LA SEMAINE JURIDIQUE

ENTREPRISE ET AFFAIRES

1ER SEPTEMBRE 2011, HEBDOMADAIRE, N° 35 ISSN 1290-5119

Extraits du sommaire :

438 **Fiscalité** - Réduction des déficits

439 **Marché financier** - Transposition de la directive OPCVM IV (Ord. n° 2011-915, 1er août 2011)

1596 **Procédures collectives** - Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises, Chronique Ph. Pétel

1598 **Procédures collectives** - Apport en nature insuffisamment rétribué, Cass. com., 3 mai 2011, note J.-P. Legros

1597 **SA** - Clause statutaire d'agrément ne s'appliquant pas en cas de fusion absorption, CA Rouen, 9 juin 2011, note Y.-Paclot

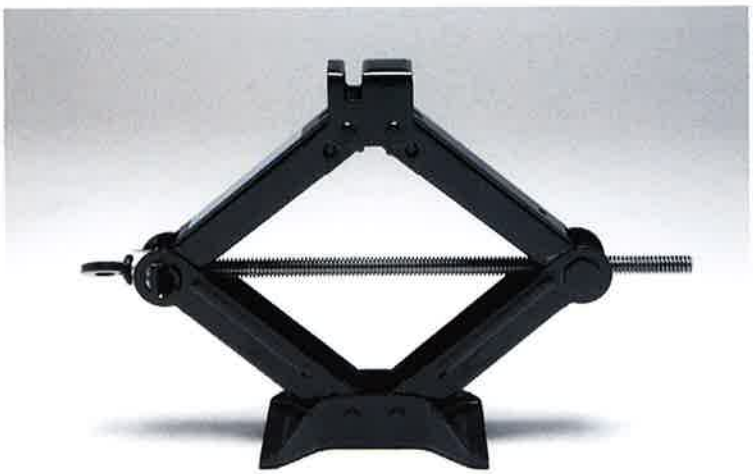
1586 **Blanchiment** - Condamnation d'un avocat pour blanchiment de détournement d'objets placés sous main de justice, Cass. crim., 4 mai 2011, note C. Cutajar

1619 **Syndicat** - Négociation et conclusion d'un accord inter-catégoriel, Conseil S. Béal et C. Terrenoire

1606 CONTRATS COMMERCIAUX

La force majeure, roue de secours des entreprises sous conditions

Étude par Sylvie Gallage Alwis et Constance Tilliard



LexisNexis® JurisClasseur

LA PERTINENCE DE LA SÉLECTION, LA FIABILITÉ DES ANALYSES

ÉTUDE **DROIT ÉCONOMIQUE**

CONTRATS COMMERCIAUX

Des événements et catastrophes récents ont replacé au premier plan la notion de force majeure dans la logique contractuelle. Les conditions de sa mise en œuvre et les difficultés de sa rédaction sont précisées.

1606

La force majeure, **roue de secours** des entreprises sous conditions

Étude rédigée par Sylvie Gallage-Alwis et Constance Tilliard

Sylvie Gallage-Alwis est avocat à la Cour / Solicitor in England & Wales, Hogan Lovells Paris ; Constance Tilliard est juriste au sein de Hogan Lovells Paris

1 - Séismes, émeutes, éruptions volcaniques ou encore pandémie grippale et grèves nationales n'ont cessé d'être au cœur de l'actualité de cette dernière année. L'économie mondiale et française a été directement impactée par ces événements. L'INSEE déclarait ainsi en mars 2011 que « *l'ampleur du choc* [du séisme japonais] *serait telle que l'activité japonaise reculerait dès le premier trimestre, ce recul s'amplifiant au deuxième trimestre* ». Ceci s'est en effet produit et de très nombreux industriels, tous secteurs confondus, y compris en France, ont dû et font toujours face à des ruptures d'approvisionnement de ce fait. Les crises géopolitiques sont également un facteur de ralentissement des échanges commerciaux mondiaux. Le voyagiste Thomas Cook a ainsi enregistré une perte nette de 22,4 millions de livres (25,6 millions d'euros) à la suite des événements récents qui ont touché l'Afrique du Nord et le Moyen-Orient. Un grand nombre d'entreprises a en outre dû rapatrier leurs salariés, cessant toute activité dans ces pays du jour au lendemain. En France, des répercussions identiques avaient été constatées à la suite de la « grève sur la réforme des retraites » l'an passé dont le coût avait été estimé entre 200 et 400 millions d'euros par jour.

2 - Dans tous ces exemples, à chaque fois, les sociétés se sont retrouvées confrontées à un dilemme du fait d'événements extérieurs : choisir entre la menace de condamnations à des dommages-intérêts pour inexécution contractuelle et l'investissement de frais et moyens supplémentaires - aboutissant à l'anéantissement de l'intérêt économique du contrat - pour respecter leurs engagements et préserver leurs relations commerciales.

3 - Dans ce contexte, la force majeure est devenue la roue de secours systématique des sociétés. L'article 1148 du Code civil dispose en effet qu' « *il n'y a lieu à aucuns dommages et 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* ». Si la force majeure est démontrée, l'industriel qui est dans l'incapacité de respecter ses obligations en est exonéré. Les engagements de son cocontractant sont de même suspendus.

4 - Cependant, nombreux sont les professionnels qui ont pu constater les limites de cet outil juridique qu'ils pensaient être le remède à tous leurs maux. En France, est traditionnellement qualifiée de force majeure, l' « *événement imprévisible et irrésistible qui, provenant d'une cause extérieure au débiteur d'une obligation ou à l'auteur d'un dommage (force de la nature, fait d'un tiers, fait du prince), le libère de son obligation ou l'exonère de sa responsabilité* »[1]. On comprend de cette définition, largement acceptée par la jurisprudence, qu'aucune catastrophe naturelle, ni guerre, ni grève, quelle que soit son ampleur, ne peut être automatiquement constitutive de force majeure. Pour que de tels épisodes puissent revêtir ce caractère, ils doivent avoir été imprévisibles, irrésistibles et extérieurs au débiteur de l'obligation s'en prévalant.

5 - Bien que ce triptyque classique apparaisse *a priori* aisé à mettre en œuvre, il s'avère en réalité complexe et surtout d'un effet seulement temporaire. La valeur relative de ces trois critères a en effet évolué. Si la Cour de cassation censure à nouveau les décisions n'ayant pas caractérisé la présence de ces trois éléments[2], le contenu de ces derniers reste soumis à l'appréciation des juges du fond[3]. Or, l'analyse de la jurisprudence révèle de nombreux arrêts contradictoires, plaçant les industriels dans une position incertaine (**1**). On ne peut dès lors que recommander à chacun d'avoir recours à des stipulations contractuelles en amont (**2**).

1. Incertitudes entourant la mise en œuvre de la force majeure

A. - Des critères complexes

6 - Pour se soustraire à son obligation, la partie en difficulté doit dans un premier temps démontrer le caractère irrésistible de l'évènement auquel elle a été confrontée. La preuve d'un obstacle inéluctable l'ayant contrainte à une inexécution totale de son obligation doit être apportée. Le caractère incontournable de l'apparition de l'évènement s'apprécie traditionnellement *in abstracto*. La référence à un débiteur normalement diligent et raisonnable placé dans les mêmes circonstances est souvent appréciée par les Tribunaux. Toutefois, la jurisprudence actuelle tend à prendre en considération les circonstances temporelles, géographiques ou climatiques propres à chaque espèce ce qui rend la jurisprudence incertaine car trop subjective. Ainsi, la tempête de décembre 1999 a été jugée constitutive de force majeure par la cour d'appel de Versailles, qualification qui n'a pas été retenue dans une décision de la cour d'appel de Paris[4].

7 - L'irrésistibilité des effets de l'évènement en cause devra également être prouvée. L'inexécution doit être imputable à l'obstacle affronté et non lui précéder[5]. Elle doit aussi être absolue. Contrairement aux principes juridiques anglo-saxons, le droit français ne permet pas d'invoquer la force majeure lorsque l'exécution du contrat demeure possible mais plus onéreuse. Le fait que le contrat perde son intérêt commercial n'est pas suffisant. Toute possibilité de substitution (recours à d'autres entreprises[6], changement d'itinéraire[7]) permettant l'exécution sera envisagée par les Tribunaux. De même, en vertu du principe *genera non pereunt*, l'inexécution d'une obligation de donner relative à une chose de genre (livraison de matières premières) ne pourra être constitutive de force majeure. L'industriel ne saurait invoquer utilement la défaillance de son fournisseur en l'absence de monopole de ce dernier sur la production en cause[8].

8 - Quant au critère de l'imprévisibilité, la jurisprudence continue à faire une analyse au cas par cas, rendant difficile l'identification d'une logique au niveau national. L'étude des décisions relatives

1 « *Vocabulaire juridique* », *publié sous la direction de Gérard Cornu, éd. 2007, PUF.*

2 *Cass. 1re civ., 30 oct. 2008, n° 07-17.134 : JurisData n° 2008-045574.*

3 *Cass. 3e civ., 16 févr. 2005, n° 03-18.999 : JurisData n° 2005-027013.*

4 *CA Paris, 7 mai 2003 n° 02-1435. - CA Versailles, 30 oct. 2003, n° 02-3779.* - voir également *Cass. 2e civ., 24 oct. 2002, n° 01-03.920.*

5 *Cass. 1re civ., 17 nov. 1999, n° 97-21.823 : Defrénois, 15 juin 2000, n° 11, p. 728.*

6 *Cass. soc., 15 févr. 1979, n° 76-14.527.*

7 *Cass. com., 6 mai 1997, n° 94-15.589 : JurisData n° 1997-002068.*

8 *Cass. 1re civ., 12 juill. 2001, n° 99-18.231 : JurisData n° 2001-010612.*

Ce n'est pas parce que la force majeure est reconnue le lendemain de l'événement qui la caractérise, qu'elle le sera encore une semaine plus tard

aux tempêtes illustre parfaitement ces différences d'appréciation. Ces événements, bien qu'ayant donné lieu à des arrêtés de catastrophes naturelles, ont été jugé prévisibles lorsqu'ils avaient été annoncés par Météo France[9], ou lorsque leur survenance était habituelle dans la localité considérée[10]. À l'inverse, la tempête de 1999, d'une ampleur méconnue en Ile-de-France, a été jugée imprévisible au sein de cette région[11].

9 - Enfin, l'extériorité de l'événement, troisième critère déterminant, « *est une simple application du principe qui interdit au défendeur de s'exonérer en invoquant un fait dont il doit répondre* »[12]. Il est souvent analysé en présence d'une grève anéantissant les possibilités ouvertes à une partie d'exécuter son obligation. Une telle grève ne pourra exonérer le débiteur s'il l'a lui-même provoquée (grève interne à l'entreprise). *A contrario*, lorsque l'événement constitutif de force majeure ne résulte pas de la conduite du débiteur, son extériorité est caractérisée. En conséquence, seules les grèves nationales ou provoquées par des manifestants extérieurs permettront une exonération de la société[13].

B. - Un statut temporaire

10 - Lorsque la réunion des trois critères précédemment analysés est admise, les juges du fond vérifient en outre que les conditions de mise en œuvre de la notion de force majeure sont respectées. La force majeure n'exonère le débiteur de ses obligations que pendant le temps où elle l'empêche de faire ce à quoi il s'est obligé. Lorsque l'impossibilité d'exécuter l'obligation est temporaire, le contrat se trouve uniquement suspendu[14]. La force majeure permet seulement « *une libération* [...] *provisoire, ou encore conditionnelle, liée à la survie actuelle de l'obstacle dirimant* »[15]. La force majeure ne pourra donc être invoquée que dans un délai raisonnablement admissible, apprécié souverainement par les juges du fond. Le débiteur invoquant la force majeure devra donc se garder d'invoquer indéfiniment la force majeure pour pallier son exécution. Les Tribunaux vont en effet regarder si l'industriel a pris des mesures palliatives tout au long de son impossibilité présumée d'inexécution. À défaut, sa responsabilité serait recherchée[16]. Le cas des grèves est éloquent sur ce point. Les Tribunaux s'attendront à ce que l'industriel tente de trouver un moyen pour pallier son inexécution, comme faire fabriquer ses produits sur un autre site ou mettre en place un partenariat avec un tiers. En d'autres termes, ce n'est pas parce que la force majeure est reconnue le lendemain de l'évènement qui la caractérise, qu'elle le sera encore une semaine plus tard.

11 - Par ailleurs, il est à noter qu'en présence d'un contrat comportant plusieurs obligations, le débiteur, contraint à l'inexécution de l'une d'entre elles à la suite d'un événement de force majeure, ne pourra s'exonérer de ses autres obligations sans encourir de responsabilité. L'effet de la force majeure est ainsi limité à l'obligation rendue impossible à exécuter du fait de l'obstacle insurmontable rencontré[17].

2. Nécessité d'un traitement contractuel

A. - Validité des clauses de force majeure

12 - Face au caractère erratique des décisions relatives à la force majeure et à l'aléa judiciaire ainsi engendré, seule la négociation en amont d'une stipulation contractuelle définissant avec précision les contours de cette notion peut fournir une protection adéquate aux industriels. Les règles relatives à ce concept n'étant pas d'ordre public, la validité de telles clauses est admise.
L'autonomie de la volonté des parties, et l'efficacité des clauses en découlant, sont toutefois limitées selon les principes du droit commun exigeant, outre la rédaction expresse de la clause et sa connaissance par la partie à laquelle elle est opposée, son absence de contradiction avec l'obligation essentielle souscrite par le débiteur[18].

13 - La clause ne devra en outre pas revêtir un caractère potestatif. Ainsi, la réalisation de l'événement constitutif de force majeure ne doit pas dépendre uniquement de la volonté du débiteur. Les

9 *Cass. 2e civ., 2 avr. 2009, n° 07-22.005 : JurisData n° 2009-047718.*

10 *CA Poitiers, 8 févr. 2000, L. c/ Commune de Mathes : JCP G 2002, IV, 1311, p. 371.*

11 *CA Versailles, 18 nov. 2004, SA Avenir France c/ SARL La Parisienne : Gaz. Pal. mai-juin 2005, Somm. n° 1898.*

12 *Viney, Jourdain, « Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité », 3e éd., n° 388.*

13 *Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-47.014 : JurisData n° 2006-035722. - Cass. soc., 11 janv. 2000, n° 97-18.215 : JurisData n° 2000-000187. - Cass. 1re civ., 24 janv. 1995, n° 92-18.227 : JurisData n° 1995-000267.*

14 *Cass. 1re civ., 24 févr. 1981, n° 79-12.710. - Cass., soc., 19 avr. 1961 : Bull. civ. 1961, IV, n° 419.*

15 *Jacques Mestre et Bertrand Fages, « La force majeure n'exonère le débiteur de ses obligations que pendant le temps où elle l'empêche de donner ou de faire ce à quoi il s'est obligé » : RTD civ. 2006, p. 764.*

16 *Cass. 3e civ., 22 févr. 2006, n° 05-12.032 : JurisData n° 2006-032298.*

17 *CA Versailles, 13 nov. 1998, Compagnie AXA Assurances c/ Cts T. : Gaz. Pal. 2000, somm. n° 332.*

18 *Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841 : JurisData n° 2010-010628.*

clauses de grève ne devraient cependant pas encourir la nullité de l'article 1174 du Code civil dans la mesure où il est rare qu'un tel événement relève de l'entière discrétion de l'industriel et profite à ses intérêts. Toutefois, en présence d'une grève interne à l'entreprise, le débiteur devra négocier de bonne foi en proposant de véritables solutions pour mettre fin aux revendications des grévistes.

14 - Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs ou non-professionnels, le respect de l'article L. 132-1 du Code de la consommation devra être observé. Une clause de force majeure qui créerait un déséquilibre significatif entre les parties sera en effet réputée non écrite. En d'autres termes, la clause ne doit pas procurer un avantage excessif au professionnel au détriment du consommateur. Si tel est le cas, la clause ne sera pas appliquée.
Or, s'assurer du caractère non abusif d'une clause de force majeure n'est pas toujours aisé. Certaines recommandations de la Commission des clauses abusives ont en effet souligné le caractère abusif que pouvaient représenter les clauses de force majeure. Ainsi, la Commission a préconisé que soient éliminées des contrats d'achat de véhicules automobiles de tourisme les clauses ayant pour objet « *d'ajouter à la force majeure susceptible d'exonérer le vendeur professionnel de sa responsabilité en cas de retard de la livraison, une série d'événements tels que les conflits collectifs de travail, y compris chez les fournisseurs et sous-traitants, le lock-out, la pénurie de matières premières, la raréfaction de la main-d'œuvre ou les difficultés de transport, sans préciser que ces éléments ne pourront exonérer le vendeur professionnel que s'ils présentent effectivement les caractères de la force majeure* »[19]. Dans sa recommandation relative aux contrats de fourniture de voyages proposés sur Internet, la Commission a également considéré que les clauses donnant à la force majeure une définition plus large que celle retenue par la jurisprudence tendaient à limiter la responsabilité de plein droit des professionnels et créaient ainsi un déséquilibre significatif au détriment du consommateur[20]. Si ces recommandations n'ont pas de caractère contraignant, elles revêtent néanmoins une certaine autorité et pourront donc être prises en compte par les juges dans la détermination du caractère abusive de la clause de force majeure.

B. - Contenu des clauses de force majeure

15 - Une définition différente de la force majeure peut être rédigée par les parties. La trilogie des éléments classiquement requis pourra être supprimée ou amendée à la convenance des cocontractants. Une seconde solution réside dans l'énumération de faits qui seront automatiquement qualifiés de force majeure, quelles que soient les circonstances de leur apparition.

16 - La stipulation doit être rédigée avec précision, le recours à des clauses de style souvent ambigües étant fortement déconseillé. De même, il est recommandé d'éviter une énumération de faits susceptibles de force majeure sans préciser si ces éléments doivent présenter les caractères classiquement attachés à cette notion pour exonérer le débiteur[21]. À défaut, il reviendra aux juges d'interpréter le contrat afin de déterminer la valeur indicative ou impérative de l'énumération.

17 - Enfin les parties peuvent décider de convenir de modalités de mise en œuvre de la clause (obligation d'avertir immédiatement son cocontractant dès la connaissance de la survenance de l'obstacle, par exemple). Les effets de l'événement seront également encadrés, une prolongation des délais d'exécution pouvant être préalablement fixée par les parties en cas de survenance d'un tel obstacle. Dans les contrats internationaux, il peut être opportun de définir une période maximale de prolongation de ces délais au terme de laquelle le contrat deviendra automatiquement caduc.

Conclusion

18 - L'augmentation récente d'événements à l'échelle planétaire qui affectent l'ensemble des industriels dans le monde et les acceptions différentes de la notion de la force majeure qui peuvent exister entre les différents pays (dans le cadre de contrats internationaux) mais aussi au sein d'un même État, comme en France, ne peuvent qu'inciter à inclure dans les contrats une clause de force majeure précise, claire et suffisamment protectrice des intérêts de chaque partie.

19 *Comm. clauses abusives, Recomm. n° 85-02, concernant les contrats d'achat de véhicules automobiles de tourisme : BOCC 4 sept. 1985.*

20 *Comm. clauses abusives, Recomm. n° 08-01, relative aux contrats de fourniture de voyages proposé sur Internet : BOCCRF 23 avr. 2008.*

21 *CA Paris, 28 févr. 1990 : RTD civ. 1990, p. 669.*