

Droit Civil

Les prémisses d'une consécration
générale du droit d'action
des associations au plan civil

Par Louis BORÉ et entretien avec Gaëlle PATETTA

Validité d'un cautionnement
souscrit par une SCI

Par Michel STORCK

Statut des enfants mort-nés :
la Cour de cassation rouvre
un dossier difficile

Entretiens avec Jean-Paul DELEVOYE et Claude SUREAU

ÉTUDE

Les conséquences patrimoniales
de la rupture du concubinage :
constats et propositions
de réforme en droit anglais

Par Guilhem GIL

Collection
LAMY
DROIT CIVIL

Si la théorie du *fait du prince* a d'abord eu vocation à s'appliquer aux contrats administratifs, elle a également trouvé un écho en droit privé où elle est essentiellement considérée comme une variante de celle de la force majeure. Cette assimilation n'apparaît cependant pas satisfaisante aux yeux de l'auteur, en raison notamment de son application en droit privé des contrats.

Le "fait du prince" en droit privé



Par Anne-Claire AUNE

Docteur en droit privé,
Chargée d'enseignement,
Université Aix-Marseille III,
Membre du Centre Pierre
Kayser

1. La notion de *fait du prince* est ancienne et désignait traditionnellement toute mesure arbitraire ayant le caractère de violence et ne reposant que sur la force coercitive dont dispose le détenteur de l'autorité, en somme, le Souverain (Badaoui S., *Le fait du prince dans les contrats administratifs*, LGDJ, 1955, p. 2; Furtuna A., *Le fait du prince*, thèse Paris, 1924, p. 21).

Aujourd'hui, on entend par *fait du prince*, tout acte de commandement d'une autorité publique, auquel les particuliers doivent se soumettre et obéir. Le droit français n'est pas le seul à consacrer cette théorie. L'*Act of God* en droit anglais peut être traduit comme un événement naturel rendant impossible le respect d'une obligation légale ou contractuelle. Le juge de la *common law* interprète alors cette notion en fonction du contexte contractuel (David R. et Pugsley D., avec la collaboration de Grivart de Kerstrat F., *Les contrats en droit Anglais*, LGDJ, 2^e éd., 1985, p. 68).

2. Cette notion prend originellement sa source dans le régime propre aux contrats administratifs. Selon le professeur Waline, «on appelle *fait du prince*, un acte de l'autorité publique aggravant, sans faute, la situation d'un contractant d'une collectivité publique» (Waline J. et Rivero J., *Traité élémentaire de droit administratif*, Dalloz, 15^e éd., 1994, p. 38). La décision de l'autorité publique a donc pour conséquence de porter atteinte à l'équilibre financier de situations contractuelles (Cornu G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 2000, p. 374), et rendre ainsi plus onéreuse l'exécution du contrat par le cocontractant.

Ces mesures introduisent dans l'exécution du contrat ce que l'on appelle «*un aléa administratif*» (De Laubadère A., Venezia J.-C. et Gaudemet Y., *Traité de droit administratif*, t. I, LGDJ, 12^e éd., 1992, p. 696), qui résulte de l'exercice, par l'autorité publique (le prince), à l'encontre du cocontractant, de ses prérogatives. Ces mesures que prend l'autorité publique contractante peuvent avoir leur source dans des lois ou règlements, par exemple une modification des lois fiscales ou sociales aggravant la situation du cocontractant. Elles peuvent aussi consister en des mesures particulières. Encore faut-il que ces mesures portent directement sur l'objet même du contrat ou qu'elles aient au moins des répercussions indirectes sur lui (De Laubadère A., Venezia J.-C. et Gaudemet Y.).

L'autorité publique contractante agit donc, soit dans le cadre de son pouvoir de modification unilatéral, soit en fonction d'une compétence qu'elle détient mais qui est étrangère au contrat (par exemple, quand, dans le cadre de ses pouvoirs de police, un maire modifie le sens de la circulation dans sa commune, il peut aggraver de ce fait les charges pesant sur un service de transports en commun concédé par la commune: De Laubadère A., *Du pouvoir de l'Administration d'imposer inilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs*, RDP 1954, p. 36).

3. Aussi, la théorie du *fait du prince* s'applique-t-elle quand la puissance publique aggrave, par son fait, les conditions d'exécution du contrat. Cela a pour conséquence que certaines de ces mesures, dans certaines conditions, ouvrent au profit du cocontractant à l'encontre de l'Administration avec laquelle il a contracté, un droit à être intégralement couvert de l'aléa administratif, c'est-à-dire à être intégralement indemnisé des conséquences onéreuses qui en ont ré-

sulté pour lui (De Laubadère A., Venezia J.-C. et Gaudemet Y., *op. cit.*, p. 696).

La jurisprudence relative au champ d'application de la théorie du *fait du prince* a évolué de manière restrictive. Certaines situations antérieures qui étaient comprises dans la notion du *fait du prince*, y échappent aujourd'hui et relèvent désormais de la théorie de l'imprévision. Selon les professeurs Ribero et Waline, le *fait du prince* se rencontre dans trois hypothèses (Waline J. et Rivero J., *op. cit.*, p. 38). D'abord, la théorie du *fait du prince* s'applique toujours quand la personne publique contractante use de son pouvoir de modification unilatérale des obligations du cocontractant (CE, 28 avr. 1948, *Ville d'Ajaccio*, RDP 1948, p. 603). Elle ne joue ensuite jamais lorsque la mesure qui alourdit l'exécution du contrat émane, non de la personne publique contractante, mais d'une autre personne publique, par exemple quand un décret aggrave, en matière sociale, la situation des cocontractants des collectivités locales. Dans ce cas, on assiste à une assimilation de l'aléa administratif à l'aléa économique et à une éventuelle application de la théorie de l'imprévision (CE, 4 mars 1949, *Ville de Toulon*; CE, 15 juill. 1949, *Ville d'Elbeuf*). Enfin, la théorie peut s'appliquer quand la personne publique contractante prend une mesure générale qui aggrave les charges du cocontractant (CE, 8 nov. 1957, *Société Chimique*, AJDA 1957, II, p. 406, concl. Gazier, RDP 1958, note Waline J.). Tel est le cas seulement lorsque la mesure a, sur l'un des éléments essentiels du contrat, une répercussion indirecte (par exemple, la création d'une taxe frappant des matières premières nécessaires à l'exécution du contrat).

4. En droit privé, la réception de la théorie du *fait du prince* pose différentes questions, notamment concernant sa qualification juridique et son régime juridique. En ef-

fet, selon la majorité de la doctrine, le *fait du prince* semble être considéré comme une variante de la force majeure (Cornu G., *op. cit.*, p. 374; Bénabent A., Droit civil, Les obligations, Montchrestien, 9^e éd, 2003, p. 254) – c'est-à-dire un événement imprévisible et irrésistible provenant d'une cause extérieure au débiteur (force de la nature, fait d'un tiers, *fait du prince*) – libérant le débiteur de son obligation ou l'exonérant de sa responsabilité. Le *fait du prince* paraît relever de la même catégorie juridique dans la mesure où il produit les mêmes effets. Il désigne tout ordre ou prohibition émanant d'une autorité publique et rendant l'exécution du contrat impossible. Ainsi, selon le professeur Le Tourneau, « à côté de la violence de fait, la violence de droit est une circonstance classique de la force majeure, constituant un obstacle absolu et insurmontable à l'exécution d'obligations conventionnelles ou légales » (Le Tourneau P., Droit de la responsabilité des contrats, Dalloz, 6^e éd., 2006, p. 487). Il suppose donc l'intervention, dans l'exécution du contrat, d'une autorité publique, ce qui permet une exonération de responsabilité du débiteur défaillant.

En outre, le *fait du prince* dans les contrats administratifs suppose une simple aggravation des conditions d'exécution du contrat, alors que dans les contrats de droit privé, il nécessite un obstacle insurmontable. Dès lors, les conséquences juridiques ne sont pas les mêmes. En droit civil, le *fait du prince* a uniquement pour effet d'exonérer le débiteur de son obligation, sans dommages-intérêts.

5. C'est donc la réception de la théorie du *fait du prince* par les contrats de droit privé que nous nous proposons d'examiner. Si la doctrine semble de prime abord considérer en droit privé le *fait du prince* comme une variante de la force majeure, cela ne nous paraît pas satisfaisant au regard de la particularité de cette notion et des conséquences de son application en droit des contrats.

Il s'agira pour cela de révéler tout d'abord l'originalité théorique du *fait du prince* (I), qui paradoxalement demeure une notion incertaine en pratique (II).

I - L'ORIGINALITÉ THÉORIQUE DU FAIT DU PRINCE

6. En étudiant la jurisprudence et la doctrine, on a d'emblée le sentiment, à l'instar d'Hauriou, que « la catégorie du "*fait du prince*" est peut-être bien une de ces catégories juridiques provisoires, dans lesquelles on range tout d'abord des cas

qui surprennent, parce qu'ils font exception à des idées reçues; puis, plus tard, on s'aperçoit que ces cas sont disparates, et qu'il vaudrait peut-être mieux les étudier chacun dans leur particulier » (Hauriou M., note sous CE, 11 mars 1910, *Cie générale fr. des tramways*, S. 1911, p. 3, 1). En effet, il semble que la notion du *fait du prince* soit absorbée par d'autres notions. Est-elle autonome ou bien a-t-elle tendance à se confondre, se recouper avec d'autres notions?

Examinons d'abord la théorie du *fait du prince*, en tant que notion autonome et originale (A), afin de voir si elle ne devient pas aujourd'hui une notion incertaine (B).

A - Une notion autonome et originale

7. En droit privé, le contrat est considéré comme la loi des parties. Aux termes de l'article 1134 du Code civil, lorsque le contrat a été régulièrement formé, il doit être exécuté tel que prévu initialement. La lettre de l'article 1134 du Code civil concerne aussi bien les dispositions expresses que les dispositions légales qui sont insérées dans le contrat, de manière impératives ou supplétives (Boyer L., Contrats et Conventions, Rép. civ. Dalloz, p. 23). On parle alors communément du principe de la force obligatoire du contrat (Ancel P., Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999, p. 772), qui s'assoit sur deux fondements. Le respect de la parole donnée d'une part, et un fondement d'ordre économique et social d'autre part: la protection de la sécurité juridique des cocontractants (Ancel P., La force obligatoire, jusqu'où faut-il la défendre?, in La nouvelle crise du contrat, sous la direction de Jamin C. et Mazeaud D., Dalloz, 2003, p. 166).

Mais l'impossibilité d'exécution du contrat peut, sous certaines conditions, faire échapper le débiteur à sa responsabilité lorsque l'inexécution est imputable à une cause étrangère. En droit privé, le *fait du prince* est une notion originale relevant de la catégorie des causes étrangères, qui exonère par conséquent de sa responsabilité le débiteur défaillant.

Cette originalité se révèle, d'une part, en raison de la réception dans les contrats de droit privé d'une cause d'exonération publiciste (1) et, d'autre part, en raison d'un effet exonératoire strictement entendu (2).

1 - Une cause d'exonération publiciste dans les contrats de droit privé

8. Le débiteur est libéré de ses obligations et donc exonéré de toute responsabilité lorsque l'inexécution ne lui est

pas imputable parce qu'elle résulte du *fait du prince*, c'est-à-dire d'un acte des pouvoirs publics. Aux termes de l'article 1148 du Code civil, le débiteur défaillant n'est alors tenu à aucuns dommages-intérêts.

9. Le *fait du prince* n'est alors une cause d'exonération qu'à la condition d'être irrésistible, imprévisible et irrésistible (Cass. 1^{re} civ., 20 nov. 1965, D. 1966, p. 101; CA Paris, 8 sept. 1995, D. 1995, I.R., p. 259 (pas en l'espèce); par exemple, l'éviction ou le trouble ne donne lieu à garantie que lorsque la cause en est antérieure à la vente; ainsi « une éviction peut résulter du "*fait du prince*", c'est-à-dire d'un changement de législation ou d'un acte arbitraire du pouvoir exécutif, et cela ne donnera pas lieu à la garantie au profit de l'acheteur », Baudry-Lacantinerie G., Précis de droit civil, t. III, Librairie de la Société du Recueil général des lois et des arrêts, 1900, p. 341). À cet égard, le retard de l'Administration pour délivrer une autorisation est considéré comme un événement prévisible (Cass. com., 26 oct. 1954, D. 1955, p. 213, note Radouant, autorisation de travaux ne pouvant exonérer le bailleur d'un retard dans la délivrance d'un bien). Ainsi, toutes les décisions de la puissance publique – des mesures générales (par exemple, la publication d'un plan d'occupation des sols) ou particulières (par exemple, un arrêté de péril interdisant l'occupation d'un immeuble) – peuvent faire obstacle à l'exécution du contrat. C'est ainsi que l'on qualifie cette cause étrangère de *fait du prince*. Ainsi en est-il pour un arrêté municipal changeant le jour du marché pour lequel une location de place était prévue (Cass. com., 30 juin 1992, n° 90-20.991, D. 1994, jur., p. 454, note Bénabent A.). De même, l'occupation d'une usine, avec interdiction d'y pénétrer, et le refus du préfet d'employer la force publique pour faire évacuer les locaux, constituent pour l'employeur, dans ses rapports avec les salariés non grévistes, une impossibilité absolue d'exécuter le contrat de travail, constitutive d'un cas de *fait du prince* (Cass. soc., 6 oct. 1971, n° 71-40.105, D. 1972, jur., p. 23, JCP G 1973, II, n° 17323, note Lazerges-Rothe C.).

10. Pour que le *fait du prince* soit constitué par les juges, encore faut-il ensuite que l'ordre émane d'une autorité légitime, même étrangère (Le Tourneau P., *op. cit.*, p. 497; Cass. com., 25 févr. 1957, D. 1958, p. 1, note Ripert J.; Cass. soc., 2 juill. 1954, D. 1954, p. 632). Un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 7 mai 2002 confirme le

bien-fondé d'un licenciement sans indemnité ni préavis d'un salarié justifié par le *fait du prince* (Cass. soc., 7 mai 2002, n° 00-42.370, Bull. civ. V, n° 143). Ce dernier s'explique par le fait que l'inscription dudit salarié sur une liste confidentielle de personnes exclues des salles de jeux valait retrait d'agrément.

11. Enfin, l'ordre doit émaner d'une autorité publique compétente. Aussi, le fait d'obéir à un ordre syndical en participant à un piquet de grève ne peut constituer une cause d'exonération de sa responsabilité (T. civ. Douai, 6 avr. 1948, Gaz. Pal. 1948, p. 31, cité par Le Tourneau P., *op. cit.*, p. 497). Dans le même sens, l'employé qui a participé en conscience à la faute de son employeur ne peut invoquer le lien de subordination pour s'exonérer de sa responsabilité (Cass. 2^e civ., 11 févr. 1971, n° 70-10.157, RTD civ. 1971, p. 847, obs. Durry G.; Cass. ass. plén., 14 déc. 2001, n° 00-82.066, *Cousin*, D. 2002, p. 1230, note Julien J.). Le professeur Le Tourneau distingue deux hypothèses en fonction de la légalité de l'ordre de l'autorité légitime. Ainsi, s'il n'est pas possible de s'y soustraire, l'événement serait-il qualifié d'insurmontable et il s'agit bien d'un cas de *fait du prince*. En revanche, quand il est possible de s'y soustraire, celui qui obéit à cet ordre ne pourra invoquer le *fait du prince* pour échapper à sa responsabilité (Le Tourneau P., *op. cit.*, p. 498).

12. L'article 1386-11 du Code civil issu de la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, érige en cause d'exonération le fait que le défaut soit « dû à la conformité du produit avec des règles impératives d'ordre législatif ou réglementaire ». L'exonération se justifie très clairement par la théorie du *fait du prince*: la prise de risque n'est pas de son fait. C'est la puissance publique qui a commandé, dans ce cas, cette prise de risque.

13. L'illustration du *fait du prince* dans les contrats de droit privé comporte donc une certaine originalité. En effet, l'application de cette notion a pour conséquence d'admettre une cause d'exonération publiciste dans les contrats de droit privé. Néanmoins, l'effet exonératoire demeure strictement entendu.

2 - Un effet exonératoire strictement entendu

14. L'admission du *fait du prince* dans un contrat de droit privé a pour conséquence d'exonérer le débiteur défaillant de sa responsabilité sans avoir à verser

de dommages-intérêts et le juge pourra constater éventuellement la résolution du contrat ou sa suspension.

15. Mais le *fait du prince* n'est pas exonératoire s'il a été provoqué par l'attitude du débiteur (Cass. 3^e civ., 20 nov. 1985, n° 84-16.225, Bull. civ. III, n° 148), ou s'il était prévisible. À cet égard, la Chambre sociale de la Cour de cassation a, dans deux arrêts du 15 avril 1970, précisé que « l'intervention irrégulière ultérieure de (l'autorité de tutelle d'Air France) pour tenter, en tant que telle, de mettre obstacle à l'exécution des obligations ainsi stipulées (une augmentation de salaire), ne peut être opposée par le débiteur soumis à la tutelle d'Air France comme le fait prévisible et insurmontable d'un tiers qui lui serait étranger » (Cass. soc., 15 avr. 1970, n° 69-40.253, n° 69-40.161, 2 arrêts, D. 1971, jur., p. 107, concl. Mellottée).

En droit privé, le *fait du prince* est une notion originale relevant de la catégorie des causes étrangères, qui exonère par conséquent de sa responsabilité le débiteur défaillant.

16. De plus, le *fait du prince* n'est exonératoire que si le débiteur ne devait pas en répondre (Maurie Ph., Aynès L. et Stoffel-Munck Ph., *Les obligations*, Defrénois, 2004, p. 484; Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 1967, JCP G 1968, II, n° 15340, note Durand). Ainsi, une décision administrative ne peut être qualifiée de *fait du prince* si elle est la conséquence d'une attitude fautive de l'intéressé (Bénabent A., *op. cit.*). Le locataire de locaux commerciaux ne peut donc pas invoquer contre son bailleur la fermeture administrative de son fonds de commerce à titre de sanction, et reste ainsi tenu de payer les loyers (Cass. 3^e civ., 20 nov. 1985, n° 84-16.225, Bull. civ. III, n° 148).

17. Par ailleurs, la loi soumet parfois à des conditions strictes l'effet exonératoire d'un *fait du prince*. Tel était le cas en matière de responsabilité du fait des produits défectueux. En effet, la loi avait limité la portée temporelle de cette cause d'exonération en l'assortissant d'une obligation de suivi du produit qui est de dix ans à compter de sa mise en circulation. Ainsi, selon l'article 1386-12, alinéa 2, du Code civil le producteur ne

pouvait invoquer la conformité du produit à des règles impératives « si en présence d'un défaut qui s'est révélé dans un délai de dix ans après la mise en circulation du produit, il n'a pas pris les dispositions propres à en prévenir les conséquences dommageables ».

18. Néanmoins, aujourd'hui et à la suite de la décision de la Cour de justice des Communautés européennes du 25 avril 2002 sanctionnant la France pour non-respect avec la directive, le législateur français a abrogé cette disposition (CJCE, 25 avr. 2002, aff. C-52/00, *Commission c/ République française*, D. 2002, p. 2462, note Larroumet, RTD civ. 2002, p. 523, obs. Jourdain P.). Depuis la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004, la cause d'exonération tenant au *fait du prince* peut être invoquée quelle que soit l'attitude ultérieure du producteur.

Le *fait du prince* peut donc être invoqué aujourd'hui même si le producteur n'a pas postérieurement respecté une obligation de suivi.

19. Ainsi, le débiteur d'une obligation contractuelle peut-il se retrancher derrière la stricte observation des règlements administratifs ou d'une autorisation pour être exonéré de sa responsabilité? Dans ce cas, la décision administrative ne constitue pas un fait justificatif. En ce sens, l'autorisation administrative ne peut avoir pour conséquence de supprimer ou d'amoindrir la responsabilité civile du cocontractant. Cette dernière responsabilité reste donc entière. Ainsi, la cour d'appel de Lyon a-t-elle qualifié de concurrence déloyale une enseigne lumineuse autorisée administrativement (CA Lyon, 29 déc. 1954, D. 1953, p. 156). Dans le même sens, la jurisprudence a précisé que l'exploitation d'établissements dangereux, insalubres ou bruyants, quoique autorisée, constituait une gêne anormale pour le voisinage (Cass. 2^e civ., 22 oct. 1964, D. 1965, jur., p. 344, note Raymond P.; Cass. 2^e civ., 27 oct. 1964, JCP G 1965, n° 14288, note Esmein P.; TGI Paris, 12 nov. 1965, D. 1966, p. 301, note Azard; Cass. 3^e civ., 22 mai 1997, n° 93-20.957, Bull. civ. III, n° 113). S'agissant des concessions de services publics, elles ne sont accordées en réalité que sous réserve des droits des tiers. Aussi le fait par le concessionnaire d'avoir satisfait à toutes les prescriptions administratives ne peut-il l'exonérer de sa responsabilité pour les dommages causés par son exploitation (Cass. 1^{re} civ., 25 mars 1965, D. 1965, somm., p. 109).

20. À cet égard, la loi du 19 mai 1998 qui a introduit dans le Code civil la directive n° 85/374/CE du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux est également un exemple édifiant (Ghestin J., Le nouveau titre IV bis du Livre III du Code civil, De la responsabilité du fait des produits défectueux - L'application en France de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux après l'adoption de la loi n° 98-389 du 19 mai 1998, JCP G 1998, I, n° 148; Jourdain P., Commentaire de la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, JCP G 1998, p. 1204). L'article 1386-10 du Code civil précise en effet que « le producteur peut être responsable du défaut alors même que le produit a été fabriqué dans le respect des règles de l'art ou de normes existantes ou qu'il a fait l'objet d'une autorisation administrative ». Ainsi, la conformité du produit aux règles d'usage ne constitue pas une cause d'irresponsabilité. Cette solution est conforme à l'idée du risque : « la régularité du produit établit une absence de faute; elle n'exclut pas l'existence de risques dans sa commercialisation » (Flour J., Aubert J.-L. et Savaux E., Droit civil, Les obligations, Le fait Juridique, Armand Colin, 2003, p. 311). La convention des parties est donc une circonstance impuissante à exclure la responsabilité du producteur. L'article 1386-15, alinéa 1^{er}, du Code civil pose en effet un principe : « les clauses qui visent à écarter ou à limiter la responsabilité du fait des produits défectueux sont interdites ou réputées non-écrites ».

21. En théorie donc, la notion du *fait du prince* semble être une notion autonome. Néanmoins, la rareté de la jurisprudence en la matière admettant le *fait du prince* ne permet pas, en pratique, d'avoir une idée précise de cette notion.

B - Une notion aux contours incertains

22. Le terme de *notion* désigne « le résultat d'une démarche intellectuelle qui consiste en un passage de la réalité à la représentation de cette réalité grâce à l'idée que l'on a de la réalité » (Jarrosson C., La notion d'arbitrage, LGDJ 1987, p. 216).

La notion de *fait du prince* semble souffrir d'un manque de lisibilité par rapport aux notions voisines, qui a pour conséquence en pratique de déterminer difficilement son régime juridique.

23. Délimiter le *fait du prince* face aux notions voisines est fondamental, car

« l'opération de qualification, activité privilégiée du théoricien du droit, constitue également une fonction inévitable du juriste chargé de l'application des normes juridiques ». Il va ici s'agir de se demander d'abord si les causes d'exonération ne sont pas en réalité une variante du *fait du prince* (1), d'examiner ensuite, si une voie de fait commise par l'Administration peut constituer un cas de *fait du prince* (2) et, enfin, si *mutatis mutandis*, on ne pourrait pas assimiler les immunités ou faits justificatifs au *fait du prince* (3).

1 - Les causes d'exonération sont-elles une variante du fait du prince ?

24. Il existe, selon l'article 1148 du Code civil, trois variétés de causes étrangères non imputables : la force majeure, le cas fortuit et le fait d'un tiers. L'expression *force majeure* (Saint-Pau J.-C., Droit à réparation, Exonération de la responsabilité contractuelle, J.-Cl. Civil, Fasc. 171-30) désigne le caractère insurmontable d'un obstacle qui doit en principe revêtir les caractères d'irrésistibilité, imprévisibilité et extériorité (Cass. civ., 16 nov. 1892, S. 1894, 1, p. 509). Le terme *cas fortuit* indique un caractère imprévu, et la formule *cause étrangère* précise un caractère externe par rapport au débiteur (Planiol M. et Ripert J., Les Obligations, 1, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957, p. 513).

Ainsi pour désigner les événements qui libèrent le débiteur malgré l'inexécution du contrat ou le dommage subi, les textes, la doctrine (Mazeaud H., L. et J., Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. II, Montchrestien 1970, p. 666) et la jurisprudence emploient de manière souvent indifférente les termes de *force majeure* ou de *cas fortuit*. À ce titre, l'article 1147 du Code civil énonce que la « *cause étrangère* » ne peut être imputée au débiteur, et l'article 1148 du Code civil englobe dans une seule expression les termes de *cas fortuit* et de *force majeure*.

Le débiteur est alors libéré de ses obligations, exonéré de toute responsabilité dans la mesure où l'inexécution ne lui est pas imputable parce que causée par un obstacle ayant un caractère imprévisible, irrésistible et extérieur, comme les événements naturels (Cass. 3^e civ., 11 mai 1994, n° 92-16.201, Bull. civ. III, n° 94, un ouragan d'une violence exceptionnelle peut constituer un événement de force majeure et exonérer ainsi le constructeur d'un hangar qui s'est effondré; Cass. 1^{re} civ., 7 juill. 1998, n° 96-15.356, Defrénois, 1999, p. 544, note

Périnet-Marquet H. : le caractère irrésistible d'une sécheresse exceptionnelle constitue un cas de force majeure exonératoire de la responsabilité décennale), le fait de guerre (Serbesco S., Effets de la guerre sur l'exécution des contrats, RTD civ. 1917, p. 349; Cass. com., 16 mars 1999, n° 97-11.428, Contrats, conc., consom. 1999, comm. 86, note Leveigneur L. : admission de la force majeure pour l'impossibilité d'exécuter un transport aérien, en dépit de toutes les démarches effectuées par le commissionnaire; *contra*, Cass. 1^{re} civ., 8 déc. 1998, n° 96-17.811, JCP G 1999, II, n° 10106, note Dagorne-Labbé Y. : refus de la force majeure pour une société annulant un séjour hôtelier au Maroc à la veille de la guerre du Golfe), la grève (Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 1995, n° 92-18.277, JCP G 1995, I, n° 3893, obs. Viney G. : constitue un cas de force majeure un mouvement de grève de grande ampleur, affectant l'ensemble du secteur public et nationalisé et par là même extérieur à l'entreprise, que celle-ci n'avait pu prévoir et qu'elle ne pouvait ni empêcher en satisfaisant les revendications de ses salariés, compte tenu de la maîtrise du gouvernement sur ces décisions relatives aux rémunérations, ni surmonter d'un point de vue technique), les émeutes (Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1999, n° 97-21.823, D. 1999, I.R., p. 280 : constitue un cas de force majeure une manifestation d'agriculteurs ayant dégénéré en émeute), ou le chômage (CA Orléans, 25 oct. 1973, D. 1974, p. 66, note Souleau : le chômage du débiteur peut constituer un cas de force majeure si sa survenance et sa prolongation ne sont pas imputables au débiteur et si cet événement, imprévisible à la conclusion du contrat, rend l'exécution absolument impossible) du débiteur, et seulement s'il n'a pu les prévoir ou les éviter.

Et quant au sort du contrat, le droit s'adapte aux circonstances de fait par une gradation des mécanismes (Bénabent A., *op. cit.*, p. 245) : suspension (Cass. soc., 2 févr. 1994, n° 90-42.104, Bull. civ. V, n° 37 : en cas de réparations importantes du bien loué), résolution (Cass. com., 28 avr. 1982, n° 80-16.678, Bull. civ. IV, n° 145), résiliation (Cass. ch. mixte, 23 nov. 1990, n° 88-16.883, D. 1991, jur., p. 121, note Larroumet Ch.) ou réduction (Cass. soc., 17 juin 1981, n° 77-12.428, Bull. civ. V, n° 568) du contrat.

25. Alors qu'il semble que l'on emploie indifféremment l'expression *force majeure* et *cas fortuit*, il nous apparaît qu'aujourd'hui, la jurisprudence fait de même avec la notion de *fait du prince*. En effet, la doctrine semble déjà considérer que

le fait du prince n'est qu'une « variété de la force majeure » (Maurie Ph., Ayènes L. et Stoffel-Munck Ph., *op. cit.*, p. 484). Il s'agirait d'une décision de la puissance publique qui ferait obstacle à l'exécution du contrat ; on parle alors de fait du prince (Bénabent A., *op. cit.*, p. 246), et l'on fait entrer cette notion dans la catégorie de la force majeure.

Peut-on parler d'unicité des notions pour autant ? Le fait du prince n'est-il qu'une illustration de la force majeure dans un domaine particulier, ou existe-il au contraire deux hypothèses distinctes susceptibles de libérer le débiteur ?

26. La cour d'appel de Montpellier, le 30 mars 2005, à propos du licenciement d'un salarié sur le fondement de l'article 18 de la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de surveillance, de gardiennage et de transports de fonds, a déclaré que « la décision du préfet imposant à la société Forces Méditerranée de sécurité de congédier le salarié sans délai, constituait un fait du prince assimilable à un cas de force majeure (...) » (CA Montpellier, 30 mars 2005 ; décision cassée par Cass. soc., 28 nov. 2006, n° 05-43.016).

On assiste à une assimilation par les juges de la notion de fait du prince avec celle de la force majeure. De manière systématique, la motivation des décisions est laconique et incorpore les critères de la force majeure à la notion du fait du prince. À titre d'exemple : « (...) si l'impossibilité pour l'Administration de délivrer des autorisations de planter au-delà des limites fixées, notifiée à la bailleuse, ne procédait pas du fait du prince et ne constituait pas, pour cette dernière, un événement de force majeure, imprévisible et irrésistible (...) » (Cass. 3^e civ., 15 nov. 2005, n° 04-17.213). La majorité des arrêts emploient simultanément les termes de fait du prince et de force majeure (Cass. soc., 14 déc. 1995, n° 92-43.567, Gaz. Pal. 6 mars 1996, pan., n° 44 ; Cass. soc., 22 juin 1994, n° 89-44.891, JCP G 1994, IV, n° 2110, D. 1994, I.R., p. 202 ; Cass. soc., 6 avr. 1993, n° 90-45.823 ; Cass. soc., 22 juin 1994, n° 89-44.891, JCP G 1995, II, n° 22361, note Antonmattéi P.-H. ; Cass. soc., 7 mai 2002, n° 00-42.370 ; Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2002, n° 01-03.148 ; Cass. soc., 7 juill. 1998, n° 95-43.281, JCP E 1998, p. 1625, JCP G 1998, IV, n° 3017).

La preuve de ce désordre de qualification juridique des notions se révèle clairement, lorsque la Cour de cassation fonde sa décision sur le fait du prince, en visant l'article 1148 du Code civil (Cass. com., 30 nov. 1993, n° 91-16.245).

27. En approfondissant encore la question de la nature du fait du prince, il va s'agir de se demander si l'on peut admettre que la théorie de la voie de fait soit une variante du fait du prince. Une voie de fait commise par l'Administration peut-elle constituer un cas de fait du prince ?

2 - La question de la théorie de la voie de fait comme variante du fait du prince

28. En vertu de la théorie de la voie de fait, certains actes attentatoires à la propriété ou aux libertés fondamentales des individus accomplis par l'Administration, considérés comme constitutifs d'une voie de fait relèvent, pour le règlement des litiges qu'ils soulèvent, de la juridiction judiciaire. Cela permet de réparer les conséquences dommageables des actes en cause mais aussi, éventuellement, de les prévenir ou de les faire cesser (Quiot G., Voie de fait, J.-Cl. Civil, Fasc. 1051).

Alors que l'on emploie malicieusement l'expression force majeure et cas fortuit, il nous apparaît qu'aujourd'hui la jurisprudence fait de même avec la notion de fait du prince.

Selon Hauriou, « il n'y a opération administrative que dans l'exercice d'un droit qui a été réglementé au profit de l'Administration avec emploi de la procédure réglementée (et) la sanction de ce principe consiste dans ce qu'on appelle la voie de fait » (Hauriou M., Précis du droit administratif, Sirey, 11^e éd., 1927, p. 30). Toujours selon cet auteur, l'Administration commet une voie de fait « si elle use d'un droit qu'elle possède réellement mais sans observer les procédures protectrices des intérêts des tiers qui lui sont imposées » (Hauriou M., *op. cit.*, p. 32). Les tribunaux judiciaires sont compétents « par cela même qu'on se trouve en présence d'un fait de droit commun et non pas d'une opération administrative » (Hauriou M., *op. cit.*, p. 35).

Cette notion a été longtemps imprécise, (T. confl., 8 avr. 1935, Action française, RDP 1935, p. 309, concl. Josse, note Jèze) jusqu'à ce que la jurisprudence la définit comme une mesure « manifestement insusceptible de se rattacher à l'application d'un texte législatif ou réglementaire » (T. confl., 4 juin 1940, Schneider, cité par Quiot G., *op. cit.*, p. 6),

puis comme une mesure « insusceptible d'être rattachée à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'Administration » (CE, 19 nov. 1949, Carlier, RDP 1950, p. 172, concl. Gazier, note Waline).

29. Aujourd'hui, et de manière classique, l'existence d'une voie de fait suppose trois éléments cumulatifs : une activité matérielle d'exécution, une atteinte portée au droit de propriété ou à une liberté fondamentale (Frayssinet J., Le secret des correspondances et la liberté d'exercice de leurs mandats par les élus locaux sont des libertés fondamentales protégées par le référé-liberté, Comm. com. élect. 2004, étude 38), et une irrégularité grossière affectant l'action de l'Administration. En cas de voie de fait, l'autorité judiciaire est compétente pour la faire cesser et réparer intégralement le préjudice.

Peut-on alors qualifier de fait du prince, une voie de fait commise par l'Administration ?

30. Un jugement du tribunal de grande instance de Toulon du 30 août 1983 (TGI Toulon, 30 août 1983, *Decujisc c/ Cne de Saint Cyr-sur-Mer*, D. 1985, jur., p. 146, note Negrin J.-P.), à propos de la clôture d'un square entreprise par une commune rendant impossible l'activité d'un commerçant a été qualifiée de voie de fait, car cette mesure portait atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. En dépit de la question de savoir si cette liberté est une liberté fondamentale, il nous semble que cette solution pourrait tout aussi bien être fondée sur le fait du prince. En ce sens, un arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 1981 a considéré qu'était constitutif d'une voie de fait, l'empiètement d'une commune sur une parcelle pour élargir un chemin en vertu d'un permis de construire délivré au propriétaire du fonds, prescrivant que le terrain nécessaire à l'élargissement de la voie devra être cédé gratuitement, mais ordonnant la cession à la signature d'un acte authentique (Cass. 3^e civ., 13 janv. 1981, n° 79-15.838, JCP G 1981, IV, p. 100).

Un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 10 février 2005 révèle clairement la possible confusion qu'il pourrait exister entre la voie de fait et le fait du prince (CA Bordeaux, 10 févr. 2005, Collectivités territoriales-Intercommunalité mai 2005, p. 89, note Moreau J.). En effet, la cour d'appel en déclarant : « quand un maire prend, au titre de la sécurité publique, un arrêté illégal, les dommages en résultant doivent être indemnisés par la commune », conduit à nous demander si, en l'espèce,

la décision litigieuse ne constituait pas un *fait du prince*. En effet, la décision de l'autorité publique a souvent pour conséquence de porter atteinte à l'équilibre financier du contrat, et rendre ainsi plus onéreuse son exécution par le cocontractant. Elle pourrait en cela être qualifiée de *fait du prince*. Mais la voie de fait suppose, elle, en outre une irrégularité grossière affectant l'action de l'Administration. Le critère qui pourrait donc distinguer la voie de fait du *fait du prince*, tiendrait à la validité de la décision.

3 - La question de l'assimilation du fait du prince aux immunités ou faits justificatifs

31. Les immunités ou faits justificatifs en ce qu'ils exonèrent l'auteur d'un acte présumé illicite, peuvent-ils entrer dans la catégorie des causes d'exonération? Le *fait du prince* doit-il être envisagé uniquement dans le droit des contrats, par transposition des raisonnements issus de la responsabilité civile et pénale, c'est-à-dire en tant que cause d'exonération?

Il semble tout au moins que « *l'approbation de l'acte par la loi, de même que l'usage d'un droit subjectif, justifie l'acte, écartent la responsabilité à condition qu'il n'y ait pas eu abus ou faute de l'agent* » (Marty G. et Raynaud P., *Droit civil*, 2, Sirey, 1962, p. 547).

32. Les immunités concernent d'abord les diffamations, injures ou outrages. À cet égard, l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 couvre les parlementaires qui ne peuvent faire l'objet d'aucune action pour les discours tenus au sein de l'Assemblée nationale ou du Sénat. Dans le même sens, sont couverts les discours tenus par les avocats ou les parties devant les tribunaux en ce qu'ils ne peuvent faire l'objet d'une action en diffamation, injure ou outrage, si les dires ne sont pas extérieurs à la cause (Coste P., *L'immunité de la défense et les imputations concernant les tiers*, *Gaz. Pal.* 1938, p. 34).

Au regard de la jurisprudence, on peut considérer qu'il existe une immunité partielle lorsque seule la faute intentionnelle ou lourde peut engager la responsabilité (CA Rouen, 10 mars 1954, *JCP G* 1954, II, n° 8253, note Rodière; Cass. civ., 31 déc. 1935, *Gaz. Pal.* 1936, I, p. 470). Par ailleurs, peut-on pour autant déclarer que *mutatis mutandis* les immunités ou faits justificatifs peuvent être assimilés au *fait du prince*?

33. Dans le même sens, en tant que cause d'exonération, le *fait du prince* a-t-il la même physionomie en droit civil et en droit pénal?

La légitime défense, fait justificatif légalement consacré en droit pénal (C. pén., art. 122-5; Cass. 2^e civ., 22 avr. 1992, n° 90-14.586, *Bull. civ. II*, n° 127, D. 1992, jur., p. 353, note Burgelin J.-F.), exclut la responsabilité civile (Bergeret P., *La notion de fait justificatif en matière de responsabilité pénale et son introduction en matière de responsabilité civile délictuelle ou contractuelle*, thèse Grenoble, 1946, p. 67).

L'état de nécessité est défini comme la « *situation d'une personne qui ne peut sauvegarder ses intérêts légitimes ou ceux d'autrui qu'en commettant un acte délictueux* » (Cornu G., *op. cit.*, p. 571). L'état de nécessité constitue donc un fait justificatif et supprime en conséquence l'infraction lorsque sont réunies certaines conditions concernant le péril encouru et l'acte commis (Pallard R., *L'exception de nécessité et la responsabilité délictuelle*, thèse Paris, 1941, p. 123). En réalité, la qualification d'état de nécessité est souvent caractérisée par une force majeure. Mais il faut encore que l'acte de nécessité soit justifié comme étant, en l'espèce, l'action la plus raisonnable (Cass. crim., 4 janv. 1956, S. 1956, I, p. 165).

La question du fondement de l'indemnisation est en revanche plus complexe. Peut-on admettre que l'état de nécessité entre dans la catégorie "classique" des causes d'exonération? Si tel était le cas, pourrait-on *mutatis mutandis* assimiler de manière générale dans le contentieux contractuel ces causes d'exonération au *fait du prince*?

L'étude du régime du *fait du prince* nous permettra de répondre à cette question. Quoi qu'il en soit, l'étude de cette notion a pour conséquence une incertitude quand à son effectivité en pratique.

II - L'INCERTITUDE PRATIQUE DU FAIT DU PRINCE

34. Si comme on a pu l'examiner précédemment, la notion du *fait du prince* révèle une originalité théorique, il n'en demeure pas moins que sa réception sur les contrats de droit privé la rend incertaine.

Cette incertitude est principalement liée à la difficulté d'en appréhender un régime juridique clair (A). C'est la raison pour laquelle il est permis de se demander si finalement cette notion ne serait pas aujourd'hui en voie de disparition (B).

A - Un régime difficile à construire

35. Comme on l'a vu précédemment, on appelle *fait du prince* toute mesure édictée par les pouvoirs publics et ayant pour

conséquence de rendre plus onéreuse et plus difficile l'exécution du contrat par le cocontractant (De Laubadere A., Venezia J.-C., Gaudemet Y., *op. cit.*, p. 696).

Traditionnellement, on considère que les conséquences juridiques du *fait du prince* obligent l'Administration contractante à indemniser intégralement son cocontractant pour le préjudice subi. Ainsi le principe de l'indemnisation intégrale du préjudice est-il fondamental? En revanche, dans un contrat de droit privé, l'admission du *fait du prince* aura uniquement pour conséquence d'exonérer le débiteur défaillant de sa responsabilité, sans avoir à verser de dommages-intérêts.

36. La question se pose donc de savoir quel est le fondement juridique de cette obligation d'indemnisation en droit administratif, et d'exonération de responsabilité en droit privé. En pratique, c'est en raison de l'équilibre financier du contrat que l'Administration est tenue de cette réparation, ou que le cocontractant sera exonéré. Cela semble alors faire écho, non seulement à la théorie de l'imprévision, mais aussi à la responsabilité sans faute de l'Administration. Enfin, les causes d'exonération ne créent-elles pas un désordre juridique en raison des risques d'assimilation avec le *fait du prince* (Ruelian A. et Hugué A., *Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et l'imprévision*, *AJDA* 2006, p. 1597)?

1 - Le fait du prince en droit privé, application indirecte de la théorie de l'imprévision?

37. L'application du *fait du prince* dans les contrats de droit privé, tout au moins au niveau de ses effets, ne serait-elle pas finalement qu'une application indirecte et originale de la théorie de l'imprévision?

Cette théorie, née de l'arrêt du Conseil d'État du 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, impose à l'Administration contractante d'aider financièrement son cocontractant à exécuter le contrat lorsqu'un événement imprévisible et étranger à la volonté des parties a provoqué le bouleversement de l'économie du contrat (CE, 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*, D. 1916, p. 25, RDP 1916, p. 388, note Jèze G., S. 1916, p. 17, note Hauriou M. : constatant qu'une hausse imprévisible du charbon avait bouleversé l'économie d'un contrat de concession, le Conseil d'État reconnaît au concessionnaire un droit à une indemnité contre l'autorité concédante; CAA Bordeaux, 7 oct. 2004,

Contrats marchés publ. 2005, comm. 48, note Eckert G. : rejette l'application de la théorie de l'imprévision en considérant que la hausse de la livre sterling a entraîné une perte de moins de 5 % du montant du marché, laquelle constitue un aléa normal et ne caractérise pas un bouleversement de l'équilibre financier du marché ; CAA Marseille, 30 mai 2005, Contrats marchés publ. 2006, comm. 40, note Eckert G. : rejet de la théorie de l'imprévision au motif que la cause de l'éboulement n'est nullement extérieure aux cocontractants au marché dans la mesure où elle trouve son origine dans la réalisation des travaux et que les dommages en cause n'ont pas été suffisamment importants pour bouleverser l'économie du contrat ; CAA Paris, 6 déc. 2005, Contrats marchés publ. 2006, comm. 86, note Delacour E. : la modification unilatérale du contrat de concession d'un parc de stationnement urbain qui n'a pas eu pour effet de bouleverser l'équilibre économique du contrat de concession ne permet pas au concessionnaire de bénéficier d'une indemnité compensatrice et ne l'autorise pas à faire une demande de résiliation de cette concession). Cela vise les situations dans lesquelles « à raison de l'état d'imprévision qui s'est constitué, le cocontractant est exposé à ne plus pouvoir faire face à ses obligations » (Chapus R., Droit administratif général, t. I, Montrichrestien, 14^e éd., 2000, p. 1189). Pour que la théorie de l'imprévision puisse s'appliquer, il faut un réel bouleversement de l'économie du contrat (CE, 20 mai 1994, n° 66.377, n° 66.401, *Sté Le Gardiennage industriel de la Seine c/ Syndicat des transports parisiens*, JCP G 1994, IV, p. 224). À cet égard, le régime des contrats administratifs « s'avère donc bien plus protecteur des intérêts du partenaire privé que le droit des contrats privés » (Lequien M. et Cuche P., La notion de bancabilité dans les opérations de financement privé d'équipements publics, RD adm. 2004, étude 22 ; Milhat C., L'appréhension juridique du risque financier dans les contrats de gestion déléguée de service public, Contrats marchés publ. 2006, étude 17), et ce, qu'il s'agisse de la théorie de l'imprévision ou de celle du *fait du prince*.

38. En droit privé, la règle posée à l'article 1134 du Code civil consacre l'idée selon laquelle le contrat tient lieu de loi aux parties. Ce principe est rigoureusement appliqué et la situation d'imprévision ne modifie pas les obligations des contractants. Pourtant, les canonistes du Moyen-Âge prohibaient tout enrichissement de l'un des contractants aux dépens de l'autre, comme étant contraire à la morale chrétienne.

C'est pourquoi ils considéraient comme sous-entendue dans les contrats une clause *rebus sic stantibus* afin que les cocontractants adaptent l'exécution du contrat aux circonstances (Planiol M. et Ripert J., Les obligations, 1, LGDJ, 1957, p. 527). La décision de la Cour de cassation du 6 mars 1876 dans l'affaire du *Canal de Craponne* a mis fin à toute controverse (Cass. civ., 6 mars 1876, *De Gallifet c/ Cne de Pelissanne (Canal de Craponne)*, S. 1876, p. 161). En effet, alors que l'on demandait l'élévation d'une redevance – pour l'entretien des canaux d'arrosage – fixée au XVI^e siècle, la Cour de cassation a déclaré que « l'article 1134 du Code civil a une portée générale et absolue et régit les contrats dont l'exécution s'étend à des époques successives de même que ceux de toute autre nature ». En aucun cas il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conven-

Alors que le droit positif refuse d'admettre la théorie de l'imprévision, on pourrait imaginer que le *fait du prince* en soit une application hybride et indirecte.

tions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants (solution maintenue, Cass. civ., 6 juin 1921, S. 1921, p. 193, note Huguency ; Cass. civ., 14 nov. 1933, Gaz. Pal. 1934, 1, p. 58 ; Cass. com., 18 janv. 1950, D. 1950, p. 227 ; Cass. com., 18 déc. 1979, n° 78-10.763, JCP G 1980, IV, p. 85, RTD civ. 1980, p. 780, obs. Cornu G. ; Cass. 3^e civ., 30 mai 1996, n° 94-15.828, Contrats, conc., consom. 1996, comm. 185, note Leveneur L.). Pourtant, la jurisprudence civile qui pourrait invoquer l'article 1150 du Code civil, selon lequel le débiteur non coupable de dol n'est tenu que des dommages-intérêts dont le montant a pu être prévu lors du contrat, paraît être contredite avec la solution de la Cour de cassation. En outre, l'état de guerre aurait pu également motiver une admission de la théorie de l'imprévision, mais la Cour de cassation a rejeté ce fondement (sur le rejet par la jurisprudence civile de la théorie de l'imprévision, v. Planiol M. et Ripert J., *op. cit.*, p. 532). Le législateur a dû intervenir et la loi du 21 janvier 1918 (loi *Faillot*) a permis au juge d'ordonner la

résolution ou la suppression avec ou sans indemnité des marchés à livrer passés avant-guerre, au motif « qu'il n'appartient pas aux tribunaux de modifier les conditions d'un contrat » (Planiol M. et Ripert J., *op. cit.*, p. 534).

39. L'imprévision ne se confond pas avec la force majeure qui permet la libération du débiteur. L'imprévision permet une adaptation des termes du contrat, et « constitue une voie moyenne entre l'exécution excessivement onéreuse imposée au débiteur – application rigoriste de l'article 1134 – et la perte de tout droit à l'exécution pour le créancier – application libérale des articles 1302 et 1147 » (Pimont S., L'économie du contrat, PUAM, 2004, p. 246).

40. La responsabilité du *fait du prince*, selon le professeur Le Tourneau, est une responsabilité sans faute de l'Administration qui « est le prix qu'elle doit payer pour pouvoir imposer à son cocontractant une modification unilatérale du contrat » (Le Tourneau P., *op. cit.*, p. 92).

Pourtant, l'évolution restrictive du champ d'application de la théorie du *fait du prince* en faveur de la théorie de l'imprévision contient des conséquences importantes sur le droit à indemnité du cocontractant. Si le *fait du prince* s'applique dès lors qu'apparaît toute aggravation dans l'exécution du contrat et ouvre ainsi droit à une réparation intégrale, l'imprévision, elle, suppose un réel bouleversement du contrat et n'a pour conséquence qu'un « partage des charges nouvelles » (De Laubadere A., Venezia J.-C. et Gaudemet Y., *op. cit.*, p. 697).

41. Certes, l'imprévision n'aurait pas comme conséquence une résolution du contrat, mais une adaptation. Néanmoins, c'est bien en raison d'un bouleversement économique du contrat rendant difficile son exécution que le *fait du prince* sera retenu. Le régime juridique est donc distinct, mais les raisons de l'inexécution tiennent au même fondement.

En outre, alors que le droit positif refuse d'admettre la théorie de l'imprévision, on pourrait imaginer que le *fait du prince* en soit une application hybride et indirecte. Dans les deux hypothèses, on est en présence d'une cause de suspension du contrat. Qui constitue, à notre sens, une notion voisine de celle de l'imprévision.

2 - Le fait du prince, réception de la responsabilité sans faute de l'Administration dans les contrats de droit privé ?

42. Le *fait du prince* ne serait-il pas une application de la responsabilité sans faute

de l'Administration qui pénétrerait les contrats de droit privé?

L'ordre de la loi est défini clairement comme un fait justificatif. L'ordre de l'autorité légitime contient le même effet justificatif. Mais l'effet justificatif ne réduit pas la personne à une obéissance passive. Dans les deux cas, la question de la responsabilité peut être discutée s'il y a faute à obéir à un ordre manifestement illégal (ces principes valent aussi bien pour la responsabilité contractuelle que pour la responsabilité délictuelle : Cass. 2^e civ., 16 mai 1958, D. 1958, p. 483 ; CA Paris, 30 avr. 1957, D. 1957, p. 550, note Goletty P.).

Le juge administratif, quant à lui, a été réceptif à cet aspect objectif et a pu alors retenir la responsabilité de la puissance publique sans avoir à qualifier les actes qui ont causé un dommage. Pour cela, le juge administratif « a la faculté de réparer sans incriminer » (Le Tourneau P., *op. cit.*, p. 92 ; Guettier C., *Droit des contrats administratifs*, PUF, 2004, nos 719 et s.). C'est donc sur ce fondement que le juge administratif a pu développer la responsabilité de l'État du fait des lois (CE, ass., 14 janv. 1938, *SA des produits laitiers La Fleurette*, Rec. Lebon, p. 25 ; Vincent F., *Responsabilité sans faute*, J.-Cl. Civil, Fasc. 824, p. 17 ; Moreau J., *L'évolution des sources du droit de la responsabilité administrative, in L'avenir du droit*, Mélanges Terré F., Dalloz, 1999, p. 719 ; Folliot-Lalliot L., *Exécution du contrat administratif – Pouvoirs de l'Administration*, J.-Cl. Civil, Fasc. 614). Sans juger l'œuvre du législateur, le Conseil d'État a pu réparer les dommages graves et spéciaux nés de l'application d'une loi. À notre sens, il s'agit bien dans cette hypothèse d'une application de la théorie du *fait du prince*. Notamment dans le contentieux contractuel, la responsabilité pour *fait du prince* est une responsabilité sans faute de l'Administration qui lui permet d'imposer à son cocontractant une modification unilatérale du contrat (Le Tourneau P., *op. cit.*, p. 92). En effet, « la responsabilité sans faute reposant sur la matérialité du dommage constaté et non sur le comportement de son auteur, elle a ceci de reconfortant pour celui qui en subit les conséquences, c'est-à-dire pour celui qui doit financer l'indemnisation, qu'elle lui épargne tout sentiment de culpabilité. Responsable, mais non coupable, en quelque sorte » (Le Tourneau P., *op. cit.*, p. 92).

43. Aussi, si du fait d'un règlement réglementaire, un particulier subit un préjudice spécial susceptible de rompre l'égalité devant les charges publiques, celui-ci a

droit à réparation (CE, 22 févr. 1963, *Commune de Gavarnie*, AJDA 1963, p. 208, note Gentot et Fourré ; CE, ass., 8 févr. 2007, n° 279522, *Gardedieu*, RFD adm. 2007, p. 361, concl. Derepas L. ; TA Clermont-Ferrand, 23 sept. 2004, AJDA 2005, p. 385, note Weisse-Marchal G. : responsabilité sans faute de l'État du fait d'une violation du droit communautaire imputable au législateur). Mais quand la première chambre civile de la Cour de cassation, le 29 novembre 1965 (Cass. 1^{re} civ., 29 nov. 1965, n° 63-13.621, D. 1966, jur., p. 101), applique la théorie du *fait du prince* en cas d'interdiction d'utilisation d'un emplacement publicitaire du fait d'une décision de la commune, cela ne révélerait-il pas plutôt la pénétration de la responsabilité sans faute de l'Administration dans un contrat de droit privé ? Cependant, une fois encore les conséquences divergent. L'admission du *fait du prince* en droit privé n'impliquera pas un dédommagement, mais uniquement une exonération de responsabilité.

3 - Le fait du prince, illustration particulière d'une cause d'exonération de droit privé ?

44. On a pu voir précédemment que la doctrine comme la jurisprudence assimilaient le *fait du prince* à la *force majeure*. En ce sens, et sans difficulté d'application d'un régime juridique particulier, il nous semble que le *fait du prince* qualifie parfaitement l'exonération pour laquelle il est prévu.

Néanmoins, et au regard de l'évolution jurisprudentielle, cette théorie paraît pouvoir être incorporée à la catégorie juridique des causes d'exonération. En effet, ses éléments constitutifs, son régime et ses limites en attestent. Seule l'origine de cette *cause étrangère* est spécifique.

45. Finalement, que reste-t-il d'original aujourd'hui dans la théorie du *fait du prince* ? Cette notion semble être d'abord le fruit d'un phénomène casuistique. Mais le *fait du prince* semble ensuite se diluer dans les notions voisines. Certes, la richesse des objections en fait théoriquement un outil juridique autonome adapté à une situation particulière. Enfin, la grande originalité de la réception de la théorie du *fait du prince* dans les contrats de droit privé réside en réalité dans l'acceptation de l'aléa administratif qui sera de nature à limiter la force obligatoire du contrat (Badaoui S., *op. cit.*, p. 215). Cependant, la présentation classique du *fait du prince* en tant que cause d'exonération et de résolution, voire de sus-

pension ou de renégociation, n'est pas satisfaisante d'un point de vue pratique pour les cocontractants. En effet, il est difficile de cerner le régime juridique de cette notion, car le *fait du prince* est susceptible d'entraîner le prononcé de mesures diverses.

C'est la raison pour laquelle il nous est permis de nous demander si le *fait du prince* n'est pas aujourd'hui en voie de disparition.

B - Une notion en voie de disparition

46. Alors que l'on envisage traditionnellement le *fait du prince* dans l'exécution du contrat, il serait intéressant de se demander si l'on ne pourrait pas l'appréhender au stade de la formation du contrat. En effet, les règles relatives aux causes exonératoires de responsabilité n'ont pas un caractère d'ordre public. Le contrat peut donc anticiper et délimiter le contenu de l'obligation. Par exemple, le débiteur peut prendre conventionnellement la charge de la force majeure ; dans ce cas, il s'agit d'une clause de garantie (Malaurie Ph., Aynès L. et Stoffel-Munck Ph., *op. cit.*, p. 480 ; Planiol M. et Ripert J., *op. cit.*, p. 730 ; Mazeaud H., L. et J., *op. cit.*, p. 740 ; Malinvaud P., *De l'application de l'article 1152 du Code civil aux clauses limitatives de responsabilité, in L'avenir du Droit*, Mélanges Terré F., Dalloz, 1999, p. 689). De même, l'article 1302, alinéa 2, du Code civil précise qu'une clause spéciale du contrat peut mettre les cas fortuits à la charge du débiteur. Aussi, en raison de la rare jurisprudence admettant le *fait du prince*, ne pourrait-on pas convenir conventionnellement que le débiteur sera exonéré pour *fait du prince* ? En pratique, et spécialement dans les contrats internationaux, il semble que l'on utilise des mécanismes permettant d'éviter le *fait du prince* en l'anticipant lors de la formation du contrat (A). À cet égard, il convient de se demander si le *fait du prince* est assurable (B).

1 - Les mécanismes permettant d'éviter le fait du prince

47. « Le contrat est l'entreprise la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision » (Hauriou M., *Principes de droit public*, 1^{re} éd., p. 206, cité par Lécuyer H., *Le contrat, acte de prévision, in L'avenir du Droit, op. cit.*, p. 643). Ainsi, selon le professeur Lécuyer, le contrat peut offrir aux parties contractantes le pouvoir de s'approprier le futur : « la prévision serait de

l'essence du contrat» (Lécuyer H., *op. cit.*, p. 643 ; dans le même sens, v. Fages B., Nouveaux pouvoirs, le contrat est-il encore la chose des parties, *in* La nouvelle crise du contrat, *op. cit.*, p. 150-160). Les parties contractantes peuvent ainsi prévoir, au moment de la formation du contrat, l'exécution dans l'avenir du contrat. L'exécution du contrat s'inscrit par principe dans le temps. Mais si «*les Codes napoléoniens ont été conçus en fonction d'un postulat de stabilité monétaire*» (Doucet J.-P., *L'indexation*, LGDJ, 1965, p. 1), les contrats internationaux, particulièrement, subissent aujourd'hui des changements imprévus de circonstances, en subissant «*les meurtrissures du temps*» (Durand P., *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, LGDJ, 1960, p. 11, cité par Fabre R., *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, RTD civ. 1983, p. 2).

C'est pourquoi, si le droit privé français refuse d'admettre la théorie de l'imprévision (Cass. soc., 9 oct. 1985, n° 83-46.113, RTD civ. 1986, p. 342, obs. Mestre J. : «*Les juges du fond ne peuvent substituer des considérations d'équité à la force obligatoire de la convention des parties*»), il n'ignore pas pour autant les déséquilibres que le temps peut avoir sur la convention ou refuse catégoriquement le principe d'adaptation du contrat aux circonstances économiques. Le maintien du principe de la force obligatoire a pour conséquence de rejeter aux tiers tout pouvoir d'intervention. Néanmoins, les parties ont «*la liberté non seulement de conclure, mais aussi d'adapter leurs conventions*» (Fabre R., *op. cit.*, p. 5 ; Cabrillac M., *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, Mélanges Marty G., Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235).

48. Il s'agit donc, dès la conclusion du contrat, d'intégrer le risque d'imprévision pour le neutraliser. Mais peut-on anticiper, dans la formation du contrat, les effets sur l'exécution du contrat de la promulgation d'une loi qui établit un droit transitoire et qui, par ses dispositions, affecterait le contrat né sous l'empire de l'ancienne loi ? En résumé, peut-on, par le jeu de clauses prévues lors de la conclusion du contrat, anticiper et substituer le *fait du prince* ?

Pour cela, aussi bien les clauses d'adaptation classiques du contrat (a), que les clauses de renégociation ou de *hardship* (b) semblent pouvoir se substituer à l'application de la théorie du *fait du prince* afin de l'éviter.

a - Les clauses d'adaptation

49. On entend par «*clause d'adaptation*», une disposition contractuelle qui prévoit et organise le réajustement des obligations pesant sur les parties dans des circonstances déterminées (Fabre R., *op. cit.*, p. 7) afin d'éviter de figer tel élément du contrat. Il existe une grande variété de clauses d'adaptation (Fabre R., *op. cit.*, p. 7) : les clauses d'adaptation automatique, celles relatives à l'évolution de la concurrence, l'adaptation à la hausse du prix, les clauses de *benchmarking*. Mais il s'agit le plus souvent de clauses d'indexation qui entraînent une variation automatique du prix en fonction d'un indice de référence. Ainsi, à titre d'exemple, la première chambre civile de la Cour de cassation le 16 mai 1995 a jugé, d'une part, que l'indemnité due par l'assureur serait actualisée à la date de son paiement effectif, en raison de la clause d'adaptation figurant au contrat et, d'autre part,

Par le jeu d'une clause conventionnelle librement souscrite, les cocontractants peuvent éviter de faire appel au juge et à la théorie du fait du prince.

qu'elle porterait intérêt au taux légal à compter de l'assignation en référé (Cass. 1^{re} civ., 16 mai 1995, n° 92-15.376, JCP G 1995, IV, n° 1650 ; CA Metz, 5 sept. 2006). En effet, l'actualisation compense la dépréciation monétaire entre le jour d'évaluation de la créance et celui du paiement, tandis que les intérêts moratoires ont pour seul but d'indemniser le retard de paiement. En adoptant cette solution, la Cour de cassation évite de figer le contrat en évitant de faire appel à la théorie de l'imprévision.

50. Ainsi, les clauses d'indexation rédigées dans les contrats d'achat ou de vente internationale visent à prévoir contractuellement les modalités de partage du risque de change entre l'acheteur et le vendeur, dans l'hypothèse où une variation du cours de change de la devise choisie par les parties interviendrait (fruits de négociations, il n'existe pas de clauses d'indexation que l'on pourrait qualifier de «types»). Le contenu d'une clause d'indexation est souvent difficile à négocier car ce type de clause reporte le plus souvent tout ou partie du risque

sur l'autre partie au contrat. À titre d'exemples :

- clause d'adaptation des prix proportionnelle aux fluctuations des cours de change : dès la signature du contrat, le vendeur fixe la valeur des marchandises dans sa monnaie. Si le cours de la monnaie de facturation du contrat augmente, le prix de l'exportation est augmenté pour l'acheteur sur la base du nouveau taux de change. Le risque de change est donc totalement supporté par ce dernier ;
- clause d'indexation «tunnel» : l'entreprise peut introduire un tunnel, présentant un cours minimum et maximum à l'intérieur desquels le cours de la monnaie de facturation peut fluctuer sans aucune incidence sur le prix des marchandises. Si les variations de cours de change dépassent ces limites, le prix est revu à la hausse ou à la baisse selon les modalités prévues dans la clause ;
- clause d'indexation sur une devise ou un panier de devises : les contractants lient le montant à payer à une tierce devise ou à un panier de devises. Cette clause répercute le risque de change sur les deux parties au contrat ;
- clause de risque partagé : la clause de risque partagé fait supporter aux deux parties une part du risque de change. Le contrat prévoit, par exemple, qu'une partie de la variation de cours intervenant entre la date de facturation et la date de paiement sera partagée par l'exportateur à concurrence de la moitié, l'importateur supportant l'autre moitié ;
- clauses multidevises : les clauses multidevises ou clauses de change multiples permettent de libeller le montant du contrat en plusieurs devises et c'est seulement à l'échéance que l'une des parties au contrat (l'acheteur ou le vendeur) choisit la devise de règlement ;
- clause d'option de devises : elle permet à une partie au contrat d'utiliser une autre devise, déterminée à l'avance, dans l'hypothèse où la devise du contrat serait inférieure (ou supérieure) à un certain cours).

La question qui se pose aujourd'hui est donc de savoir ce que l'on entend par *fait du prince*. Est-ce que la définition du doyen Cornu, qui le définit comme «*tout acte de l'autorité publique*», concerne aussi l'hypothèse d'une perturbation de l'équilibre financier, ou bien doit-on au contraire considérer qu'il existe un statut spécial du *fait du prince* monétaire ?

51. À l'occasion du passage à l'euro, les opérateurs économiques ont pu craindre que le changement de monnaie légale dans les pays de la zone euro, et dans certains cas la disparition d'indices

monétaires, ne conduisent des cocontractants à exiger la renégociation des contrats en cours (Bienvenu S., Passage des contrats à l'euro : un principe de continuité assorti d'un basculement à la carte, JCP E 1999, p. 515 ; Arnaud-Faraut F. et Bienvenu S., Entre optimisme excessif et euroscepticisme : les relations commerciales, JCP E 1997, I, p. 697). Mais l'article 3 du règlement communautaire n° 1103/97 adopté le 17 juin 1997 pose clairement le principe de continuité des contrats en déclarant que « l'introduction de l'euro n'a pas pour effet de modifier les termes d'un instrument juridique ou de libérer ou de dispenser de son exécution et elle ne donne pas à une partie le droit de modifier un tel instrument ou d'y mettre fin unilatéralement » (Dutour B., L'euro et la continuité des contrats, JCP G 1997, I, n° 4048). En réalité, « l'insertion, dans les contrats internationaux, de clauses relatives au changement de monnaie ne (constituait) donc, le plus souvent, qu'une ultime précaution destinée à prévenir tout risque de contestation » (Bienvenu S., *op. cit.*, p. 518).

52. Aujourd'hui, les contrats commerciaux internationaux révèlent « la prise en considération par les cocontractants, des changements imprévus de circonstances (économiques, ou technologiques, voire politiques...) et a entraîné l'insertion dans les contrats internationaux de clauses d'adaptation » (J.-Cl. Commercial, Fasc. 335, Contrats commerciaux internationaux ; à titre d'exemple, v. Roman-Sequense B., Comment peut-on prendre en compte la hausse du carburant dans les marchés publics conclus avec les entreprises du bâtiment et des travaux publics ?, Contrats marchés publ. 2006, p. 193). En effet, l'inflexibilité de notre législation à admettre la théorie de l'imprévision, à l'inverse des droits allemand, anglais, italien et suisse, a paru inadaptée aux opérateurs du commerce international. Ces derniers savent qu'ils ne peuvent prévoir au moment de la conclusion du contrat tous les bouleversements susceptibles d'altérer l'équilibre contractuel. C'est la raison pour laquelle les cocontractants recourent au mécanisme des clauses d'adaptation (Oppetit B., L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « hardship », JDI 1974, p. 794 ; Kinsch P., Le fait du prince étranger, LGDJ, 1999), qui permet de supprimer, créer ou modifier une obligation. Il apparaît que tout en interdisant la révision du contrat pour imprévision, le droit français incite en fait les parties à

prévoir en amont, au moment de la formation du contrat, des clauses conventionnelles instituant une telle procédure en cas de changement des circonstances. Le fait du prince peut donc être anticipé. « En un mot, l'imprévision est ainsi prévue » (J.-Cl. Contrats-Distribution, Fasc. 70).

À côté de ces clauses, le mécanisme mis en place par les clauses de *hardship* paraît encore plus adapté à éviter le fait du prince.

b - Les clauses de hardship

53. On entend par clause de *hardship*, une « espèce de clause de révision ou d'adaptation en usage dans les contrats internationaux, encore nommée clause de sauvegarde, en vertu de laquelle les parties à un contrat s'engagent à renégocier le contenu de leur accord lorsque les circonstances extérieures lui ont fait subir de profonds déséquilibres, en conférant parfois au juge, à défaut de nouvel accord, le pouvoir de procéder lui-même à une révision qui n'altère pas l'économie de l'opération ou à déclarer l'accord caduc » (Cornu G., *op. cit.*, p. 423). Il s'agit d'une clause aux termes de laquelle « les parties pourront demander un réaménagement du contrat qui les lie, si un changement intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles s'étaient engagées, vient à modifier l'équilibre de contrat au point de faire subir à l'une d'elles une rigueur injuste » (Oppetit B., *op. cit.*, p. 797).

54. Il est communément admis que le mécanisme issu de la clause de *hardship* permet, dès la formation du contrat, d'intégrer le risque d'imprévision pour en neutraliser les effets (Lécuyer H., *op. cit.*, p. 654) et mesurer l'incertitude de l'avenir. Selon le professeur Lécuyer, cette imprévision que permet de déjouer les clauses de *hardship* peut être causée par « une transformation contraire aux prévisions du contexte économique, politique, social ou monétaire » (Lécuyer H., *op. cit.*, p. 655). À ce titre, deux arrêts rendus par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 3 novembre 1992 dans l'affaire *Huard* (Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547, JCP G 1993, II, n° 22614, note Virassamy G., RTD civ. 1993, p. 124, obs. Mestre J.) et le 24 novembre 1998 dans l'affaire *Chassus-Marche* (Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, JCP G 1999, II, n° 10210, note Picod Y., RTD civ. 1999, p. 98, obs. Mestre J., RTD civ. 1999, p. 646, obs. Gautier P.-Y.), incitent les parties à renégocier le prix sur le fon-

dement de la bonne foi (néanmoins, la Cour de cassation refuse toujours de manière constante d'appliquer la théorie de l'imprévision, v. Stoffel-Munck Ph., L'imprévision en question : interrogations sur les conséquences d'un bouleversement de l'économie d'un contrat par suite d'une évolution imprévue des circonstances, Comm. com. électr. 2004, p. 119).

À cet égard, l'article 6.111 issu des Principes du droit européen du contrat énonce une double règle (Tallon D. et Witz C., Principes du droit européen du contrat, Sté législation comparée, 2003, p. 284 ; Mazeaud D., Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in L'avenir du droit, *op. cit.*, p. 622). D'une part, « une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué » et, d'autre part, « les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances : a) qui est survenu après la conclusion du contrat ; b) qui ne pouvait être raisonnablement pris en considération au moment de la conclusion du contrat ; c) et dont la partie lésée n'a pas à supporter le risque en vertu du contrat ». Ainsi, tout en réaffirmant la force obligatoire des conventions, il est mis en place une obligation de renégociation à la charge des parties quand à la suite d'un changement de circonstances, l'exécution du contrat est devenue « onéreuse à l'excès » (Bosco D., Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français, PUAM, 2003, p. 346).

55. Aussi la clause de *hardship* a-t-elle le mérite de la clarté (CA Paris, 10 mars 2005 ; Stoffel-Munck Ph., Les limites de l'obligation conventionnelle de renégocier la convention en cas de bouleversement du contexte économique, Comm. com. électr. 2004, p. 145). Cette dernière a pour but de provoquer la renégociation du contrat lorsque le changement envisagé s'est produit. Il suffit donc de prévoir l'hypothèse suivant laquelle la puissance publique aggrave, par son fait, les conditions d'exécution du contrat, pour provoquer une renégociation (Fabre R., *op. cit.*, p. 16-20). Ainsi, par le jeu d'une clause conventionnelle librement souscrite, les cocontractants peuvent éviter de faire appel au juge et à la théorie du fait du prince.

56. En effet, la renégociation du contrat va dépendre de la survenance d'un *hardship*, c'est-à-dire d'un événement extérieur aux parties et venant modifier les données sur lesquelles reposait l'accord initial de telle manière que se produit un déséquilibre grave et injuste (J.-Cl. Contrats-Distribution, Fasc. 70). Cet "événement" semble sans conteste faire écho au *fait du prince*.

57. Si les mécanismes issus à la fois des clauses d'adaptation et des clauses de *hardship* peuvent permettre d'éviter de recourir au juge et se prémunir contre le *fait du prince*, il convient de se demander si l'on ne pourrait pas finalement s'assurer contre le *fait du prince*, afin de tendre vers plus de sécurité juridique.

2 - La question de l'assurance du fait du prince

58. En droit français, l'État incite ses citoyens à commercer. C'est la raison pour laquelle il cherche à mettre en place différentes institutions afin d'encourager le commerce tout en le garantissant contre les aléas externes (Beguin J. et Menjucq M., *Traité Droit du commerce international*, Litec, 2005, p. 159.). La volonté d'assurer ou de garantir les investissements internationaux contre les risques économiques ou politiques s'est développée dans les années 1970. À ce titre, la COFACE, bien que devenue depuis un organisme privé, demeure une institution pour la sécurité du commerce extérieur et « assure, pour le compte de l'État français, le service public de l'assurance-crédit pour les opérateurs nationaux et garantit contre les risques politiques, monétaires ou commerciaux » (Beguin J. et Menjucq M., *op. cit.*, p. 163-164).

La COFACE assure ainsi une double mission : d'une part, une mission de service public et, d'autre part, une activité d'assurance.

59. Mais la COFACE permet-elle d'assurer les cocontractants contre le *fait du prince* ? À ce titre, la lecture du contrat type relatif aux risques politiques permet d'y répondre de manière affirmative. En effet, le fait générateur du sinistre doit concerner l'une des six catégories prévues. Parmi celles-ci, celle tenant à la « Modification de la législation du pays d'accueil » nous semble tout à fait viser l'hypothèse du « *fait du prince* ». En effet, c'est bien en raison d'une mesure émanant du pouvoir public – prise dans un sens large – et provoquant un bouleversement dans l'exécution du contrat que réside l'application du *fait du prince*.

Si le *fait du prince* est susceptible d'être assuré, ses conséquences peuvent être amoindries par le jeu de l'assurance.

* * *

60. La réception de la théorie du *fait du prince* en droit privé est à la fois originale et audacieuse. Mais elle présente un bilan mitigé, en raison tout d'abord de sa faible application jurisprudentielle, par un manque de lisibilité par rapport aux notions voisines, en raison ensuite du manque de clarté de son régime juridique.

Alors qu'à l'origine, le prince représente l'arbitraire, on peut se demander si cette notion en déclin n'est pas aujourd'hui en voie de disparition. En effet, si le principe absolu de la force obligatoire

du contrat perdure, on peut observer que des mécanismes mis à la disposition des parties peuvent constituer des correctifs. Afin d'éviter de se retrouver dans une impasse au moment de l'exécution du contrat, c'est au stade de sa formation que les parties tentent d'anticiper le *fait du prince* et de l'éviter. En effet, « le Droit n'est pas principalement orienté vers le passé ; il est avant tout une méthode d'organisation de relations futures ; tel est le point exquis du débat entre juristes "justicialistes" et "instrumentalistes" » (Mousseron J.-M., Responsable mais pas coupable, La gestion des risques d'inexécution du contrat, in *Mélanges Mouly C.*, Livre II, Litec, 1998, p. 141, spéc. n° 20). Il nous semble que si l'on perd aujourd'hui le *fait du prince*, c'est parce que l'on considère que le Prince ne peut plus faire ce qu'il veut et que les cocontractants peuvent chercher des moyens pour neutraliser et réparer son fait.

En ce sens, le prince aurait presque aujourd'hui l'obligation de s'abstenir du *fait du prince* ou de faire en sorte que cela nuise le moins possible : cela sous-entendrait une idée de sécurité juridique que le prince devrait à ses sujets. Néanmoins, si un régime juridique relatif à la sécurité juridique commence à apparaître, cela ne concerne guère le *fait du prince* (ce principe a été consacré en droit français par CE, 24 mars 2006, n° 288460, n° 288465, n° 288474, n° 288485, *Sté KPMG, Sté Ernst & Young, Sté Deloitte, Sté Pricewaterhouse coopers*, D. 2006, p. 1224). Pour cela, la théorie du *fait du prince* est encore utile, au moins symboliquement, même si d'autres mécanismes, dont le régime est mieux défini, peuvent se substituer. ♦