



Marco Torsello

Professor, University of Verona

Matteo M. Winkler

Assistant Professor, HEC Paris

Les conséquences du Covid-19 sur les contrats internationaux : un diagnostic préliminaire

74

Depuis le début de l'année, les acteurs économiques internationaux sont de plus en plus préoccupés par les conséquences exceptionnelles¹ causées par les diverses restrictions gouvernementales en matière d'atténuation des pandémies (PMR²) adoptées en réponse au Covid-19³.

L'action gouvernementale a été jugée nécessaire en raison des caractéristiques épidémiologiques particulières du coronavirus. Premièrement, en se reproduisant en grande quantité pendant la période prodromique, le virus se propage par l'intermédiaire de porteurs silencieux et inconscients, qui restent asymptomatiques malgré l'infection⁴. Deuxièmement, le virus possède à la fois une capacité de transmission humaine extrêmement efficace et une longue période d'incubation asymptomatique (1-14 jours, contre 2-7 jours pour le SRAS), deux facteurs qui, combinés, rendent difficile la détection et la délimitation rapide de la population infectée dans une zone géographique limitée⁵. Troisièmement, une part importante des personnes infectées doit avoir un accès immédiat aux unités de soins intensifs, ce qui constitue une charge pour les systèmes nationaux de santé publique, qui sont mal équipés pour faire

face à la vague d'hospitalisation qui en résulte⁶ d'où la nécessité immédiate d'« aplatis la courbe » de la croissance de la pandémie⁷.

Dans plusieurs pays, ces restrictions ont pris la forme d'un confinement strict (interdiction de voyager, interdiction de se réunir et fermeture des établissements d'enseignement) et également la suspension de tous les commerces non essentiels (tout sauf les produits alimentaires, les médicaments, les services bancaires, financiers et d'assurance).

Compte tenu de leurs effets systémiques, ces mesures sont holistes car leur impact sur les droits de l'homme est préoccupant, bien que (présentées comme) temporaires, car elles n'ont vocation à rester en vigueur jusqu'à ce que la pandémie soit suffisamment atténuée⁸. Il est très probable que le respect de ces mesures entraînera par ricochet une crise de liquidité dramatique suivie d'une récession économique. Ces considérations économiques ont joué un rôle en incitant certains pays à adopter des mesures moins strictes qu'un confinement généralisé et l'arrêt de la plupart des activités commerciales et industrielles⁹.

En tout état de cause, dans toutes les juridictions, la question se pose de l'impact de la Covid-19 sur la capacité des parties à s'acquitter dûment de leurs obligations contractuelles. Cette circonstance ne se limite pas aux contextes nationaux, mais s'étend aux transactions commerciales internationales, où les risques découlant à la fois des pandémies et des mesures pour y faire face sont généralement envisagés par des clauses de force majeure appropriées¹⁰. Toutefois, contrairement aux dispositions nationales correspondantes concernant la force majeure, qui tendent à exclure la responsabilité de la partie en cas de défaut d'exécution, les clauses susmentionnées réglementent les effets des événements de force majeure de plusieurs manières différentes en offrant aux parties des moyens de préserver leurs relations contractuelles¹¹.

Le présent article propose une triple analyse des clauses de force majeure à la lumière des PRM. Il propose tout d'abord un aperçu des clauses de force majeure et de leurs effets. Deuxièmement, il évalue

1. "Business and the Pandemic: Covid Carnage", *The Economist*, 21 mars 2020.

2. *Pandemic-Mitigation Restrictions*.

3. J. Cohen et K. Kupferschmidt, "Strategies Shift as Coronavirus Pandemic Looms", 367 *Science* 962, 2020 ; A. Wilder-Smith et D.-O. Freedman, "Isolation, Quarantine, Social Distancing and Community Containment: Pivotal Role for Old-Style Public Health Measures in the Novel Coronavirus (2019-nCoV)", 27 *Journal of Travel Medicine* 1, 2020.

4. D. Heymann et N. Shindo, "COVID-19: What Is Next for Public Health?", *The Lancet* 542, 543, 2020.

5. J. Chen, "Pathogenicity and Transmissibility of 2019-nCoV – A Quick Overview and Comparison with Other Emerging Viruses", 22 *Microbes and Infection* 69, 70, 2020 ; R.-M. Anderson et al., "How Will Country-Based Mitigation Measures Influence the Course of the COVID-19 Epidemic?", 395 *The Lancet* 931, 2020.

6. C. Huang et al., "Clinical Features of Patients Infected with 2019 Novel Coronavirus in Wuhan, China" 395 *The Lancet* 497, 501, 2020.

7. Imperial College Covid-19 Response Team, "Impact of Non-Pharmaceutical Interventions (NPIs) to Reduce COVID-19 Mortality and Healthcare Demand" : <<https://www.imperial.ac.uk/mrc-global-infectious-disease-analysis/covid-19/report-12-global-impact-covid-19>> (consulté le 2 avril 2020), pp. 14-16.

8. v. en ce sens, l'article de A. Sparado dans ce numéro spécial.

9. Les pays qui, en Europe, ont adopté l'approche plus souple décrite dans le texte comprennent, entre autres, les Pays-Bas, la Suède, la Suisse et le Royaume-Uni.

10. M. Fontaine et F. de Ly, Drafting International Contracts: An Analysis of Contract Clauses, *Martinus Nijhoff Publishers*, 2008, p 409.

11. G. Cordero-Moss, *International Commercial Contracts: Applicable Sources and Enforceability*, Cambridge University Press, 2014, pp 109-116.

l'utilisation possible de ces clauses dans le cadre des PMR. Enfin, elle examine la portée extraterritoriale possible de ces PMR.

I. Covid-19, confinement et force majeure en matière contractuelle

1. Comment la Covid-19 affecte les contrats internationaux ?

Bien que la pandémie soit encore en cours, il est déjà possible d'identifier certains obstacles majeurs à l'exécution des contrats dans les transactions commerciales internationales causés par la Covid-19.

Dans certains cas, la Covid-19 peut avoir un effet direct sur l'exécution, par exemple si le contractant (ou ses employés) est infecté par le virus, si une pénurie de composants est la résultante d'une zone gravement touchée par la pandémie empêchant la production, si des transporteurs refusent de se rendre dans une certaine zone en raison de l'apparition d'un cluster épidémique ou si des clients potentiels perdent leur intérêt pour un événement (tel qu'un spectacle ou une manifestation sportive) où le risque d'infection est élevé en raison du rassemblement incontrôlé de personnes.

Contrairement aux cas de catastrophes naturelles, cependant, l'épidémie - même lorsqu'elle atteint la portée d'une pandémie - pourrait être considérée comme ne rendant pas l'exécution en soi absolument impossible. Par exemple, l'entrepreneur pourrait embaucher de nouveaux employés, le fabricant pourrait acheter des composants auprès d'autres sources de l'approvisionnement, la partie qui doit organiser le transport pourrait chercher un autre transporteur ou choisir un autre itinéraire et certainement un spectacle et un événement sportif sont possibles même à huis clos.

Si l'impossibilité matérielle de l'exécution causée par la Covid-19 peut être discutable, cette incertitude est commodément réduite lorsque les autorités publiques interviennent en interdisant certaines activités, offrant ainsi au débiteur la possibilité d'invoquer l'impossibilité d'exécution sur la base non pas de la pandémie elle-même, mais de l'acte de l'autorité (*factum principis*). Si le gouvernement impose une quarantaine aux employés, interdit les importations en provenance d'une certaine région, ferme les frontières ou interdit les spectacles et les événements sportifs, alors aucune question ne se pose quant à l'impossibilité légale de l'exécution de l'obligation contractuelle, qui dure jusqu'à ce que le gouvernement décide de lever l'interdiction ou l'interdiction.

L'impact de la Covid-19 semble toutefois aller bien au-delà de l'effet direct décrit ci-dessus. La question se pose donc de savoir si un changement de circonstances généralisé, qui peut être considéré comme la

conséquence indirecte à long terme de la Covid-19 et produire des conséquences telles que des crises de liquidité, des fluctuations de prix et des difficultés d'approvisionnement généralisées en raison des risques accrus pour la santé, peut bénéficier d'une exemption d'exécution du contrat. Dans ces circonstances, les entreprises se demandent de plus en plus quelles sont leurs options face au Covid-19 ou à ses conséquences économiques indirectes à grande échelle.

La bonne réponse à cette question est probablement que, dans la plupart des cas, les clauses de force majeure contenues dans les contrats internationaux ne peuvent pas être étendues de manière à couvrir également lesdits changements de circonstances, bien qu'une exemption soit possible en vertu d'une clause différente dans le contrat, si elle existe, à savoir la clause de *hardship*, qui est cependant beaucoup moins fréquemment incluse dans les contrats internationaux¹².

2. Résistance de la force obligatoire des contrats internationaux face à la pandémie de Covid-19

Les clauses de force majeure identifient des circonstances exceptionnelles lors de la survenance desquelles le débiteur est exonéré de la responsabilité pour défaut d'exécution. La question de savoir si un événement constitue un cas de force majeure dans le cadre d'un contrat implique une analyse casuistique des faits. Dans la plupart des cas, un événement de force majeure doit être imprévisible ; en outre, le débiteur ne doit pas être en mesure d'éviter ou de surmonter l'événement ou ses conséquences.

Dans certains contrats, les événements qui constituent des cas de force majeure sont spécifiquement énumérés et ces listes peuvent inclure des épidémies, des pandémies ou d'autres termes relatifs à des maladies graves et répandues, qui couvrent clairement la Covid-19. Si la liste est censée être exhaustive, l'absence de référence expresse prive la partie lésée de la protection liée à cette clause. Toutefois, plusieurs contrats ne contiennent qu'une phrase fourre-tout générale renvoyant aux exigences de la force majeure mentionnées ci-dessus (ou contiennent une liste purement illustrative), laissant ainsi ouverte la question de savoir si la pandémie Covid-19 est qualifiée d'événement de force majeure au titre de ce contrat spécifique¹³.

Même si la Covid-19 relève de la notion contractuelle de force majeure, d'autres conditions doivent être remplies, à savoir un lien de causalité direct entre la pandémie et l'inexécution (qui doit être « due » à la

12. M. Fontaine et F. de Ly, *op. cit.*

13. C. Brunner, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, Kluwer, 2009, pp. 383-389.

pandémie)¹⁴ et le caractère inévitable des effets de la Covid-19 (ou des PMR ultérieures), et il faut également s'interroger sur le caractère imprévisible de l'épidémie¹⁵.

Si toutes ces conditions sont remplies et si la partie touchée par l'empêchement invoque la force majeure conformément à d'autres exigences contractuelles (forme, délai), la clause prévoit alors un régime de réparation qui, dans la plupart des cas, est basé sur la combinaison de la suspension de l'exécution, de l'exonération de responsabilité pour inexécution ou encore de la résiliation du contrat. Dans certaines des rares circonstances comparables (c'est-à-dire lors de la survenue d'autres épidémies), les tribunaux ont été extrêmement réticents à ne pas débouter le demandeur¹⁶.

En particulier, la partie qui invoque avec succès la force majeure peut suspendre l'exécution pendant la durée de l'empêchement, à condition que l'autre partie puisse également réagir en suspendant sa contre-exécution. Toutefois, si la suspension de l'exécution ou sa prolongation dans le temps prive l'une ou l'autre partie de ce qu'elle était raisonnablement en droit d'attendre du contrat, l'une ou l'autre partie peut résilier le contrat¹⁷.

En tout état de cause, quel que soit le recours entre la suspension et la résiliation, la partie qui n'exécute pas le contrat est exonérée de toute responsabilité en matière de dommages-intérêts, y compris les dommages-intérêts forfaitaires pour retard dans l'exécution et autres pénalités contractuelles.

Dans un nombre plus restreint de cas, le dispositif de réparation contractuelle peut contenir des solutions alternatives - que l'on trouve plus souvent dans les clauses de *hardship* - visant à préserver le contrat, à savoir une obligation de renégocier les termes de l'opération (ce qui n'implique pas en soi une obligation de parvenir à un accord sur de nouvelles conditions) ou la dotation d'un tiers ou d'un tribunal du pouvoir d'adapter les termes du contrat à l'évolution des circonstances.

Non seulement ces recours alternatifs impliquent que la clause de force majeure en question couvre également les situations où l'exécution n'est pas impossible mais simplement plus lourde (car sinon la

renégociation n'aurait aucun sens), mais ils semblent également se fonder sur l'hypothèse que la préservation de la relation contractuelle est souhaitable, sans doute sur la base de l'argument selon lequel la fin du contrat entraînerait la charge de nouveaux coûts.

Il s'agit toutefois d'une hypothèse discutable à mettre soigneusement en balance avec les avantages découlant de la résiliation du contrat, qui permet aux parties de revenir sur le marché dans un environnement concurrentiel et de rechercher à nouveau, dans les circonstances nouvellement modifiées, l'opération la plus rentable, soit avec l'ancienne, soit avec une nouvelle contrepartie contractuelle. En l'absence d'un recours contractuel, l'attention des acteurs économiques se tourne vers les options nationales offertes par les PMR.

3. L'énigme juridique des restrictions nationales en matière d'atténuation des pandémies

Les PMR ont pour caractéristique commune de se concentrer principalement sur les environnements nationaux. A de rares exceptions près, l'attention des législateurs semble être dirigée vers le soulagement de l'économie nationale, tandis que les transactions commerciales internationales restent hors de vue¹⁸. Bien que la situation reste extrêmement claire pour le moment, les PMR contiennent généralement soit des dispositions spécifiques à un secteur d'activité qui affectent les inexécutions de contrats (par exemple dans les secteurs de la banque, du tourisme ou du logement), soit des dispositions générales qui s'appliquent à tous les contrats en cours¹⁹. Des dispositions de ce dernier type sont susceptibles d'être adoptées dans un nombre croissant de pays. Deux de ces dispositions sont remarquables pour leur impact sur le régime ordinaire de la force majeure²⁰.

Celle adoptée en Italie dispose que le respect des PMR doit « toujours » être pris en compte lors de l'évaluation de l'exclusion de la responsabilité du débiteur pour défaut d'exécution, en particulier en ce qui concerne les délais et les clauses pénales²¹. Il faut noter que le dispositif est assez mal rédigé et manque de clarté, mais semble néanmoins s'en remettre aux tribunaux pour déterminer si une PMR spécifique pourrait excuser un débiteur de la performance, notam-

14. *Macromex Srl. v. Globex International Inc.*, AAA Final Award 23 oct. 2007 : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071023a5.html>> (last accessed 2 Avril 2020).

15. Les tribunaux anglais considèrent que l'exigence de « prévisibilité » est inutile, alors que les tribunaux français et d'autres tribunaux d'Europe continentale la jugent nécessaire. Pour une vue en droit américain, v. *TEC Olmos, LLC c. ConocoPhillips Co.* (Texas App. 31 mai 2018), WL 2437449.

16. P. Guimard, « La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts », *Dalloz Actualité*, 4 Mars 2020 : <<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/grippe-epidemies-et-force-majeure-en-dix-arrets#.XoX9qtMzZ-U>> (site consulté le 2 avril 2020) ; CPSC, *Kangwei Pharmaceutical v. Asia Pharmaceutical*.

17. ICC, *Force Majeure and Hardship Clauses*, 25 mars 2020 : <<https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-and-hardship-clauses>> (site consulté le 2 avril 2020).

18. L'exception est en droit italien l'article 28(8) du *decreto-legge 2 marzo 2020 n. 9 (Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19)*.

19. Ou aucun des deux, comme c'est le cas des pays qui s'appuient sur la loi existante, comme la Chine. S. Yu et X. Liu, "China Issues Record Number of Force Majeure Certificates", *Financial Times* (28 février 2020).

20. Pour une vue italienne, v. A. Albanese, « *Coronavirus e rapporti contrattuali in corso di esecuzione* », *Il Sole 24 Ore*, 2 Avril 2020 ; pour la France, J. Heinrich, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision » *Recueil Dalloz*, 2020 p. 612.

21. Art. 91 du *decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18 (Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19)*.

ment en ce qui concerne les obligations monétaires²².

Contrairement à l'Italie, le législateur français a suspendu toutes les clauses contractuelles sanctionnant un défaut d'exécution du 12 mars 2020 à un ou deux mois (selon le type de contrat) après la fin de l'État d'urgence sanitaire²³. Ces deux dispositions soulèvent une question importante quant à leur applicabilité générale aux transactions commerciales internationales, en particulier en présence de clauses de force majeure appropriées.

4. L'impact des mesures nationales sur les contrats internationaux

Les PMR nationales, très différentes, posent des questions de conflit de lois déroutantes, dans la mesure où elles semblent toutes susceptibles d'être caractérisées par les gouvernements nationaux comme des lois de police, ce qui implique une application extraterritoriale potentielle dans le cadre de transactions transfrontalières.

Prenons, par exemple, le confinement italien et la suspension française de toutes les clauses contractuelles sanctionnant le défaut d'exécution. D'une part, une entreprise italienne dont l'activité de fabricant de composants est rendue impossible par les PMR peut certainement invoquer la force majeure à l'encontre de ses clients italiens, mais la situation pourrait être moins claire vis-à-vis des clients étrangers. En outre, le client italien qui ne pourrait pas obtenir la fourniture de composants auprès du fabricant susmentionné pourrait se trouver dans une situation encore plus critique, susceptible d'être traité différemment selon que ses clients soient italiens ou étrangers. D'autre part, la suspension française de toutes les clauses contractuelles sanctionnant le défaut d'exécution peut être invoquée à l'encontre des contreparties françaises, mais peut s'avérer problématique vis-à-vis des parties étrangères.

Le fait que les PMR susmentionnées soient interprétées comme « cruciales » pour l'« organisation politique, sociale ou économique » d'un certain pays, comme le prescrit la législation pertinente de l'Union européenne (UE) dans la définition des dispositions impératives dérogatoires²⁴, est insuffisant pour garantir leur effet extraterritorial, car la possibilité d'invoquer ces dispositions est en fait limitée à l'état du for et, dans une mesure encore plus stricte, à l'état d'exécution²⁵. En dehors de l'UE, dans la plupart des cas,

les tribunaux nationaux contrôleraient l'opération uniquement à la lumière de leur ordre public interne et de leurs lois impératives, mais ne tiendraient pas compte des dispositions impératives prépondérantes et lois de police (y compris les PMR) d'autres pays.

Par conséquent, dans les tribunaux autres que ceux de l'État qui a adopté les PMR, les mesures ne seraient pas, dans la plupart des cas, prises en considération en tant que dispositions impératives prépondérantes, mais ne pourraient fonctionner que comme une circonstance factuelle pertinente permettant de remplir les exigences fixées dans la clause de force majeure pertinente²⁶.

En conséquence, la partie dont l'activité commerciale est directement affectée par les PMR peut invoquer le *factum principis*, si la clause le permet, mais la partie qui n'a pas pu se procurer les composants en raison du confinement de son fournisseur sera très probablement tenue pour responsable d'une rupture de contrat au motif qu'elle aurait pu éviter la pénurie de composants en les stockant à l'avance ou en s'assurant une source alternative d'un pays où aucune PMR similaire ne s'applique.

Conclusion

Cet article a tenté de tester la pertinence des clauses de force majeure existantes dans les opérations commerciales internationales par rapport aux PMR adoptées en réponse à la Covid-19. Dans leur état actuel, les dispositions relatives aux PMR sont susceptibles de rendre plus complexe l'élaboration des clauses de force majeure dans un contexte déjà soumis à d'énormes pressions économiques. La principale source de ce problème est que les PMR sont adoptées au niveau national et de manière progressive à la suite de l'urgence croissante, sans aucune attention à la dimension internationale du Covid-19.

Comme, malheureusement, peu a été fait jusqu'à présent pour proposer des solutions juridiques harmonisées, les auteurs appellent à des efforts urgents et mieux coordonnés au niveau mondial pour s'attaquer à l'impact de Covid-19 sur les transactions commerciales internationales.

22. J. Heinich, *op. cit.*

23. art 4. de l'Ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période.

24. art. 9 du Règlement (CE) No 593/2008 Du parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

25. Affaire C135/15 Republik Griechenland v. Grigórios Nikiforidis (CJUE 18 Octobre 2016) [55].

26. *Ibid.*