



HAL
open science

La clause de force majeure : un outil clé pour faire face aux incertitudes de la pandémie de Covid-19 Plan

Ishola Bakari

► To cite this version:

Ishola Bakari. La clause de force majeure : un outil clé pour faire face aux incertitudes de la pandémie de Covid-19 Plan. 2023. hal-04100965

HAL Id: hal-04100965

<https://amu.hal.science/hal-04100965>

Preprint submitted on 18 May 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La clause de force majeure : un outil clé pour faire face aux incertitudes de la pandémie de Covid-19

Plan

Introduction

- I. La reconnaissance de la pandémie de Covid-19 en tant que force majeure
- II. Effets de la pandémie de Covid-19 sur l'exécution du contrat
 - A. Prévoir les événements susceptibles de recevoir la qualification de force majeure
 - B. Prévoir les conditions de mise en œuvre de la clause de force majeure
 - C. Déterminer les effets de la force majeure

Conclusion

Introduction

1. **Généralité.** La clause de la force majeure est une manifestation de la sagesse qui consiste à reconnaître la complexité et l'incertitude du monde qui nous entoure, tout en cherchant à agir avec prudence et responsabilité. Elle invite à un certain détachement par rapport aux événements qui échappent à notre contrôle, tout en nous rappelant notre devoir de persévérer dans nos efforts pour réaliser nos engagements. Toutefois, elle révèle une double réalité : celle de la fragilité de l'homme face aux forces qui le dépassent, et celle de l'existence d'un ordre qui échappe à sa maîtrise. Elle est ainsi le signe d'une humilité nécessaire, qui invite à reconnaître nos limites face à l'imprévisible et à l'inconnu. Cependant, la pandémie de Covid-19 nous a rappelé que nous sommes tous interconnectés, que nos choix et nos actions ont des répercussions sur les autres, et que nous sommes tous vulnérables face aux événements imprévus.

I. La reconnaissance de la pandémie de Covid-19 en tant que force majeure

La qualification de Covid-19 en tant que force majeure a été un sujet de débat juridique en raison de son caractère exceptionnel et de ses conséquences imprévisibles sur l'exécution des contrats.

2. **Reconnaissance jurisprudentielle.** Les épidémies de Sras, de grippe H1N1, de dengue ou encore de Chikungunya n'ont pas été considérées comme des cas de force majeure rendant impossible l'exécution des contrats concernés. Cependant, la pandémie de Covid-19 a été considérée comme une force majeure dans certains cas, notamment dans l'ordonnance de référé du tribunal de commerce de Paris rendue le 20 mai 2020 dans un litige opposant la société Total Energie et EDF.

2.1. Décision du tribunal. Dans cette affaire, Total Energie avait assigné EDF pour manquement à ses obligations contractuelles par suite de l'impossibilité pour Total Energie de livrer du gaz naturel en raison de la pandémie de Covid-19. Le tribunal a retenu que la pandémie de Covid-19 était un événement imprévisible, irrésistible et extérieur à la société Total Energie, justifiant ainsi l'invocation de la clause de force majeure et la libération de la société de ses obligations contractuelles.

2.2. Exemple de reconnaissance. Cette décision du tribunal de commerce de Paris est un exemple de la reconnaissance de la pandémie de Covid-19 en tant que force majeure, mais chaque cas doit être examiné individuellement en fonction des circonstances spécifiques de chaque contrat.

II. Effets de la pandémie de Covid-19 sur l'exécution du contrat

3. Regain d'intérêt. Bien qu'importante, la notion de force majeure a rencontré un regain d'intérêt du fait de la pandémie de Covid-19. Elle a rappelé l'impérieuse nécessité d'en prévoir les effets sur l'exécution du contrat. Le Code civil, en son article 1148, dispose 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* ». Dans son arrêt du 12 mars 2020, la Cour d'appel de Colmar (France)¹ a expliqué, au sujet de la pandémie, que « *ces circonstances exceptionnelles ... revêtent le caractère de la force majeure, étant extérieures, imprévisibles et irréversibles ...* ». Certains auteurs estiment que « la pandémie combinée aux mesures strictes prises par les gouvernements pour éviter la propagation du virus Covid-19 sont susceptibles de persister et pourraient permettre aux parties de suspendre leurs obligations contractuelles en cas de force majeure »².

4. Épidémie comme force majeure ? En effet, depuis mars 2020, nombreux sont ceux (particuliers ou professionnels, personnes physiques ou morales) qui ont interrogé avec appréhension les contrats qui les liaient, pour savoir si ceux-ci contenaient des prévisions relatives à une épidémie et si cette dernière et les effets qu'elle avait causés à la vie économique pouvaient être regardés comme un cas de force majeure permettant de justifier l'inexécution de leurs obligations. Dans la plupart des cas, ces contractants ont dû constater que l'hypothèse de la force majeure n'était pas ou mal prévue. On relève d'ailleurs avec étonnement, si ce n'était pas si grave, que dans les exemples de force majeure donnés par la littérature juridique, il est fait mention d'attentats, de tempêtes, d'inondations, d'émeutes ou encore d'embargo, mais rarement d'épidémie.

5. Du fait de son imprévisibilité, la notion de force majeure est, presque par nature, rétive à toute prévision contractuelle. L'évènement de force majeure est nécessairement délicat à appréhender. Et quand bien même il le serait par une stipulation du contrat, la mise en œuvre de cette clause demeure largement tributaire d'une appréciation très factuelle opérée *a posteriori* par le juge.

¹ CA Colmar (6^e ch.), 12 mars 2020, n° 20/01098.

² « Force Majeure in Luxembourg from the perspective of common aw jurisdictions », Wildgen Luxembourg Law Firm, mis en ligne le 2 avril 2020, disponible sur <https://www.wildgen.lu/our-insights/article/force-majeure-luxembourg-perspective-common-law-jurisdictions>.

6. Pour surmonter les difficultés suscitées par la force majeure, Guillaume Valdelièvre, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, a énuméré trois séries de prévisions qui peuvent être faites par la clause de force majeure³.

7. **Les trois séries de prévisions.** On identifie trois façons essentielles de procéder pour définir les cas de force majeure : soit par l'établissement d'une liste des événements visés. Il s'agit ici de déterminer l'évènement pouvant recevoir la qualification de force majeure ; soit par exclusion avec une liste d'évènements ne pouvant être qualifiés de cas de force majeure. Il s'agit ensuite de prévoir les conditions de la mise en œuvre de la clause ; soit enfin en donnant des critères d'identification des cas de force majeure. Il s'agit enfin de déterminer les effets de la force majeure.

A. Prévoir les événements susceptibles de recevoir la qualification de force majeure

8. **Variété des événements.** Les événements susceptibles de recevoir la qualification de force majeure varient en fonction des contrats et des situations. Cependant, certains événements courants qui peuvent être qualifiés de force majeure comprennent les catastrophes naturelles, les guerres, les émeutes, les grèves, les pandémies, les actes de terrorisme, etc. La clause de force majeure doit donc spécifier de manière précise et exhaustive les événements qui peuvent être considérés comme tels.

9. **Typologie des événements.** Pour autant, la liste des événements constitutifs de cas de force majeure peut être de deux types : soit elle est faite à titre indicatif, soit elle est limitative. Que l'on choisisse l'une ou l'autre hypothèse, il faut le dire de manière claire et précise pour ne pas s'exposer à l'interprétation souveraine de la clause par le juge. Les avantages et inconvénients de ces deux types d'énumération (indicative ou limitative) sont opposés. Là où la liste indicative permet de ne pas figer la notion de force majeure, la liste limitative a l'intérêt d'éviter toute incertitude sur les cas pouvant relever de cette force majeure.

B. Prévoir les conditions de mise en œuvre de la clause de force majeure

10. **Mise en œuvre par énumération.** La clause de force majeure ne doit pas omettre ensuite de prévoir les conditions de sa mise en œuvre. Il est prudent de déterminer la forme et le délai dans lesquels une partie portera à la connaissance de l'autre l'existence d'un cas de force majeure l'empêchant d'exécuter le contrat. La clause pourra encore prévoir les modes de preuve de cet empêchement et les mesures à prendre pour limiter les conséquences de l'évènement, etc. Les parties peuvent également prévoir une procédure de résolution des différends en cas de désaccord sur l'application de la clause de force majeure.

11. **Mise en œuvre par exclusion.** De même, le contrat peut également agir par exclusion en prévoyant expressément les cas dans lesquels la force majeure ne saurait être admise. On parle parfois dans cette hypothèse de clause de garantie ou de répartition des risques.

12. **Mise en œuvre par conditions constitutives.** Enfin, plutôt que de procéder à une énumération, la clause peut porter sur les conditions constitutives de la force majeure, soit en accroissant les exigences, soit en les diminuant. On exclura par exemple une des trois

³ Valdelièvre, G. (2020, Décembre 1er). La clause de la force majeure à l'épreuve de la pandémie Covid-19. *Revue Lamy Droit civil*, N° 187.

conditions de la force majeure ou on les définira de manière plus détaillée, en l'adaptant au type de contrat en cause et aux hypothèses de force majeure qui pourraient être rencontrées. Lorsque l'on agit ainsi sur les conditions de la force majeure, il faut prendre garde de ne pas exposer cette stipulation à la qualification de clause abusive, si le contrat est conclu avec un consommateur.

13. Entre partenaires commerciaux, il ne faut pas que la clause puisse être regardée comme instaurant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, au sens de l'article L. 442-1, I 2° du Code de commerce, voire, hors de toute relation d'affaires, au sens de l'article 1171 du Code civil. Il en sera ainsi si, du fait de cette stipulation, la force majeure ne peut plus être invoquée et que le cocontractant peut se voir reprocher une inexécution en toutes circonstances, ou, à l'inverse, si le cocontractant peut se voir opposer la force majeure justifiant l'inexécution au moindre prétexte.

14. Prudence. Au-delà de l'évènement lui-même qui pourrait être regardé comme constitutif d'un cas de force majeure, il peut être prudent de convenir également que les effets de cet évènement relèvent de la force majeure. Ainsi, dans la présente crise sanitaire, l'épidémie est l'évènement constitutif de force majeure. Toutefois, ce qui a pu empêcher l'exécution des contrats, ce n'est pas forcément l'épidémie elle-même, mais les mesures administratives de restriction des libertés qui ont été prises pour stopper l'épidémie. La force majeure est alors en quelque sorte le fait du prince procédant de l'épidémie. Et celui-ci est peut-être plus imprévisible et irrésistible que le virus lui-même.

C. Déterminer les effets de la force majeure

15. Le débat juridictionnel. La prévision semble moins importante que celles relatives à l'identification des cas de force majeure ou aux effets d'une telle force majeure. Elle demeure essentielle pour la mise en œuvre d'une telle clause reposant sur une notion largement tributaire de l'appréciation du juge. Prévoir et organiser les modalités de preuve du cas de force majeure permet de réduire significativement le débat juridictionnel sur cette preuve.

16. Variation des effets. En effet, les effets de la force majeure peuvent varier en fonction des contrats et des situations. Cependant, la clause de force majeure peut prévoir certains effets courants tels que la suspension des obligations contractuelles, la prolongation des délais de livraison, la résiliation du contrat sans indemnité, etc. Il est donc important de préciser de manière précise les effets de la force majeure dans la clause contractuelle.

17. Distinction. Une distinction essentielle s'impose quant aux effets : le cas de force majeure empêche-t-il définitivement ou provisoirement l'exécution du contrat ? La clause doit ainsi prévoir les conséquences de l'évènement de force majeure selon que celui-ci rend provisoirement ou définitivement impossible l'exécution du contrat. Dans le premier cas, il faudra également envisager le délai dans lequel l'exécution peut être remise en œuvre sans faute. Il faudra prévoir encore les effets sur les pénalités, les frais ou les intérêts attachés à l'exécution.

18. Déterminer quand. La prévision des effets impose en outre de déterminer à partir de quand l'empêchement peut être raisonnablement regardé comme ayant cessé ou ne pouvant plus justifier l'inexécution du contrat ? Une nouvelle fois, la présente crise montre l'importance de ces questions : d'une impossibilité totale pendant la première période dite de confinement, l'exécution du contrat peut être devenue simplement plus contraignante au moment du « déconfinement », ou encore lors de la deuxième période de « confinement ».

19. Indisponibilité. Toute prévision sur les effets de la force majeure est donc indispensable pour que, au-delà de l'évènement perturbateur de la vie du contrat que constitue cette force majeure, la poursuite, ou le dénouement, de ce contrat soit organisée au mieux.

20. Rédaction de la clause. Si la rédaction de la clause de force majeure est délicate et exige d'appréhender beaucoup de points, la crise sanitaire actuelle montre en tout cas qu'il est toujours préférable de s'essayer à une telle rédaction que de laisser le contrat silencieux sur ce sujet.

Conclusion

21. Apporter la preuve. Dans tous les cas, la partie qui invoque la clause de force majeure doit prouver que l'épidémie de Covid-19 a rendu l'exécution du contrat impossible ou excessivement difficile, et que cette situation était imprévisible et indépendante de sa volonté. Il est également important de noter que la clause de force majeure ne dispense pas les parties de leur obligation de chercher des solutions alternatives pour exécuter le contrat ou de réduire les conséquences de l'évènement de force majeure.

22. Prudence. En fin de compte, la clause de la force majeure ne doit pas être considérée comme une simple excuse pour se soustraire à ses obligations contractuelles. Elle doit être invoquée avec prudence et discernement, en gardant à l'esprit que tout contrat implique une certaine prise de risque. La force majeure ne doit pas être utilisée pour se défausser de ses responsabilités, mais plutôt comme un moyen de surmonter des obstacles imprévus et de trouver des solutions créatives pour réaliser l'objectif poursuivi par le contrat.