abord, des réglages terminologiques s'imposent, car l'expression « force majeure » est parfois concurrencée par d'autres formules : les plaideurs, invoquant ce moyen de défense, préfèrent parfois l'expression de « cause étrangère », de « cas fortuit », voire de « cause exclusive », et ces formules se retrouvent ponctuellement sous la plume des juges du fond ou de la Cour de cassation (Civile 1^{ère} 3 novembre 1996, Document n° 12 : « cas fortuit »). Par-delà ces variations des mots, la chose demeure : il s'agit d'une qualification qui, si elle est retenue, permet d'écarter la responsabilité du défendeur. L'histoire du droit renseigne sur deux points qui sont désormais bien acquis. Il n'existe pas d'événements qui seraient, en soi, des cas de force majeure, comme on a pu l'affirmer au XIX^{ème} siècle, à propos d'une tempête ou d'un tremblement de terre. Tout fait de la nature, de l'homme (fait du tiers, fait de la victime) ou du prince (Civile 3^{ème} 1^{er} juin 2011, Document n° 6), peut être revêtu des caractères de la force majeure, qui sont toutefois retenus avec parcimonie par les juridictions. Il est aussi acquis que la force majeure ne saurait jouer de façon partielle, car la théorie de la causalité partielle, qui avait été admise dans la célèbre affaire du naufrage du Lamoricière (1951) est désormais fermement condamnée. Ensuite, on observera que si la notion de force majeure est transversale, son domaine de prédilection est le droit des obligations et en particulier le droit des contrats, avec auparavant comme fondement textuel l'ancien article 1148 du code civil qui, en matière contractuelle, se contentait d'écarter la condamnation du débiteur à des dommages-intérêts lorsque l'inexécution était la suite « d'une force majeure ou d'un cas fortuit ». Depuis la réforme de 2016, les textes de droit commun régissant la force majeure sont plus nombreux, mais, à raison du domaine de cette réforme, ils se limitent encore au droit des contrats. Aujourd'hui, la force majeure est abordée principalement à l'article 1218 du code civil, qui, après l'énumération à l'article 1217 des différentes sanctions de l'inexécution du contrat et avant les dispositions spécifiquement consacrées à ces sanctions, en donne une définition - valable seulement en matière contractuelle - et certains effets. Elle est également mentionnée à l'article 1231-1 du même code, qui fusionne les anciens articles 1147 et 1148 en posant la règle de l'absence de condamnation du débiteur contractuel lorsque « l'exécution a été empêchée par la force majeure ». Enfin, à cet éclatement des textes s'ajoutent de profondes hésitations quant aux critères de la force majeure : comme nous le verrons, les flottements sont nombreux, en dépit des tentatives d'harmonisation voulues par la Cour de cassation, comme si la notion de force majeure, tiraillée par les exigences de la casuistique, était rebelle à tout excès de systématisation.

Cependant, la difficulté du sujet ne s'arrête pas là, car à cette instabilité notionnelle de la force majeure en droit des contrats s'ajoute une notable variabilité des effets. En premier lieu, si la qualification de force majeure est difficilement prévisible, et plus souvent invoquée par les plaideurs que retenue par les tribunaux, c'est que ces derniers tiennent compte, non seulement de l'infinie diversité des situations factuelles, mais encore des impératifs de la politique jurisprudentielle : certains débiteurs professionnels, tels que la SNCF, feront l'objet d'une

sévérité plus grande que les débiteurs profanes, et leur exonération totale ne sera que rarement retenue. En second lieu, la diversification des effets de la force majeure est désormais inscrite dans notre droit, puisque l'empêchement dû à la force majeure est tantôt conçu comme définitif, tantôt conçu comme temporaire.

On le voit, la force majeure dans le droit des contrats apparaît comme une notion instable (I), dont le régime est variable (II).

I- La force majeure dans le droit des contrats, une notion instable

Si la notion est instable, c'est non seulement en raison des hésitations quant à la définition de la force majeure (A), mais encore au regard de la fluctuation de ses critères (B).

A- Les hésitations quant à la définition de la force majeure

La définition de la force majeure a fait l'objet de profondes hésitations : tandis que la Cour de cassation cherchait à promouvoir une définition unitaire de la notion, par-delà le droit des contrats (1), l'ordonnance du 10 février 2016 a finalement promu une définition propre à la matière contractuelle (2).

1- La tentative d'une définition jurisprudentielle unitaire

La définition jurisprudentielle de la force majeure témoigne de fréquentes oscillations, de fluctuations terminologiques et de sérieuses incertitudes quant aux caractères de la force majeure. En effet, le triptyque classique – extériorité, imprévisibilité, et irrésistibilité – ne se retrouvait pas dans tous les arrêts de la Cour de cassation.

Certaines formations de la Cour de cassation, comme la première chambre civile, semblaient considérer comme irréaliste d'exiger dans tous les cas, en matière contractuelle comme en matière délictuelle, un cumul de ces caractères, car il est des circonstances où un événement prévisible peut constituer une force majeure s'il n'est possible ni de l'empêcher, ni d'y résister, ni même d'en éviter les effets dommageables quelles que soient les précautions prises. La première chambre civile considérait ainsi sans ambages que « la seule irrésistibilité suffit à caractériser la force majeure » (Civile 1^{ère} 6 novembre 2002, Document n° 11).

Afin de faire cesser cette cacophonie, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a été réunie le 14 avril 2006, avec un double objectif : stabiliser la définition de la force majeure, d'une part, en proposer une conception unitaire, d'autre part. En effet, dans une première espèce, qui intéressait le droit des contrats, un artisan n'avait pu livrer une machine spécialement conçue pour les besoins d'un client en raison de sa maladie grave qui avait entraîné une incapacité temporaire partielle puis son décès. Les héritiers du client furent déboutés de leur demande de dommages-intérêts pour inexécution du contrat en raison de la force majeure, la maladie et l'incapacité physique en résultant, qui étaient survenues après la conclusion du contrat, étant tout à la fois imprévisible et irrésistible. Le pourvoi est rejeté : « Mais attendu qu'il n'y a lieu à aucun dommages-intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ; qu'il en est ainsi lorsque le débiteur a été empêché d'exécuter par la maladie, dès lors que cet événement, présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution, est constitutif d'un cas de force majeure » (Assemblée Plénière 14 avril 2006, Document n° 10). Dans un autre arrêt du même jour, l'Assemblée plénière affirmait, dans une espèce qui intéressait la responsabilité extracontractuelle, que « si la faute de la victime n'exonère totalement le gardien qu'à la condition de présenter les caractères d'un événement de force majeure, cette exigence est satisfaite lorsque cette faute présente, lors de l'accident, un caractère imprévisible et irrésistible ». Ces deux arrêts de l'Assemblée plénière, qui cherchaient à unifier et stabiliser la définition de la force majeure, n'ont pas eu les effets escomptés. D'abord, la définition retenue ne conservait du triptyque classique de la force majeure que les caractères

d'imprévisibilité et d'irrésistibilité, en omettant l'extériorité. Cette omission a été réparée le lendemain par un communiqué de la Cour de cassation, qui constituait en quelque sorte une motivation externe des arrêts : la condition d'extériorité était bien maintenue. Ensuite, et précisément, cette façon de procéder a laissé perplexe les commentateurs, tant il est vrai que la condition d'extériorité aurait mérité de plus amples explications, s'agissant notamment de la maladie du débiteur contractuel l'empêchant de livrer une machine. Enfin, une seule certitude demeurerait apparemment : la volonté de la Cour de cassation de poser une définition unitaire de la force majeure, commune au droit des contrats et à la responsabilité extracontractuelle. Las ! L'ordonnance du 10 février 2016 a rompu avec cette jurisprudence en choisissant de promouvoir une définition spécifique de la force majeure en droit des contrats.

2- La définition légale propre à la matière contractuelle

La réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 a accentué la relativité de la définition de la force majeure : la définition varie suivant la source de l'obligation en cause.

En effet, le nouvel article 1218 du code civil donne une définition très classique de la force majeure, tout en la réservant à la matière contractuelle : « il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ». S'agissant de la matière extracontractuelle, le projet de réforme de la responsabilité civile du 17 mars 2017 prévoit dans son article 1253 alinéa 2 une définition propre à la matière extracontractuelle.

Est ainsi consacrée l'idée suivant laquelle la force majeure doit être appréhendée différemment en droit des contrats car il s'agirait ici essentiellement de mesurer l'étendue de l'obligation du débiteur et d'en faire sortir les risques que celui-ci n'a pas souhaité intégrer dans son engagement au moment de la conclusion du contrat ou, plus largement, ceux qu'il n'est pas censé devoir assumer. Si cette logique avait été suivie jusqu'à son terme, elle aurait peut-être nécessité de faire le choix d'une appellation différente pour réserver l'expression de force majeure aux obligations autres que contractuelles. Cette consécration d'une définition spécifique de la force majeure dans le droit des contrats est salutaire, car le « test » de la force majeure n'est pas le même selon qu'il existe ou non un contrat à l'horizon du litige. En effet, si le contrat est par exemple adossé à un contrat d'assurance qui envisage tel ou tel risque, cela rejaillira sur l'appréciation du caractère « raisonnablement » prévisible de l'événement. Reste à savoir si cette définition légale mettra fin aux fluctuations jurisprudentielles quant aux critères de la force majeure.

B- Les fluctuations quant aux critères de la force majeure

Le test de la force majeure est destiné à apprécier, *in abstracto*, le comportement d'un agent avant, pendant, et après qu'un événement est survenu : qu'est-ce qui échappe au contrôle du débiteur contractuel ? Que pouvait-il raisonnablement prévoir et éviter ? Pouvait-il y résister ? Ces questions que se posent les juges renvoient aux critères de l'extériorité (1) et de l'imprévisibilité et de l'irrésistibilité (2) qui font l'objet de nombreuses fluctuations au gré des espèces. En effet, si les juges du fond apprécient souverainement les faits invoqués au soutien de la qualification de force majeure, la Cour de cassation opère traditionnellement un contrôle de cette qualification qui se révèle plus ou moins étroit suivant les espèces. Si elle sanctionne habituellement les décisions qui n'expliquent pas en quoi l'événement répondait aux critères requis (Civile 3^{ème} 3 octobre 2012, Document n° 5, Sociale 4 novembre 2015, Document n° 1, Civile 1^{re}, 26 avril 2017), elle se montre parfois peu exigeante lorsqu'il s'agit de rejeter la qualification de force majeure (Civile 3^e, 16 février 2005) ou, à l'inverse, particulièrement rigoureuse.

1- Les fluctuations affectant le critère de l'extériorité

L'examen de la jurisprudence antérieure à la réforme de 2016 montre que le critère de l'extériorité était parfois éclipsé en jurisprudence, ce qui impose d'emblée de lever une ambiguïté : s'il n'apparaissait pas de façon

régulière dans les arrêts, c'est probablement qu'il n'était pas toujours discuté en justice, car les plaideurs estimaient vain de se battre sur ce terrain. Nous avons vu du reste que les arrêts de l'Assemblée plénière du 14 avril 2006 l'avaient occulté, et qu'il n'avait été rétabli que le lendemain par un communiqué de la Cour de cassation. Selon certains commentateurs, il convenait de rapprocher l'extériorité de l'irrésistibilité : l'extériorité serait davantage un indice de l'irrésistibilité qu'une condition autonome.

Pourtant, cette exigence d'extériorité paraît assez logique, surtout en matière contractuelle - le débiteur doit assumer les dommages qui trouvent leur origine dans sa sphère d'activité et d'autorité- et la Cour de cassation a eu l'occasion de la mettre en avant. Ainsi, dans un arrêt de la première chambre civile du 14 octobre 2010 (Document n° 7), la Cour de cassation a-t-elle pu affirmer que « par principe, le fait du débiteur ou de son préposé ou substitué ne peut constituer la force majeure ». En effet, l'extériorité permet de vérifier la non-imputabilité au défendeur, et l'on rappellera que l'ancien article 1147 du code civil, siège de la responsabilité contractuelle avant la réforme, visait d'ailleurs la cause étrangère qui ne peut être « imputée » au débiteur.

Qu'en est-il depuis la réforme de 2016 ? L'extériorité comme critère de la force majeure contractuelle a été maintenue, sans que celle-ci soit mentionnée en tant que tel par l'article 1218 alinéa 1^{er}, du code civil mais indirectement par la précision suivant laquelle la force majeure est un événement « échappant au contrôle du débiteur ». Le passage de l'extériorité à l'absence de contrôle du débiteur est-il susceptible d'avoir une réelle incidence sur la jurisprudence ? Ici, comme ailleurs, la réforme n'opère pas une révolution. Certes, le caractère incontrôlable de l'événement marque clairement une évolution formelle du critère de l'extériorité en matière contractuelle. Cependant, la formule utilisée par le Code civil est très ouverte et ne permet pas de savoir si l'extériorité sera appréciée de façon objective ou subjective ; il est encore trop tôt pour savoir si la Cour de cassation souhaitera infléchir sa jurisprudence, notamment dans l'hypothèse d'une maladie du débiteur contractuel l'empêchant d'exécuter sa prestation : la maladie n'a pas été voulue par le débiteur (appréciation subjective), mais elle lui est bien propre (appréciation objective). La même prudence s'impose lorsqu'on considère les fluctuations affectant les critères de prévisibilité et d'irrésistibilité.

2- Les fluctuations affectant les critères d'irrésistibilité et d'imprévisibilité

S'agissant, d'une part, de l'irrésistibilité, c'est très certainement le critère décisif de la force majeure, au point que certains arrêts, par une formule lapidaire, ont pu affirmer : « la seule irrésistibilité de l'événement caractérise la force majeure » (Civile 1^{re}, 6 novembre 2002, Document n° 11). On retrouve ici non seulement la force de l'événement invincible, mais aussi la force de la supposée évidence que charrie la notion : à l'impossible nul n'est tenu. L'article 1218 alinéa 1^{er} nouveau du code civil précise désormais que la force majeure est l'événement « dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées » et qui « empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ». Sur ce point, le texte est peu satisfaisant car il semble réduire l'irrésistibilité à l'impossibilité d'empêcher les effets de l'événement et à l'impossibilité d'exécuter, mais il est permis de penser qu'il ne remettra pas en cause les modalités classiques d'appréciation de l'irrésistibilité, qui tiennent compte des capacités de résistance d'un homme raisonnable dans une situation identique.

S'agissant, d'autre part, de l'imprévisibilité de l'événement, c'est un critère qui apparaît de façon récurrente en jurisprudence pour caractériser la force majeure. Son véritable rôle n'en a pas moins suscité quelques hésitations : s'agit-il d'un simple indice de l'irrésistibilité ou d'une véritable condition autonome ? La doctrine classique estimait nécessaire de conserver à chaque critère son autonomie, mais la jurisprudence était plus hésitante. Alors que la deuxième et la troisième chambre civile exigeaient le cumul de l'irrésistibilité et de l'imprévisibilité (Civile 2^{ème}, 15 décembre 2005 ; Civile 3^{ème} 26 février 2003), la première chambre civile et la chambre commerciale se contentaient de l'irrésistibilité de l'événement dans de nombreuses décisions (Civile 1^{re}, 17 novembre 1999, Commerciale 26 juin 2001).

L'assemblée plénière avait finalement tranché cette discordance jurisprudentielle par la réaffirmation d'une conception classique et unitaire dans laquelle l'imprévisibilité et l'extériorité sont considérées comme deux conditions distinctes (Assemblée plénière 14 avril 2006). La première chambre civile l'avait redit ensuite avec force en distinguant nettement le temps de l'appréciation du caractère imprévisible (conclusion du contrat) et celui de l'appréciation du caractère irrésistible (exécution du contrat) (Civile 1^{ère} 30 octobre 2008, Document n° 9 : « Seul un événement présentant un caractère imprévisible, lors de la conclusion du contrat, et irrésistible dans

son exécution, est constitutif d'un cas de force majeure »). L'ordonnance du 10 février 2016 reprend cette position. En posant une définition spécifique à la matière contractuelle à l'article 1218 alinéa 1^{er} du code civil, elle intègre l'imprévisibilité : la reconnaissance de la force majeure suppose ainsi un événement « qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat ». Ce maintien de l'imprévisibilité par la réforme peut *a priori* surprendre, car les tenants de la spécificité contractuelle, qui tiennent la responsabilité contractuelle pour un « faux concept » (Philippe Rémy) poussaient le raisonnement encore plus loin en neutralisant l'imprévisibilité : dans cette analyse, la force majeure contractuelle ne sert pas à démontrer la rupture du lien de causalité, mais uniquement l'impossibilité d'exécution, l'intervention d'un risque qui n'est pas normalement assumé par le débiteur.

La notion de force majeure est ainsi particulièrement instable, car sa définition et ses critères ont fait l'objet de nombreux débats et hésitations, tant en doctrine qu'en jurisprudence. Grâce à l'ordonnance du 10 février 2016, les juges français disposent désormais d'une définition spécifique de la force majeure en droit des contrats ; cela dit, le texte, très classique, en dépit de retouches formelles, ne devrait pas pour autant faire cesser toutes les variations jurisprudentielles, tant la notion est fonctionnelle et tributaire des espèces considérées. Au reste, cette réforme du Code civil a entériné un régime de la force majeure qui est très variable, ce qui contribue à assouplir sa portée en diversifiant ses effets.

II- La force majeure dans le droit des contrats, un régime variable

Le régime de la force majeure est déterminé par la combinaison des nouveaux articles 1218 alinéa 2, 1351 et 1351-1 du Code civil. Sur le fond, les solutions classiques sont reprises, avec parfois quelques corrections ou précisions, mais l'ordonnance a le mérite de diversifier les effets de la force majeure dans le droit des contrats. En effet, il convient désormais de distinguer la situation dans laquelle la force majeure crée un empêchement définitif et complet (A), ce qui est toujours le cas en matière délictuelle, et le plus fréquent en matière contractuelle, de celle où la force majeure est la source d'un empêchement seulement temporaire ou partiel (B), question propre aux contrats.

A- Les effets de la force majeure en cas d'impossibilité définitive

La réalisation d'un événement de force majeure qui met le défendeur dans l'impossibilité complète d'empêcher la réalisation du dommage soulève classiquement deux questions. La première relève de la responsabilité civile et porte sur l'étendue de l'exonération permise par la force majeure. La seconde est propre au droit des contrats et consiste à s'interroger sur le sort du lien contractuel une fois l'empêchement définitif et complet d'exécuter survenu, au moins en présence d'un contrat synallagmatique. À la première, le droit positif répond par l'exonération totale du débiteur (1) ; à la seconde, il répond par la résolution de plein droit du contrat (2), ce qui renvoie à la théorie des risques.

1- L'exonération totale du débiteur

L'effet le plus classique de la force majeure est celui du tout ou rien. Dès lors qu'elle est démontrée, elle exonère totalement le défendeur de sa responsabilité, encore que certains préfèrent considérer en matière contractuelle que la force majeure est une cause d'extinction de l'obligation et par suite de l'obligation aux dommages-intérêts qui en constitue l'accessoire. Dans la jurisprudence contemporaine, la solution est le plus souvent rappelée à propos de la faute de la victime en dehors évidemment des régimes spéciaux dans lesquels le législateur l'a neutralisée.

En matière contractuelle, la solution n'est qu'implicite dans la rédaction du nouvel article 1231-1 du code civil (« le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure »), L'exonération totale, que l'on explique soit par la rupture du lien causal, soit par la preuve de l'absence de faute, distingue ainsi la force majeure des autres causes étrangères. La force majeure sera la seule planche de salut pour le débiteur d'une obligation contractuelle de résultat souhaitant obtenir une exonération totale (Civile 1^{ère} 28 novembre 2012, Document n° 4)

La faute de la victime n'emporte en effet qu'une exonération partielle (par contraction des deux phases de l'obligation et de la contribution à la dette), sauf à ce qu'elle revête les traits de la force majeure (Civile 1^{re}, 16 avril 2015, Document n° 2 : en l'absence des caractères de la force majeure, seule une exonération partielle du défendeur est envisageable). Quant au fait du tiers, il emporte également exonération totale s'il est qualifié de force majeure ; à défaut, il demeure indifférent s'il n'est pas un fait générateur de responsabilité pour le tiers et, dans le cas inverse, il ne permet pas au défendeur, par le jeu de l'obligation *in solidum*, d'échapper à une condamnation intégrale, mais il l'autorise seulement à exercer ensuite un recours en contribution (le fait du tiers intervient donc alors au stade de la contribution à la dette mais aucunement à celui de l'obligation à la dette). Depuis l'abandon de la théorie de la causalité partielle, il est aujourd'hui communément admis que chaque cause d'un dommage est à l'origine de son entière production, ce qui explique rationnellement le rôle de la force majeure. La force majeure exonère totalement le défendeur parce qu'elle est la vraie et seule cause adéquate du dommage (Civile 3^{ème} 15 octobre 2013, Document n° 3 : incendie revêtant les caractères de la force majeure). Le défendeur n'a été qu'un instrument pour l'événement fortuit contre lequel rien n'était possible. Le raisonnement est seulement fondé sur l'idée que la force majeure, comme toute cause d'un dommage, l'a causé en entier et que, dès lors, elle ne peut à la suite d'un quelconque partage s'en voir imputer une simple fraction.

2- La résolution de plein droit du contrat

Lorsque la force majeure vient perturber l'exécution d'un contrat se pose également la question du sort du contrat demeuré inexécuté, plus précisément celui du sort du contrat synallagmatique à exécution successive ou différée. Par hypothèse, l'un des contractants est empêché par la force majeure et libéré de son obligation et le créancier du débiteur empêché se trouve également libéré de son obligation.

En effet, généralisant les solutions particulières figurant dans le code civil (notamment à l'article 1722 en matière de bail), et sur le fondement de l'ancien article 1184 du même code (qui, avant la réforme, était le siège de la résolution judiciaire pour inexécution et ne distinguait pas formellement entre les différentes causes de résolution), la jurisprudence avait admis la règle dite *res perit debitori* : la résolution judiciaire jouait quel que soit le motif ayant empêché l'une des parties de remplir son engagement, même si l'empêchement résultait de la force majeure (Civile 14 avril 1891, affaire dite « *du phylloxera* » : une livraison de vins avait été rendue impossible en raison de cette maladie qui s'était abattue sur la vigne). On observera toutefois que beaucoup d'arrêts ne font ici référence qu'à la seule impossibilité d'exécution et non pas nécessairement à la force majeure, accréditant ainsi l'idée que la force majeure permet de déterminer si le débiteur est ou non responsable alors que l'impossibilité d'exécuter concerne le sort du contrat.

En application de la théorie doctrinale dite « des risques » (assez mal nommée car elle vise en réalité les conséquences de l'inexécution contractuelle imputable à un cas de force majeure), on affirme ainsi traditionnellement que les risques de l'inexécution reposent sur le débiteur de l'obligation dont l'exécution a été rendue impossible par la force majeure, à l'exception importante des contrats translatifs de propriété (article 1196 nouveau du Code civil) où s'applique la règle *res perit domino*. Il serait peut-être plus juste de considérer que la disparition du contrat permet de partager les risques entre les contractants : si aucun des deux ne peut recevoir la prestation promise, aucun des deux n'est également contraint de verser la prestation promise. C'est pourquoi la règle selon laquelle les risques pèsent sur le débiteur (*res perit debitori*) mérite d'être précisée, puisque dans un contrat synallagmatique chaque partie est à la fois créancier et débiteur. Il faut affiner la proposition pour affirmer que les risques pèsent sur le débiteur de l'obligation qui ne peut plus être exécutée en raison de la force majeure : celle-ci le libère mais l'empêche d'obtenir la prestation qu'il attendait. Depuis l'ordonnance du 10 février 2016, la solution de la résolution du contrat figure à l'article 1218 alinéa 2 du code civil, qui prévoit que « si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations », tout en renvoyant aux nouveaux articles 1351 et 1351-1 du même code qui figurent dans le titre consacré au régime général des obligations (alors même que la question ne se pose que pour les obligations contractuelles) et qui sont consacrés aux conséquences de « l'impossibilité d'exécuter ». L'innovation introduite par la réforme réside dans la résolution « de plein droit » du contrat à la suite d'une force majeure créant un empêchement définitif. Auparavant, et depuis la jurisprudence du phylloxera de 1891, la jurisprudence exigeait une saisine du juge, quitte à ce que ce dernier se borne à constater l'extinction des obligations due à la force majeure. Désormais, le contrat est résolu sans qu'il soit nécessaire de saisir le juge pour constater l'événement de force majeure, ce qui illustre la tendance contemporaine au reflux de l'intervention judiciaire en matière d'inexécution.

Exonération totale de la responsabilité contractuelle et résolution de plein droit du contrat constituent ainsi les deux réponses possibles de notre droit à une inexécution contractuelle due à un cas de force majeure constituant un empêchement définitif et complet. Cette palette de solutions est complétée par d'autres effets possibles de la force majeure lorsque l'impossibilité d'exécuter le contrat n'est que temporaire ou partielle.

B- Les effets de la force majeure en cas d'impossibilité temporaire

Lorsque la force majeure est temporaire ou ne constitue qu'un empêchement partiel, notre droit cherche à promouvoir des solutions diversifiées qui permettent de préserver le lien contractuel. Tel est l'intérêt de la suspension du contrat (1) ou, en cas d'empêchement définitif mais qui n'atteint pas l'intégralité des obligations contractuelles, d'une libération seulement partielle du débiteur empêché (2). Dans ces hypothèses, il y aura malgré tout exonération de la responsabilité du défendeur, mais uniquement pour la durée au cours de laquelle la force majeure produit ses effets ou pour la partie de l'obligation qui n'est plus susceptible d'être exécutée.

1- La suspension du contrat

Pour les contrats à exécution successive ou différée, il se peut que l'empêchement dû à la force majeure ne soit que temporaire (par exemple une grève ou la maladie du salarié) et empêcher pendant une certaine période seulement l'exécution de son obligation par le débiteur.

Au titre d'une diversification des sanctions de l'inexécution contractuelle, l'ordonnance du 10 février 2016 a introduit à l'article 1218 alinéa 2 du code civil la disposition suivante : « si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue ». La réforme conforte ainsi un acquis jurisprudentiel ancien. En effet, dès le 19^{ème} siècle, la Cour de cassation avait affirmé que « si l'empêchement est momentané, le débiteur n'est pas libéré, l'exécution de l'obligation est seulement suspendue jusqu'au moment où la force majeure vient à cesser » (Civile 15 février 1888) et cette solution était rappelée de temps à autre (Civile 3^e, 22 février 2006). La jurisprudence a également admis que la force majeure temporaire puisse suspendre le jeu d'une clause résolutoire (Civile 3^e, 17 février 2010, Document n° 8 : neutralisation de la clause résolutoire prévue en cas de non-paiement des loyers, cet impayé étant dû à une panne informatique de la banque présentant les caractères de la force majeure pour le débiteur). La force majeure seulement temporaire doit ainsi inciter le débiteur à agir de manière à préserver l'existence du contrat. Dès lors que l'empêchement temporaire vient à cesser, sa responsabilité et les autres sanctions de l'inexécution du contrat peuvent de nouveau être mise en œuvre si l'inexécution persiste.

Cette solution de principe s'accompagne toutefois d'une limite importante. L'article 1218 alinéa 2 du code civil précise en effet que l'obligation est suspendue « à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat ». L'hypothèse visée est celle dans laquelle l'exécution à l'échéance initialement prévue est essentielle au bon déroulement de l'opération contractuelle et où une légère inexécution ne lui permet plus de survivre. Elle pourra également concerner des situations dans lesquelles une certaine souplesse est envisageable, mais où la suspension ne peut cependant trop durer sans porter atteinte de manière substantielle au contrat lui-même. Faute pour le texte d'être en mesure d'apporter plus de précisions, les tribunaux s'en remettent au critère de la gravité de l'inexécution corrélé à celui de l'utilité que peut encore présenter le contrat pour les parties.

2- La résolution partielle du contrat

Outre la suspension, il est possible d'assurer la pérennité du lien contractuel, en surmontant la force majeure, par une résolution partielle. L'article 1351 nouveau du Code civil prévoit en effet que l'impossibilité définitive d'exécuter due à une force majeure libère le débiteur « à due concurrence », reconnaissant ainsi la possibilité d'une libération seulement partielle.

Cette solution appelle trois remarques. D'abord, elle reprend, en la généralisant, une sanction de l'inexécution qui existait déjà pour le bail (article 1722 du Code civil). Ensuite, elle s'inscrit de façon harmonieuse dans la palette des sanctions partielles de l'inexécution contractuelle qui ont été promues par l'ordonnance du 10

février 2016 (on songe notamment à la réduction partielle du prix de l'article 1223 du Code civil). Enfin, aussi opportune soit-elle, la résolution partielle ne sera pas toujours facile à mettre en œuvre. Il faut en effet être en présence d'un contrat dont les prestations sont divisibles, si bien que l'exécution seulement partielle présente encore une utilité pour le créancier ; à défaut, il faudrait en revenir à la solution de la libération totale. La force majeure n'est ici pas temporaire, mais définitive et partielle. En bonne logique, au regard de l'interdépendance des obligations, cette libération partielle doit s'accompagner de celle du créancier pour son obligation corrélative. Même si ces conditions sont remplies, la résolution partielle pourra susciter des difficultés puisqu'il faudra établir un lien entre l'obligation partiellement inexécutée, pour laquelle le débiteur est libéré, et celle qui, en retour, devra également être éteinte pour conserver l'équilibre contractuel. La question d'éventuelles restitutions pourra se poser, dès lors que le mécanisme de l'article 1218 alinéa 2 du Code civil s'apparente à une résolution partielle et non à une simple réduction des obligations.

Conclusion : Au terme de cette étude, on ne peut qu'être frappé du décalage entre les savants et fréquents débats qu'a suscité la force majeure en droit des contrats, et la rareté des hypothèses où son existence a été retenue. Même si le code civil comprend désormais une définition de la force majeure - au moins en matière contractuelle et peut-être bientôt sur le terrain extracontractuel -, mais également des précisions concernant ses effets, on peut penser que la casuistique jurisprudentielle que suscite la force majeure ne cessera pas, tant les hypothèses où la qualification a vocation à s'appliquer sont variées. On comprend dès lors pourquoi dans certains régimes spéciaux, comme la loi de 1985 visant à indemniser les victimes d'accidents de la circulation, la force majeure est purement et simplement exclue : cela permet d'éviter la litigieuse sur ce terrain et d'accélérer les procédures d'indemnisation. En dehors de ce contentieux, on perçoit aussi les vertus d'un aménagement contractuel de la force majeure, qui offre une plus grande prévisibilité ; ainsi de l'obligation de garantie - plus forte qu'une simple obligation de résultat - par laquelle le débiteur s'engage à supporter les risques d'inexécution même si la véritable cause de l'inexécution est la force majeure. Ici, comme ailleurs, contracter c'est prévoir, car le contrat est un « pari sur l'avenir » (Ripert).