

L'effet de la pandémie de COVID-19 sur les contrats: force majeure et *hardship* à l'aune des nouvelles clauses de la Chambre de Commerce Internationale (CCI)

Anissa BOUSSOFARA

Dans le contexte actuel de pandémie de COVID-19 entraînant une batterie de décisions politiques et de mesures d'organisation sociale émises pour la prévention et la limitation de la propagation du virus (limitation du temps de travail, fermeture des frontières, restrictions des déplacements etc...), de nombreux contrats dans divers secteurs, notamment dans le tourisme ou le commerce international, sont susceptibles de ne pas être honorés.

Peut-on considérer que les contractants se sont retrouvés face à un cas de force majeure les exemptant de toute responsabilité ?

Législation tunisienne. Traditionnellement, la force majeure requiert trois conditions pour être caractérisée : l'imprévisibilité, l'irrésistibilité et l'extériorité.

L'article 283 du Code des Obligations et des Contrats dispose que:

« La force majeure est tout fait que l'homme ne peut prévenir, tel que les phénomènes naturels (inondations, sécheresses, orages, incendies, sauterelles), l'invasion ennemie, le fait du prince, et qui rend impossible l'exécution de l'obligation.

N'est point considérée comme force majeure la cause qu'il était possible d'éviter, si le débiteur ne justifie qu'il a déployé toute diligence pour s'en prémunir.

N'est pas également considérée comme force majeure la cause qui a été occasionnée par une faute précédente du débiteur. »

La liste d'évènements fournie dans la disposition légale n'est pas exhaustive et les évènements y figurant ne sont pas systématiquement admis par le juge comme relevant de la force majeure.

En effet, les circonstances particulières entourant l'évènement en question et l'exécution du contrat seront nécessairement prises en compte.

Pour qu'il y ait force majeure exonératoire de responsabilité, il faut notamment que le débiteur ait cherché les informations adéquates auprès des institutions compétentes, qu'il ait employé tous les moyens préconisés pour se prémunir et qu'il ait fait preuve de toute la précaution, la prudence et la vigilance nécessaires à cet effet.

De plus, lorsqu'une partie invoque la force majeure, elle doit démontrer qu'il n'y avait aucun arrangement alternatif raisonnable qui lui aurait permis d'exécuter le contrat. Les tribunaux requièrent souvent de la partie invoquant la force majeure qu'elle prouve qu'elle a pris toutes les

mesures pour exécuter ses obligations, avant de se prévaloir de l'argument de la force majeure. Les tribunaux exigent la preuve que l'empêchement ne pouvait être évité et que des options alternatives ont été envisagées mais ne pouvaient être réalisées. Il faudra en outre prouver le lien de causalité directe entre l'évènement invoqué et l'impossibilité d'exécuter le contrat.

Crise sanitaire. Dans le cas de la pandémie de COVID-19, il faudra par conséquent vérifier qu'au moment où le contrat a été conclu, la propagation du virus et ses effets sur les obligations du débiteur ne pouvaient être prévus ni dépassés. La condition d'extériorité semble aller de soi dans la situation actuelle, l'« évènement » consistant en une pandémie et/ou en des mesures qui ont été prises à sa suite par les autorités. Le contractant défaillant sera toutefois dans l'obligation de démontrer le lien de causalité entre la pandémie ou ses effets, notamment les mesures édictées par le gouvernement pour mettre en œuvre le confinement général débuté le 22 mars 2020, qui pourront être considérées comme « fait du Prince », et la défaillance dans l'exécution de ses obligations contractuelles.

Exception du droit du travail. Il est nécessaire de relever que l'argument de la force majeure en tant que moyen de résiliation du contrat de travail tel que prévu à l'article 14 alinéa 3 paragraphe c du Code du travail est temporairement suspendue suite au décret-loi n°2-2020 du 14/4/2020 portant suspension exceptionnelle et provisoire de certaines dispositions du Code du travail. Cette suspension est exécutoire jusqu'à la levée du confinement.

Hardship. Par ailleurs, la pandémie de COVID-19 et les mesures prises pour la contenir pourraient être considérées comme des causes engendrant une situation de *hardship* qui oblige les contractants à renégocier les termes de leur contrat si l'équilibre de ce dernier est gravement bouleversé.

L'obligation de renégocier les termes d'un contrat en cas de changement de circonstances, connue sous la dénomination de *hardship* et largement et répandue dans les droits anglo-saxons, est assimilée à la théorie de l'imprévision qui a été récemment adoptée par le droit français des contrats¹. Le droit tunisien, s'il est familier avec cette notion en matière de droit administratif, ne l'a pas encore accueillie en matière de droit privé. Néanmoins, cette obligation de renégociation peut tout à fait faire l'objet d'une clause dans un contrat régi par le droit tunisien. Les contractants peuvent également, en l'absence d'une telle clause, décider de renégocier les termes de leur contrat s'ils estiment se trouver dans une situation qui le nécessite afin d'éviter une éventuelle résiliation. La renégociation sera généralement proposée par la partie qui estime que l'exécution de son obligation est devenue trop onéreuse et l'autre partie acceptera souvent cette proposition pour ne pas risquer de perdre la relation contractuelle établie.

Clauses CCI. C'est durant la crise sanitaire actuelle que la CCI a publié les nouvelles clauses relatives à la force majeure et au *hardship*.²

Ces clauses peuvent tout à fait être utilisées et adaptées à un contrat régi par le droit tunisien.

¹ Cette notion a été admise par le droit français privé à l'occasion de la réforme du droit des obligations résultant de l'ordonnance du 10 février 2016. Ainsi, le nouvel article 1195 du Code civil dispose :

« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au Juge de procéder à l'adaptation du contrat. À défaut, une partie peut demander au Juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe »

² La dernière version des clauses de force majeure et de *hardship* de la CCI date de 2003.

L'édition de 2020 propose une version courte et une version longue de la clause de force majeure. Le document fournit une définition de la force majeure en affirmant que cette dernière signifie la survenue d'un évènement ou d'une circonstance qui empêche une partie d'exécuter une ou plusieurs obligations contractuelles si la partie défaillante prouve que :

- L'évènement dépasse son propre contrôle raisonnable;
- L'évènement n'aurait pu être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat ;
- Les effets de l'évènement n'auraient pu être raisonnablement évités ou dépassés par la partie défaillante.

On retrouve donc les trois critères caractérisant traditionnellement la force majeure. On constate que le standard du raisonnable marque fortement cette définition, étant imposé comme étalon de mesure des conditions de réalisation de la force majeure. Il introduit ainsi de la flexibilité et laisse au juge le soin d'identifier la présence de la force majeure au regard des circonstances de l'espèce.

La nouvelle clause formulée par la CCI consacre un paragraphe à la nécessité de la notification. En effet, la force majeure doit être notifiée par la partie qui se prévaut de sa survenue. Respecter les exigences de forme prévues dans les contrats est une condition *sine qua none* de l'application du régime de la force majeure.

Il faut également noter que les épidémies sont prévues dans la liste des évènements relevant de la force majeure établie par la CCI, que ce soit dans la clause éditée en 2003 ou en 2020. Il sera toutefois nécessaire de prouver que les conséquences de la pandémie sont insurmontables pour demander la mise en œuvre du régime relevant de la force majeure.

Il ressort des développements précédents qu'il est important de rédiger une clause de force majeure afin de permettre aux parties de prévoir les circonstances menant à la qualification de la force majeure et en prenant en considération leur propre situation (secteur d'activités, moyens de communication etc...). La rédaction d'une clause de force majeure sera d'autant plus nécessaire en présence d'un contrat international dont le droit applicable n'est pas toujours prévu, connu ou pleinement maîtrisé par les parties.

Il faudra notamment prévoir les conditions de réalisation de la force majeure, une éventuelle liste d'évènements susceptibles d'être qualifiés de tel, la procédure de notification de la survenue de l'évènement ainsi que les effets de la force majeure : suspension ou résiliation du contrat et selon quelle procédure?

Dans tous les cas, lors de la survenue d'évènements susceptibles d'être qualifiés de force majeure, les parties doivent faire preuve de bonne foi et de coopération. Elles doivent, tant que faire se peut, minimiser les dommages pouvant résulter des nouvelles circonstances qui affectent l'exécution de leurs obligations contractuelles.

Concernant le *hardship*, la clause modèle de la CCI affirme qu'une partie à un contrat est tenue d'exécuter ses obligations contractuelles même si certains évènements rendent leur exécution plus onéreuse que ce qui pouvait être raisonnablement prévu au moment de la conclusion du contrat mais que si une partie prouve que : la poursuite de l'exécution des obligations contractuelles est devenue excessivement onéreuse en raison d'un évènement qui dépasse le contrôle raisonnable des parties et qui ne pouvait raisonnablement être pris en considération au moment de la conclusion du contrat et que l'évènement ou ses conséquences ne pouvaient être raisonnablement évités ou dépassés ; les parties sont alors tenues, dans un délai raisonnable, de

négozier de nouveaux termes contractuels afin de dépasser les conséquences de l'évènement dénoncé.

La nouvelle clause apporte une nouveauté au niveau des solutions en cas de non accord entre les parties. Auparavant, seule la résiliation du contrat était proposée alors que dorénavant la solution judiciaire et arbitrale est également prévue : le juge ou l'arbitre pourra trancher au sujet des négociations et décider d'adapter le contrat ou de le résoudre.

En cette crise sanitaire mondiale, le recours à la force majeure ou au *hardship* constituent donc des instruments juridiques proposés aux contractants qui ne sont plus en mesure d'exécuter les obligations prévues dans leurs contrats. Ces instruments seront toutefois à adapter à chaque contrat.

25 AVRIL 2020