

L'application de la force majeure en droit des contrats

Laurence JÉGOUZO

Maître de conférences à l'École de droit de la Sorbonne

Avocat à la Cour

Le caractère exonératoire de la force majeure est admis en matière de responsabilité contractuelle en droit public comme en droit privé¹ : « les raisons de décider sont les mêmes et la jurisprudence administrative peut s'inspirer des décisions rendues par l'autorité judiciaire »².

Dura lex per lex, or en matière contractuelle la loi des parties est le contrat, tel que le prévoit l'article 1134 du Code civil disposant que « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

Ce même article, dans son alinéa 2, vient préciser que la révocation du contrat ne peut être le fait que d'une volonté commune des cocontractants³ ou pour les causes légalement autorisées. À défaut, les contractants sont liés par ce contrat, par son engagement intangible.

Ce principe se manifeste notamment au travers des pouvoirs du juge qui peut ordonner l'exécution forcée du contrat. À l'inverse des pays de *Common Law*, il n'est pas possible en principe dans les contrats de droit français de se démettre de ses obligations contractuelles – en l'absence de clauses prévues à cet effet – au travers de la simple sanction de paiement de dommages et intérêts. L'exécution forcée est dès lors encourue.

Le principe d'intangibilité et la force obligatoire ont pour conséquence que le contrat est maintenu, même si les conditions économiques ont évolué.

1. L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 8^e éd., LGDJ, Manuel, 2012,

Cependant il demeure des causes d'exonération de la responsabilité contractuelle : le fait du débiteur ou le fait d'un tiers, mais aussi et surtout la force majeure, objet de cette étude.

Qu'en est-il en droit administratif ?

La force obligatoire des contrats pourrait sembler plus fragile en raison du pouvoir de modification unilatérale du contrat que détient l'autorité administrative si bien qu'un auteur a même posé la question de savoir si les contrats administratifs tiennent lieu de loi à l'administration⁴. Les parties seraient donc inégalitaires limitant ainsi le poids de l'autonomie de la volonté en droit des contrats.

Pourtant, il faut conclure avec Laurent Richer que c'est à l'intention des parties que le juge se réfère le plus souvent pour déterminer le contenu des obligations et il est certain que, dans la pratique, les parties à un contrat administratif perçoivent bien celui-ci comme les liant au même titre qu'un contrat de droit privé⁵.

Cette notion serait ainsi une réponse au pouvoir de modification unilatérale résultant non pas de la volonté de l'administration mais d'un élément que les cocontractants n'avaient pas prévu.

Elle n'est cependant pas une conception juridique universelle. Ainsi certains pays ont des notions parfois proches mais néanmoins distinctes. Dans les pays de *Common Law*, il s'agit d'un régime un peu différent, celui de la *frustration* qui interrompt le contrat. Plus large que la force majeure, elle rappelle l'imprévision sans se confondre avec elle⁶. De même, en Allemagne, la notion *Unmöglichkeit* est plus étendue que celle de force majeure⁷.

La force majeure est ainsi, pour la plupart des auteurs, une notion se révélant dangereuse en ce qu'elle constitue une échappatoire au contrat. La jurisprudence est donc très rigoureuse quant à son appréciation.

Pourtant par « opportunisme » économique, les juges vont parfois éviter de retenir cette qualification dans des situations qui en relèvent pourtant pleinement. On peut dès lors s'interroger sur l'actualité de cette notion. Trop souvent conçu comme un instrument de jurisprudences politiques, le concept de force majeure a-t-il éclaté ? Les conséquences de cet événement sont-elles identiques en droit public et en droit privé ?

Si le droit civil affirme clairement les conditions de son application certains arrêts isolés semblent pourtant tenter de l'é luder (I). En droit public, l'exigence de continuité du service public et le déséquilibre inné à la relation contractuelle avec la puissance publique entraîne une adaptation des conséquences de la force majeure plutôt favorable au cocontractant (II).

4. J. L'HUILLIER, *chron. D.*1953, 87.

5. L. RICHER, *préc.*, n° 56.

6. B. NICHOLAS, « Force majeure et frustration », 27 *American Journal of Comparative*

I – CARACTÉRISTIQUE DE LA FORCE MAJEURE ET VARIABILITÉ DE SON APPLICATION EN DROIT PRIVÉ

La force majeure est classiquement définie par un célèbre triptyque : extériorité, imprévisibilité, irrésistibilité. Si maintes décisions adoptent ce schéma de qualification, d'autres l'écartent affaiblissant ainsi son autorité.

A. Étude des conditions de la force majeure

L'exigence de la réunion des trois critères de la force majeure et de leur incidence respective a fait évoluer sa place dans le droit français.

La force majeure – pour pouvoir être valablement invoquée – doit présenter les caractères d'irrésistibilité, d'imprévisibilité et d'extériorité. Toutefois, si ces trois critères sont cumulatifs, l'extériorité est appréciée de manière variable par les juges.

La condition d'irrésistibilité trouve son fondement dans l'adage « à l'impossible, nul n'est tenu ». Elle constitue la condition principale de la force majeure et la caractéristique qui a le moins donné lieu à interprétation. Il s'agit d'un élément contre lequel on ne peut pas se prémunir même en le prévoyant ou qui lorsqu'il se produit, laisse le débiteur impuissant. Les tribunaux évoquent parfois un événement insurmontable ou inévitable, ou recourent à des périphrases sur le thème de l'impossibilité⁸. Si l'événement était insurmontable, le débiteur serait alors exonéré de toute sa responsabilité.

Si cette dernière n'est que très difficile ou coûteuse à mettre en œuvre⁹, elle ne remplira pas l'exigence d'irrésistibilité. Cette dernière doit ainsi s'apprécier *in abstracto*, par comparaison avec celle d'un individu ordinaire qui aurait été diligent dans les mêmes circonstances (le bon père de famille en responsabilité du fait des choses), soit par référence à des circonstances abstraites (temps, lieu, conjoncture politique, etc.).

La deuxième condition requise pour qu'un événement soit considéré comme relevant de la force majeure est qu'il soit imprévisible lors de la conclusion du contrat. « Contracter c'est prévoir. Tout contrat est un pari sur l'avenir »¹⁰.

Cette notion n'est pas propre à la force majeure puisqu'on la retrouve également dans l'article 1150 du Code civil, texte qui limite, en matière contractuelle, la réparation du dommage prévisible lors de la conclusion du contrat. Pour A. Sériaux, l'imprévisibilité est « un élément nécessaire et dynamique de la force majeure »¹¹.

S'il avait pu être prévu lors de la conclusion du contrat, le débiteur n'aurait pas dû s'engager sans autre précaution. C'est donc au moment de la conclusion du

contrat qu'il faut se placer pour savoir si l'événement qui est effectivement survenu pouvait être prévu.

Généralement seule une « prévisibilité normale » est exigée par le juge. Une appréciation *in concreto* est alors effectuée par ce dernier. Mais parfois les juges de première et seconde instances ont été plus inflexibles en admettant une appréciation *in abstracto* très sévère du cas de force majeure, ainsi « pour qu'un événement soit prévisible, il n'est pas nécessaire qu'il doive normalement se produire ; il suffit que les circonstances fassent apparaître la possibilité de sa réalisation » selon les termes d'un arrêt rendu par la cour d'appel de Lyon¹². Une application généralisée de tels critères d'appréciation de l'imprévisibilité signifierait en réalité que tout ce qui serait possible serait prévisible.

Une telle solution n'a cependant presque jamais été, semble-t-il, retenue par la Cour de cassation, à l'exception d'un arrêt de la chambre sociale du 15 novembre 1970¹³.

Des éléments prévisibles pourraient donc venir éteindre les obligations du débiteur ? Il faut pour cela les associer à l'irrésistibilité de l'événement.

La troisième et dernière condition, la plus controversée, est celle de l'extériorité.

Si l'événement n'était pas extérieur au débiteur, il lui sera imputable, et engagera alors sa responsabilité. L'extériorité signifie tout simplement que « le défendeur ne peut invoquer pour échapper à sa responsabilité un fait dont une règle juridique quelconque lui impose spécialement de garantir les conséquences dommageables pour les tiers »¹⁴. Il faut préciser que le débiteur ne répond pas ici uniquement de lui-même, mais aussi de tous ceux et de tout ce qu'il emploie pour exécuter le contrat. Un entrepreneur ne pourra pas, par exemple, invoquer la défaillance de son personnel pour s'exonérer des fautes commises par ce dernier. La question de la conception psychologique de l'extériorité a suscité de nombreux débats notamment en cas de maladie qui, si elle est liée à la personne contractante, reste cependant extérieure à sa volonté. Toutefois, l'extériorité semble être progressivement moins utilisée pour sa qualification.

Il apparaît ainsi que finalement ces trois critères suscitent encore de nombreuses questions et que l'interprétation très variable qui en est faite par les tribunaux ne permet pas de les clarifier de façon aisée.

B. L'évolution notable de l'appréciation de la force majeure en matière civile

Les nombreuses variations autour de la force majeure amènent à s'interroger sur les raisons de ces hésitations et revirements multiples et laissent penser que la volonté du juge est d'en faire une notion protectrice de la partie la plus faible.

1. Les hésitations jurisprudentielles

Concernant l'exonération *totale* de la responsabilité des cocontractants par la force majeure, l'appréciation de cette notion a fait l'objet d'une évolution significative. Et la jurisprudence a longtemps été et reste pour le moins incertaine.

Traditionnellement, la force majeure se caractérisait donc, en matière délictuelle comme en matière contractuelle, par les trois caractères précédemment développés : l'extériorité, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité de l'événement considéré.

Depuis les années 1990, bon nombre d'arrêts avaient, en matière contractuelle, réduit l'importance de la deuxième condition, au profit de la troisième. Certains arrêts admettaient en effet l'exonération du débiteur sur le fondement d'un événement irrésistible dont le caractère imprévisible n'était pas totalement établi. Ainsi, un arrêt de la chambre commerciale rendu le 1^{er} octobre 1997¹⁵ précisait que « l'irrésistibilité de l'événement est, à elle seule, constitutive de la force majeure lorsque sa prévision ne saurait permettre d'en empêcher les effets, sous réserve que le débiteur ait pris toutes les mesures requises pour éviter la réalisation de l'événement ». Dans le cas d'un événement prévisible, la libération du débiteur était donc quand même possible, mais elle était subordonnée à l'impossibilité d'en éviter la survenance.

Il existait ainsi une divergence opposant la deuxième chambre civile, nettement favorable au maintien de la condition d'imprévisibilité, à la première chambre civile et la chambre commerciale.

Par deux arrêts rendus le 14 avril 2006¹⁶, le premier en matière délictuelle et le second en matière contractuelle, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a précisé sa jurisprudence sans pour autant mettre fin à cette ancienne divergence. Le premier arrêt précisait 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 ». Quant au second, il affirmait que, dans le domaine du contrat, le débiteur est libéré lorsque l'événement invoqué (la maladie du débiteur en l'espèce) présente un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution.

Ces arrêts ne font aucune référence à l'extériorité.

Plus récemment, la première chambre civile de la Cour de cassation a rendu un arrêt remarqué, le 23 juin 2011¹⁷. Un passager de train avait été mortellement blessé par un autre passager. La mère de la victime assigne alors la SNCF en réparation de son préjudice moral. La Cour de cassation décide : « qu'un tel geste, en raison de son caractère irrationnel, n'eût pu être empêché ni par un contrôle à bord du train des titres de transport, faute pour les contrôleurs d'être investis du

pouvoir d'exclure du train un voyageur dépourvu de titre de transport, ni par la présence permanente d'un contrôleur dans la voiture, et que l'agression présentait pour la SNCF un caractère imprévisible et irrésistible ».

Ainsi, les débats doctrinaux se sont concentrés sur les notions d'imprévisibilité et d'irrésistibilité, et nous noterons que le critère de l'extériorité n'est ici pas examiné.

Quelles sont donc les conséquences de ces jurisprudences fluctuantes ?

La conséquence de la force majeure est très lourde : elle consiste à exonérer de sa responsabilité le débiteur qui ne pourra se voir reprocher l'inexécution du contrat.

Ceci résulte bien évidemment d'un sentiment d'équité naturelle qui libère le cocontractant empêché d'exécuter son obligation par un événement de force majeure. Mais l'extinction du contrat en résultant reste malgré tout un signe d'échec. Celui-ci peut être momentanée et suspendre le contrat ou bien empêcher le cocontractant d'exécuter l'intégralité du contrat : il subsiste alors une partie de celui-ci.

Parfois, ce sont la situation de la victime et son iniquité¹⁸ qui prédominent au détriment des caractéristiques de l'événement de force majeure.

Il en résulte que le contenu de la qualification de force majeure ne cesse d'évoluer, alimenté par une jurisprudence instable synonyme d'incohérence et qui met bien en évidence « la fonctionnalisation de la notion » pour reprendre les termes de Paul-Henri Antonmattéi¹⁹.

2. Les tribunaux et la conception politique de la force majeure

Deux arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation, le premier datant du 8 mars 2012 et le second du 17 octobre 2012²⁰, apprécient la force majeure en droit du tourisme d'une manière juridiquement très contestable.

Dans le premier arrêt, la Cour de cassation semble confondre imprévision et force majeure. Dans ces espèces, il s'agissait de l'impossibilité pour l'agent de voyage – dans le cadre d'un voyage à forfait – de permettre à son client d'effectuer le vol retour à la date prévue en raison d'un événement : l'éruption du volcan islandais Eyjafjöll entraînant la fermeture de l'espace aérien. Cette situation semblait remplir la définition des critères de la force majeure appréciés *in concreto* : c'est un obstacle insurmontable à l'exécution de l'obligation (impossible en raison d'une interdiction légale : celle liée à la fermeture de l'espace aérien) ; irrésistible : il n'y a pas de recours contre ce fait de la nature ayant entraîné l'impossibilité de vol ; et extérieur aux parties : c'est un fait naturel doublé d'une interdiction émanant de la puissance publique.

18. A. BÉNABENT, *La chance et le droit*, LGDJ, Bibl. droit privé, t. 128, préf. J. CARBONNIER, 1973.

À l'évidence, il s'agissait d'un cas de force majeure, même temporaire.

Pourtant, au lieu d'appliquer l'article L. 211-16 du Code du tourisme²¹ permettant d'exonérer de sa responsabilité l'agent de voyage en cas d'événement relevant de la force majeure, la Cour de cassation se fonde sur un autre article de ce même code : l'article L. 211-15.²²

La Cour va rendre une décision qui ne peut être justifiée que par une forme de « solidarisme contractuel » et va outrepasser le droit pour rendre une justice qualifiable d'économique ou de sociale.

Elle ne nie d'ailleurs pas dans son attendu²³ qu'il s'agisse d'un cas de force majeure, mais écarte l'application du texte applicable au profit d'un autre sans explication.

Si la force majeure a su être oubliée par la Cour de cassation dans ces arrêts Océane et Nouvelles frontières de 2012 pour protéger la partie réputée « faible » au contrat, il est légitime de penser que dans le cas inverse – une impossibilité en raison d'une situation de force majeure pour le client d'exécuter ses obligations contractuelles – la Cour n'aurait pas manqué d'appliquer sa jurisprudence libérant alors l'acheteur de son lien contractuel.

Ces solutions contestables semblent être des cas d'espèces, qui ne remettent nullement en cause l'existence de la force majeure en droit privé. Mais il s'agit d'un exemple de ce que démontre le Professeur Antonmattéi dans sa thèse, du côté fonctionnaliste de la notion et de son utilisation par les juges dans un but politique : ici protéger la partie la plus faible dans la droite ligne de ce que l'on trouve en droit de la consommation.

Reste à vérifier que, dans les prochaines décisions, cette tendance ne devienne pas la norme : celle d'un juge protégeant systématiquement le consommateur sous l'influence notamment du droit européen.

21. « Est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ce contrat ait été conclu à distance ou non et que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci et dans la limite des dédommagements prévus par les conventions internationales. Toutefois, elle peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable soit à l'acheteur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers étranger à la fourniture des prestations prévues au contrat, soit à un cas de force majeure. »

22. « Lorsque, après le départ, un des éléments essentiels du contrat ne peut être exécuté, le vendeur doit, sauf impossibilité dûment justifiée, proposer à l'acheteur des prestations en remplacement de celles qui ne sont pas fournies. Le vendeur prend à sa charge les suppléments de prix qui en résultent ou rembourse la différence de prix entre les prestations prévues et fournies. Si l'acheteur n'accepte pas la modification proposée, le vendeur doit lui procurer les titres de transport nécessaires à son retour, sans préjudice des dommages et intérêts auxquels l'acheteur pourrait prétendre. »

23. « Attendu que la force majeure, exclusive de la responsabilité de plein droit de l'agent

II – LA FORCE MAJEURE À L'ÉPREUVE DU DROIT PUBLIC

Contracter avec la puissance publique peut laisser à penser que les rapports entre cocontractants vont présenter des particularités propres au droit public, et sans doute plus protectrices de la personne publique défenseur de l'intérêt général. Pourtant les critères de la force majeure en droit administratif sont proches des critères civilistes (A) et ont pour vocation, là encore, de protéger la partie la plus faible avec cependant quelques spécificités tenant à l'objet du contrat (B).

A. Les critères de la force majeure en droit administratif

Le caractère exonératoire de la force majeure est admis en matière de responsabilité contractuelle en droit public comme en droit privé : l'arrêt *Compagnie des messageries maritimes* en 1910²⁴ en a posé le principe. Cette notion est cependant moins utilisée en droit administratif qu'en droit civil et se résume souvent aux phénomènes naturels, comme le souligne Philippe Terneyre²⁵.

La force majeure s'entend en droit administratif comme en droit civil d'un événement imprévisible, extérieur et irrésistible²⁶ ou comme le rappelle René Chapus : « que l'événement ait été raisonnablement, absolument inattendu et absolument imparable »²⁷.

L'appréciation de l'imprévisibilité et de l'irrésistibilité n'est pas opérée dans l'abstrait.

Le juge ne s'attache pas à la prévision réelle de l'événement, il recherche si, placé dans les mêmes conditions, un contractant normal aurait pu prévoir. Et la jurisprudence se montre souvent accommodante sur la condition de prévisibilité²⁸. Il est ainsi admis qu'un événement prévisible peut avoir des conséquences imprévisibles par son ampleur²⁹.

L'irrésistibilité s'apprécie également *in concreto* et notamment en fonction des moyens du débiteur³⁰.

Le juge administratif a donc toujours été plutôt accueillant dans son interprétation des critères de force majeure dès lors qu'elles aboutissent à une impossibilité matérielle d'exécuter le service public, ou que les événements imprévus rendent les obligations particulièrement lourdes³¹. C'est ce trait qui permet de distinguer la notion de force majeure des notions d'imprévisions ou de fait du

24. CE, 29 janv. 1909, *Compagnie des messageries maritimes*, D. 1910, 3, 89, concl. TARDIEU.

25. Ph. TERNEYRE, D. 1987, somm. p. 434.

26. CE, 11 déc. 1991, *Sonexa*, Rec., p. 430.

27. R. CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 15^e éd., Montchrestien, Domat, 2001, p. 910.

28. CE, 13 juill. 1968, *Serfati*, RDP 1969, 123.

prince. Mais le célèbre arrêt du 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*³², est venu assouplir la notion d'irrésistibilité dans le cas où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser définitivement le contrat de telle sorte que le cocontractant ne peut plus équilibrer ses dépenses avec les ressources qui lui sont procurées par l'exécution du contrat : « il y a force majeure administrative ». La différence avec la force majeure classique est intéressante puisqu'il n'est alors pas nécessaire que l'exécution soit totalement impossible : à force d'efforts financiers, le cocontractant pourrait poursuivre le contrat, mais en raison de coûts trop importants et d'absence d'accords amiable, il va pouvoir demander la résiliation du contrat et des indemnités s'il y a lieu.

Une indemnité d'imprévision peut alors être versée mais celle-ci dépasse le contrat puisqu'elle couvre l'ensemble des charges extra contractuelles³³.

Ces variations sur la force majeure en droit administratif montrent plusieurs choses. Tout d'abord, le droit administratif a développé une véritable théorie sur ces questions en utilisant les mêmes critères qu'en droit civil, phénomène qui mérite d'être souligné et qui commence à se développer³⁴, mais en les interprétant à sa manière (notamment le critère d'irrésistibilité) et dans son appréciation, le juge semble plus souple que le juge civil pour admettre la notion de force majeure utilisée aux fins de dédommagement du cocontractant lorsque ses obligations deviennent trop lourdes à assumer. Il peut alors obtenir des indemnités pour charges extra contractuelles. En revanche, on peut regretter que le juge civil n'utilise que très peu cette notion d'imprévision³⁵ en se fondant sur le principe de force obligatoire des contrats (article 1134 du Code civil) mais également sur des raisons d'ordre économique (crainte pour la sécurité des transactions) et sur l'idée que le juge ne serait pas la personne la mieux placée pour apprécier l'incidence réelle du changement de circonstances sur la situation économique des parties.

B. Une protection similaire de l'intérêt de la partie faible

Les contrats de droit public sont le plus souvent protecteurs de la partie forte : la puissance publique en raison de l'objet même des contrats liés à l'intérêt général. En effet, face à elle, le cocontractant ne pourra se libérer – hors accord mutuel ou clause contractuelle – que pour les cas prévus par la loi.

Au contraire, la puissance publique peut se libérer et résilier unilatéralement le contrat pour faute du titulaire³⁶ mais aussi et surtout au simple motif de l'intérêt général et ainsi mettre fin de manière anticipée et unilatérale au contrat.

32. CE, 9 déc. 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, *GAJA*, 12^e éd., p. 292.

33. CE, 27 juill. 1951, *Commune de Montagnac*, *Rec.*, p. 439 ; CE, 14 juin 2000, *Commune de Staffelfelden*, *Rec.*, p. 227 ; *LPA* 8 déc. 2000, p. 14, note JÉGOUZO.

L'administration peut en effet « en tout état de cause et en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, mettre fin avant terme aux marchés publics, sous réserve des droits à indemnités des intéressés » tel que l'a précisé le Conseil d'État dans un arrêt en Assemblée, *Distillerie de Magnac-Laval*³⁷.

Toute clause contraire à ce droit de résilier de manière unilatérale au profit de la puissance publique est « réputée nulle »,³⁸ en revanche l'indemnisation due en cas de rupture unilatérale – contrepartie de la rupture – peut être exclue dans une clause contractuelle³⁹.

La force majeure n'a donc de réel intérêt que pour une seule des deux parties : le cocontractant qui seul cherchera à s'en prévaloir pour éteindre ses obligations contractuelles, qui est bien évidemment la partie la plus faible.

Et la souplesse avec laquelle le juge administratif admet les événements de force majeure en est le meilleur exemple. Ceci est particulièrement important à l'ère du *New public management*⁴⁰ où l'État cherche à rapprocher un certain nombre de ses comportements de ceux des personnes privées.

37. CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, *Rec.*, p. 246, *D.* 1958, p. 730, note A. DE LAUBADÈRE.

38. CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat c. Crédit foncier de France*, *Rec.*, p. 141, *RFDA* 1986, p. 26, concl. B GENEVOIS ; *AJDA* 1985, p. 620, note FATÔME et MOREAU ;